

*W.E. von Eyben*

# JURIDISK GRUNDBOG

Bind 1

## Retskilderne

5. udgave

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG  
1991

Juridisk Grundbog bd. 1

5. udg. 1. opl.

© 1991 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.

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

Tryk: Gentofte Tryk, Charlottenlund

Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 1991

ISBN 87-574-0301-5

# Indholdsfortegnelse

<b>Forord .....</b>	<b>13</b>
<b>§ 1 Retskildebegrebet og de forskellige retskilder .....</b>	<b>15</b>
I. Begrebet .....	15
II. De enkelte retskilder .....	17
A. Lovmotiver .....	17
B. Analogi og modsætningsslutning .....	17
C. Præjudikater .....	18
D. Sædvane .....	18
E. Retslitteraturen .....	19
F. Forholdets natur .....	19
G. Lovens formål .....	20
III. Retskildernes prioritetsfølge .....	20
IV. Gældende ret .....	22
V. Retskilders offentlighed .....	25
<b>§ 2 Lovmotiver .....</b>	<b>27</b>
I. Indledning .....	27
A. Begrebet lov motiver .....	27
B. Udviklingen .....	28
C. Folketingets ombudsmand .....	32
D. »Negative motivudtalelser« .....	33
E. Kritik af lov motiver .....	34
F. Lovgivningsteknikken og lov motiver .....	36
G. Lovens formål .....	38
H. Almindelige henvisninger til forarbejder eller tilblivelse .....	39
II. Forskellige elementer i lov motiver .....	40
A. Sagkyndiges udtalelser i betænkninger .....	40
1° Redegørelse for gældende ret .....	41
2° Udtalelser om fortolkningen af lovforslaget .....	42
a. Obligationsret .....	42
b. Panteret og tinglysning .....	43
c. Ejerlejligheder .....	43
d. Arveret .....	43

e. Retspleje .....	43
f. Konkurslov .....	44
g. Straf .....	45
h. Forskellige love .....	46
B. Ministerens bemærkninger til lovforslaget .....	46
a. Obligationsret .....	47
b. Ejerlejlighedsloven .....	48
c. Erhvervelse af fast ejendom .....	48
d. Markedsføringslov .....	48
e. Familieret .....	48
f. Konkurslov .....	49
g. Skatte- og afgiftslove .....	49
i. Forskellige love .....	50
C. Betænkninger fra folketingsudvalg og udtalelser afgivet af folketingsudvalgenes ordførere .....	53
D. Forhandlinger i Folketinget .....	58
I° Drøftelse i Folketinget .....	58
2° Enkelstående udtalelse i Folketinget .....	59
3° Forudsætninger i folketingsdrøftelser .....	60
III. Særlige tilfælde, hvor lovmotiver får større eller mindre betydning .....	61
A. Ændringer under udarbejdelse af loven .....	61
B. Ændringer i forhold til tidligere retstilstand .....	64
C. Inkurier .....	67
D. Praktisk uheldige resultater .....	68
E. Strafspørgsmål .....	69
F. Regelnød .....	70
G. Forventningsprincippet .....	71
H. Gamle motivudtalelser .....	72
I. Internationale lov motiver .....	73
IV. Sammenfatning .....	73
<b>§ 3 Dommes præjudikatvirkning .....</b>	<b>76</b>
I. Indledning .....	76
A. Præjudikater som retskilde .....	76
B. »Distinguishing« .....	77
C. Kendskab til præjudikater .....	80
D. Omtale af præjudikater i domspræmisser .....	81
E. Udenlandske præjudikater .....	83
II. Almindelige synspunkter for præjudikaters bindende virkning .....	84
A. Retsautoriteten .....	84

B. Procesbesparende hensyn .....	85
C. Appelomkostninger .....	86
D. Retsulighed .....	87
III. Almindelige synspunkter for at frakende præjudikater bindende virkning .....	87
IV. Særlige synspunkter for at fastholde præjudikater .....	91
A. Sideløbende retsforhold .....	91
B. Korrelatforhold .....	94
C. Tilbagesøgning af erlagte ydelser .....	96
D. Vindikation – eksstinktion .....	96
E. Arbejdsretten .....	96
F. Abstrakte udtalelser .....	97
G. Ændring af administrativ praksis .....	98
H. Ordensforskrifter .....	100
I. Straf .....	101
J. Kritik i retslitteraturen .....	103
V. Sekundære hensyn .....	105
A. Præjudikaters antal .....	105
B. Præjudikaters alder .....	107
C. Præjudikaters autoritet .....	109
1° Underordnede instansers respekt for overordnede instansers afgørelser .....	109
2° Overordnede instansers stilling til underordnede instansers afgørelser .....	110
3° Sideordnede retter .....	113
4° Mindretals respekt for flertallets bedømmelse .....	113
5° Betydningen af domme med dissenser .....	115
VI. Afslutning .....	116
<b>§ 4 Analogi, udvidende fortolkning og modsætningsslutning .....</b>	<b>117</b>
I. Begreber .....	117
II. Almindelig analogi .....	120
A. Obligationsret .....	120
B. Tinglysning .....	122
C. Familieret .....	124
D. Arveret .....	125
E. Immaterialret .....	126
F. Retspleje .....	126
G. Konkursret .....	128
H. Skatter og afgifter .....	129
I. Forskellige lovbestemmelser .....	130
III. Fuldstændig lovanalogi .....	131

A. Straffeloven .....	131
B. Specialstrafferetten .....	137
C. Andre lovbestemmelser .....	140
IV. Analogi – modsætningsslutning .....	140
V. Analogi fra undtagelsesregler .....	143
VI. Partiel analogi .....	145
VII. Analogi – omgåelse .....	145
VIII. Sammenfatning .....	147
 <b>§ 5 Retssædvaner .....</b>	 150
I. De traditionelle betingelser for retssædvaner .....	150
A. Almindelig fulgt .....	150
B. Længe fulgt .....	151
C. Forestilling om forpligtelse .....	151
II. Retslitteraturen .....	153
III. Retspraksis .....	156
A. Lokale sædvaner .....	156
B. Almindelige sædvaner .....	157
IV. Sædvaner som skønsmæssige kriterier .....	159
V. Kutymer og sædvaner .....	160
VI. Kendskab til sædvaner .....	162
VII. Sædvanens kvalitet .....	163
VIII. Sædvaner i retskildelæren .....	164
IX. Sædvaner på alle retsområder? .....	165
X. Desvetudo .....	165
XI. Sammenfatning .....	167
 <b>§ 6 Retsvidenskabens indflydelse på praksis .....</b>	 169
I. Almindelige synspunkter .....	169
A. Retsvidenskabens opgaver .....	169
B. Teoretikeren og dommeren .....	171
C. Domskommentarer .....	174
D. Indflydelse på lovforslag .....	177
E. Kritik af retsafgørelser .....	178
F. Retslitteraturen som retskilde? .....	179
II. Enkeltilfælde .....	180
A. Erstatningsret .....	180
1° Objektivt ansvar .....	180
2° Erstatning for forsørgerstab .....	182
3° Ansvar for børn .....	182
4° Erstatning for tort .....	182
5° Offentlige myndigheders erstatningsansvar .....	182

B. Obligationsretten .....	183
C. Panterettigheder og tilbageholdsret .....	184
1° Panterettigheder .....	184
2° Overdragelse til sikkerhed .....	186
3° Tilbageholdsret .....	187
a. Tilbageholdsrettens omfang .....	187
b. Afværgelse af tilbageholdsret ved sikkerheds-stillelse .....	187
D. Overdragelse af formuerettigheder .....	188
1° Tinglysning .....	188
2° Overdragelse af ejendomsret til løsøre .....	188
a. Beskyttelse over for kreditorer .....	188
b. Beskyttelse over for aftaleerhververe .....	189
E. Sameje og interessentskab .....	190
F. Strafferet .....	191
1° Objektivt strafansvar .....	191
2° Fortolkning af straffebestemmelser .....	192
G. Retspleje .....	192
H. Konkurs .....	193
I. Familiertet .....	194
J. Arveret .....	195
K. Forfatningsret .....	196
L. Forvaltningsret .....	198
1° Domstolskontrol med forvaltningen .....	198
2° Det offentliges erstatningsansvar .....	200
M. Skatteret .....	201
N. Arbejdsret .....	202
O. Immaterielret .....	203
P. International privatret .....	203
Q. Passivitetsvirkninger .....	204
III. Konklusioner .....	204
<b>§ 7 Administrativ praksis som retskilde .....</b>	<b>209</b>
<i>Af konsulent Jon Andersen</i>	
I. Administrativ praksis .....	209
A. Praksisbegrebet .....	209
B. Tilgængelighed .....	210
II. Administrativ praksis som retskilde .....	212
A. Anvendelse af administrativ praksis i specialværker .....	212
B. Administrativ praksis som subsidiær retskilde .....	213
III. Momenter af betydning for den retskildemæssige vægt af administrativ praksis .....	213

A. Skønsmæssige eller retlige afgørelser .....	213
B. Afgørelser, truffet af under- eller overordnede myndigheder .....	214
C. Den administrative myndigheds kvalitet .....	214
D. Lovbestemmers præcise eller upræcise karakter .....	215
E. Langvarig eller kortvarig administrativ praksis .....	216
F. Administrativ praksis, tiltrådt af lovgiver, domstolene eller ombudsmand .....	217
G. Betydningen af, om praksis er offentliggjort .....	218
IV. Praksis' betydning for domstolene og ombudsmanden .....	218
A. Prøvelsesintensiteten .....	218
B. Prøvelse af skønsmæssige afgørelser .....	219
C. Fravigelse fra fast praksis .....	220
D. Praksis, som er blevet underkendt .....	220
<b>§ 8 Ombudsmandens udtalelser .....</b>	<b>222</b>
I. Problemstilling .....	222
II. Domstolenes stilling til Ombudsmandens udtalelser .....	224
A. Domme med indhold hentet fra Ombudsmandens udtalelser .....	224
B. Domme, der indeholder fyldig redegørelse for Ombudsmandens udtalelse .....	227
C. Domme, der indeholder kort omtale af Ombudsmandens udtalelse .....	231
D. Domme, der ikke omtaler Ombudsmandens udtalelse ..	235
E. Domme, som kun er kort refereret i Ombudsmandens beretninger .....	240
III. Sagsomkostninger .....	243
IV. Sammenfatning af domstolenes stilling til Ombudsmandens udtalelse .....	244
<b>§ 9 Folkeret som retskilde .....</b>	<b>247</b>
<i>Af professor, dr.jur. Claus Gulmann</i>	
I. Indledning .....	247
II. Folkeretlige reglers inkorporering i dansk ret .....	248
III. De folkeretlige regler .....	249
IV. Behandlingen af retskildespørgsmålet i den retsvidenskabelige teori .....	250
V. Retspraksis .....	251
A. Systematik .....	251
B. Domme, hvor folkerettens betydning er forudsat i danske regler eller har haft præjudiciel betydning .....	253

C. Søgsmålsimmunitetssager .....	255
D. Domme i sager vedrørende privatretlige krav .....	256
E. Begrænsning i myndigheders straffeprocessuelle indgreb ..	257
F. HT-dommen .....	264
VI. Vurdering .....	266
 <b>§ 10 Andre retskilder .....</b>	 269
I. Almindelige retsgrundssætninger .....	276
A. Erstatningsretten .....	276
B. Personbeskyttelse .....	278
C. Samlivsforhold .....	279
D. Forhandlergrundssætningen .....	279
E. Lighedsgrundssætningen .....	280
F. Passivitet .....	280
G. Forudsætningslæren .....	280
H. Konkurrenceforhold .....	280
I. Konkursret .....	282
II. Principper fra andre retsområder .....	282
III. Rimeligt – urimeligt .....	282
A. Rimelighed .....	283
B. Urimelighed .....	284
IV. Rettig interesse .....	285
V. Logiske slutninger .....	286
A. Fortolkninger .....	286
B. Uden for fortolkninger .....	289
VI. Anomalier .....	290
VII. Formål .....	291
VIII. Almindelige erfaringer .....	293
IX. Konklusion .....	293
 <b>§ 11 Begyndelsen og slutningen .....</b>	 296
Litteratur .....	298
Domsregister .....	299
Lovregister .....	308
Sagregister .....	314

# Forord

Denne udgave af Juridisk Grundbogs 1. bind adskiller sig væsentligt fra de foregående, også den sidste, som meget hurtigt er blevet udsolgt, således at en ny udgave har været naturlig.

Hertil kommer, at der er sket så meget inden for Retskildelæren i de seneste år, at afgørelser, der ligger mere end 10 år tilbage i tiden, som regel har kunnet udelades og dermed overgå til behandling i Retshistorien.

Dernæst manglede der behandling af nogle meget væsentlige spørgsmål, som nu er kommet med i afsnittene §§ 7-10. De burde have været med tidlige, men jeg savnede viden og kræfter til at tage dem op.

Det er derfor jeg er særdeles tilfreds med, at professor *Claus Gulmann* påtog sig at tage spørgsmålet om Folkerettens og ikke mindst EF-rettens betydning op til behandling, jfr § 9. Og det samme gælder konsulent hos Ombudsmanden *Jon Andersen*, der har skrevet afsnittet om administrativ praksis' betydning for fastlæggelsen af gældende ret, således som den har givet sig udtryk i ombudsmandsudtalelser og i domstolspraksis, jfr § 7.

Jeg måtte selv tage mig af de manglende afsnit fra Ombudsmandens udtaleser, jfr § 8, og dette var kun muligt, fordi *Jon Andersen* ydede en helt uundværlig hjælp med at fremdrage relevante afgørelser. Allervanskligst var afsnittet om Forholdets Natur, som bragte mig ind på nye undersøgelser, således som de vil findes i § 10 om »Øvrige retskilder«. For at få en fyldestgørende behandling heraf måtte der skrives så omfattende og dybtgående, at det ville ligge på disputatsniveau. Det har jeg ikke kunnet overkomme, så man må nøjes med dette som noget foreløbigt.

I begge disse afsnit kom jeg til resultater, som i hvert fald virkede overraskende på mig selv. Jeg har så valgt at sætte det så skarpt op, at det forhåbentlig vil møde modsigelse og vække ny diskussion. Sker det, er vi dog kommet et skridt videre.

Stud.jur. *Henning Strange* har medvirket ved udarbejdelse af registre og ved citatkontrol.

# § 1

## Retskildebegreber og de forskellige retskilder

### I. Begrebet

Retskilde defineres ofte som de faktorer, der danner grundlaget for formulering af retsregler. Men man kan også bestemme læren om retskilder som problemet om, hvorledes begrebet »gældende ret« skal fastlægges. Når det skal fastslås, hvad der er eller på en vist tidspunkt har været gældende ret, sker det ved at undersøge, hvilket resultat man må komme til ved hjælp af læren om retskilder. Der har været fremsat adskillige andre opfattelser af begrebet »gældende ret«, men i denne fremstilling, der tjener et praktisk formål, må det være tilstrækkeligt at blive stående ved, at gældende ret er de resultater, man kommer til ved overvejelser ud fra retskildelæren. Dette resultat kan være mere eller mindre sikkert. De forskellige retskilder kan virke med forskellige styrke. Hvis en – eller flere – kilder klart taler for et bestemt resultat, har man fået fastslået, hvad der er gældende ret på dette punkt. Hvis overvejelserne ud fra retskildelæren ikke på samme måde fører til et klart resultat, må man erkende, at der er en vis tvivl om, hvad der er gældende ret. Men selv om der er nok så megen tvivl, må domstolene komme til et resultat. Efter domsafsigelsen kan man sige, at nu er der ved et præjudikat, altså ved anvendelse af en retskilde, sket den ønskede afklaring af retstilstanden. Man rykker op på rangstigen i det hierarki, som retskilder repræsenterer.

Man skulle på forhånd mene, at en fremstilling om retskilderne måtte begynde med et hovedafsnit om *loven* som den primære og helt afgørende retskilde. Det er også indlysende, at hvis der findes en klar lovbestemmelse, som afgør et retsspørgsmål, må alt andet vige. Men i en fremstilling, bygget op på retspraksis, giver dette sig ikke udslag. Hvis loven er så klar, opstår der ikke retssager bortset fra, hvad der traditionelt betegnes som rene incassosager. Rejses der egentlige retssager herom, vil resultatet blive bøde for unødig trætte eller anden lignende reaktion. Afgørelser herom vil ikke finde vej til domssamlinger m v. Problemerne kommer først frem, når der opstår fortolkningsvanskigheder, og disse skal belyses ud fra motiver, ved diskussion om analogi- og modsætningsslutninger, retspraksis, sædvane – altså de retskilder, som vil blive belyst i det følgende.

Dette betyder altså ikke, at lovens *ordlyd* er uden betydning. T værtimod er der adskillige retsafgørelser, som nævner ordlyden som et led i argumentationen, men netop også kun som et led heri. Årsagen er den enkle, at der ofte, måske endda næsten altid, er mulighed for at indlægge forskellig forståelse i en terminologi, som loven har anvendt. Hvis man hentyder til ordenes naturlige forståelse, er man på gyngende grund, idet der i hvert fald kan være forskellige nuancer, når et ords naturlige betydning skal søges fastlagt. Der er snarest tale om et vist bælte, som man bevæger sig indenfor. Men hertil kommer, at der kan være tale om en speciel teknisk forståelse af ordet, som muligvis afgiver fra den sprogligt naturlige.

Ud fra disse synspunkter kan der tales om *udvidende* og *indskrænkende fortolkning*. Terminologien er ikke altid heldig, idet problemet er, hvor udgangspunktet skal vælges, altså hvad der skal udvides eller indskrænkes i forhold til. Der burde derfor i hvert fald snarere tales om en vid eller en snæver fortolkning af ordene.

Hertil kommer for så vidt angår den såkaldte udvidende fortolkning, at grænsen mellem en sådan fortolkning, og hvad der betegnes som en analogi, er flydende; der er kun spørgsmål om en relativ snæver eller en relativ vid udvidelse. Analogislutninger går dog videre, idet en analogi principielt også kan anvendes i tilfælde, hvor det selv med den videste forståelse af lovens udtryk er muligt at benytte betegnelsen: udvidende fortolkning. Dette spørgsmål tages op til behandling under § 4.

Da en henvisning til *ordlyden* optræder i forbindelse med argumentation ud fra andre retskilder, vil dette spørgsmål blive taget op i forbindelse med de forskellige retskilder.

Som eksempler kan foreløbigt henvises til U 1928.656 H om fortolkning af Sømandslovens § 32, hvor der lægges vægt på forhistorie og formål, redaktionen betegner lovens ord som uklare, men erkender, at de taler for en anden løsning, jfr om dommen i § 2.III.C., U 1929.609 om fortolkning af Motorafgiftsloven, der lægger vægt på hensigten med bestemmelsen og fastholder, at bestemmelsen kunne forstås på samme måde (hvilket ikke virker overbevisende), jfr om dommen i § 2.III.D., U 1976.304 H om fortolkning af Tinglysningslovens § 42 a, stk 2, der lægger vægt på motiver; en dissens finder resultatet i strid med lovens ganske klare ord, medens flertallet trøster sig med en læsning af bestemmelsen som helhed, jfr om dommen § 6.I.F.

I § 2.I.E. nævnes norske afgørelser, som går imod ordlyden, støttet til motiver.

Den nævnte vurdering af retskildernes relative betydning er den overvejende inden for nordisk retslitteratur. Der er særlig grund til at nævne *Johs Andenæs* og *Helge Kvamme* i Festskrift til Carl Jacob Arnholt, 1969. 21 f. En anden opfattelse er gjort gældende af *Stuer Lauridsen*: Retslæren (. 280, jfr 305-307, samme i U 1984 B. 321-326), der betragter såvel *lovmotiver* som *lovtekster* som underordnede fortolkningselementer i forhold til bl a

den retlige tradition og de dertil knyttede såkaldte reale overvejelser. Denne opfattelse er det vanskeligt – og i forhold til lovtakster vel umuligt – at godtgøre rigtigheden af. En belysning ud fra retspraksis i 1982-1984 er foretaget af *Blume* i U 1985 B. 121-129, og for årene 1985-1988 samme i U 1989 B. 201-214.

En gennemgang af svensk retspraksis viser samme billede, jfr navnlig *Strömholt* i Festskrift til Johs Andenæs, 1982. 653-665. Der foretages ofte en indgående gennemgang af forarbejder til love. Enkelte domme nævnes dog som eksempler på, at lovmotiverne ikke har været afgørende. NJA 1975.32 anvender en vis bestemmelse, uanset at der under forarbejderne var fremkommet en udtalelse af andet indhold. NJA 1976.483 tilslidesætter motivudtalelse under henvisning til lovens ord og overvejelser om konsekvenser. NJA 1978.581 viste, at forskellige motivudtalelser talte i forskellige retninger og holdt sig til ordene.

En samlet fremstilling om retskilderne inden for Statsretten er givet af *Jens Peter Christensen*: Forfatningsretten, og det levende liv, 1990, der konkluderer i, at der principielt ikke bør anlægges en friere forståelse af retskildebegrebet end inden for andre retsområder, jfr sammenfatningen .249-253. Spørgsmålet tages op nedenfor i § 5 om retssædvanner.

## II. De enkelte retskilder

### A. Lovmotiver

Hvis man rent statistisk vil illustrere betydningen af de forskellige retskilder, er der i nutiden næppe tvivl om, at lovbestemmelsernes forhistorie, *motiverne*, indtager en førsteplads. Selv om der inden for denne retskilde kan være variationer om betydningen heraf for fastlæggelsen af gældende ret, får man indtryk af, at denne retskilde undertiden virker lige så stærkt som indholdet af en lovbestemmelse. Hvis lovgivningen bevidst undlader at give udtryk for en vis opfattelse i selve lovordene, men af forskellige grunde foretrækker at lade det bero på en klar udtalelse i motiver, f eks i en betænkning afgivet af et folketingsudvalg, har man et eksempel, hvor domstolene i hvert fald yderst sjældent kommer til et andet resultat. Men også i andre tilfælde synes denne retskilde at virke med stor styrke. Dette vil blive undersøgt i § 2. Medens man tidligere måtte støtte sig på redaktionsnoter og kommentarer til domme for at finde udtryk for, at motiverne har betydning, siges det nu oftest – undertiden endog med udtrykkelig henvisninger – at motiverne er anvendt. En fuldstændig fortægnelse over domme, hvor motiver har haft betydning, er overflødig, ældre domme kan forbigås, og blandt nyere domme kan foretages en udvælgelse.

### B. Analogi og modsætningsløsning

Tæt op til lovens ord kommer en anden retskilde, nemlig *analogien* eller *modsætningsløsningen*, jfr herom i § 4. Man lever på den opfattelse, at lovens ord

er valgt med omhu, men forskellige forhold kan have bevirket, at ikke alle situationer, som kunne forventes reguleret ved lovreglen, er kommet ind i selve loven. Herefter skal der argumenteres: Enten må forholdet trods lovens tavshed ligestilles med, hvad der direkte omtales i loven, eller meningen er netop, at der skal gælde en anden regel herom. Den førstnævnte argumentation viser i øvrigt, at det ofte kan være vanskeligt at fastslå, om ikke selve lovens ord kan anvendes direkte, omend ved en vid fortolkning, eller om man bør erkende, at det omhandlede tilfælde blot ligestilles med, hvad loven direkte beskæftiger sig med, altså ved analogi.

#### *C. Præjudikater*

Om end sjældnere forekommende, men dog alligevel statistisk nogenlunde almindeligt, er den retskilde, som er karakteriseret ved, at der foreligger et præjudikat, jfr herom i § 3. Man bør imidlertid ikke lave statistik på grundlag af dommes argumentation for resultatet, idet præjudikater meget vel kan have haft afgørende betydning, selv om de ikke omtales direkte i dommene. Og har Højesteret først taget klar stilling til et problem, skal der meget til for at få ændret retstilstanden.

#### *D. Sædvane*

Det er utvivlsomt, at sædvane i nutiden hører til de sjældent anvendte retskilder. Det hænger ganske naturligt sammen med, at lovgivningen mere og mere dækker alle tænkelige områder af retslivet. Der skal derfor nu ledes ganske godt for at finde eksempler på anvendelsen heraf, og selv om de forekommer, kan der være tvivl om det berettigede i anvendelsen af sædvanen som retskilde, jfr herom i § 5.

Fælles for alle disse retskilder nævnt under A.-D. er, at de har deres udspring i noget fortidigt. Lovens forhistorie må nu engang ligge forud for lovens vedtagelse, og analogi eller modsætningsslutning er i principippet noget, som har ligget – omendt skjult – i loven allerede fra dennes tilblivelse. Betegnelsen præjudikat lader heller ikke nogen tvivl om det fortidige. Og konstateringen af en sædvane må ligeledes omfatte noget, som er sket.

### E. Retslitteraturen

Det har været stærkt diskuteret, om *retsvidenskaben* kan betegnes som en retskilde. Men ud fra den betragtning, at domstole i præmisserne faktisk påberåber sig retslitteraturen som værende af betydning, går opfattelsen i retning af også at anerkende den som en retskilde. Men spørgsmålet er, om ikke den på afgørende måde adskiller sig fra de ovenfor nævnte retskilder. Dette undersøges i § 6.

Udtalelser i retslitteraturen kan vanskeligt placeres som noget fortidigt i relation til den afgørelse, som skal træffes. Retslitteraturen giver nok udtryk for, hvad der anses for gældende ret, men dette sker ud fra en række overvejelser, der er baseret på de andre – sikkert anerkendte – retskilder. Det vil ikke virke særligt overbevisende, hvis en retsteoretiker simpelthen uden et sådant grundlag udtaler sin uforgribelige mening om, hvad der er gældende ret. Hvis det sker, skal man ikke regne med, at det virker særligt overbevisende på en domstol, og det ligegyldigt hvilken autoritet den retslærde så end måtte optræde med. Retslitteraturen er derfor mere en *formidlende faktor* end en faktor, som virker selvstændigt.

Retslitteraturen påberåber sig ud over de almindelige retskilder også andre momenter, f.eks den historiske udvikling, lovens harmoni, fremmed ret og – som noget vigtigt – forholdets natur. Herved ledes man imidlertid igen på tanken om, at retslitteraturen mere er formidlende end direkte skabende.

### E Forholdets natur

Selv om dansk rets forlængst har givet afkald på at give samlede fremstillinger om retssystemet ud fra forholdets natur, har der været tradition for at henvisse til forholdets eller sagens natur som en retskilde på linie med de i øvrigt anerkendte. Der gives derfor ofte i juridiske lærebøger o. l. definitioner på, hvad der sigtes til med dette udtryk.

Heroverfor står den kendsgerning, at retspraksis ikke synes at tillægge denne retskilde samme betydning som teorien, i hvert fald gives der i præmisserne ikke udtryk herfor. Da det har vist sig, at i hvert fald nyere retsafgørelser ikke henviser til denne retskilde eller til terminologier, som må forstås i overensstemmelse hermed, var det nærliggende at gå frem på en anden måde end at søge frem til afgørelser, som måtte antages at have givet udtryk for anvendelse af denne retskilde. Det drejede sig altså om at finde frem til en »restgruppe«, som bliver tilbage, når de afgørelser, som henviser til motiver, analogi, praksis og sædvane m.v., er blevet udskilt. Der må naturligvis også ses bort fra adskilige andre grupper af afgørelser, hvor det ved lovgivning eller i øvrigt efter

den almindelige opfattelse er overladt til domstolene at finde frem til en skønsmæssig afgørelse.

Denne undersøgelse viste, at det var muligt at erstatte den uklare figur: forholdets natur med en række positive beskrivelser af den retskilde, som er blevet benyttet.

På dette grundlag tages herefter disse problemer op til behandling i § 10 om »andre retskilder«.

#### *G. Lovens formål*

Ofte stilles fortolkning efter lovens formål op som sideordnet med de nævnte retskilder.

Det er rigtigt, at det ofte anføres som argument for at for tolke en lovstemmelse på en vis måde, at dette skyldes hensynet til lovens formål. Men en ligestilling med analogi, sædvane og andre særlige retskilder er misvisende.

Lovens formål kan undertiden fremgå af loven selv. Adskillige love – f.eks. en række miljølove – indeholder indledningsvis programerklæringer, der meget klart angiver, hvad der er lovens formål. Men i så fald er det jo en anvendelse af selve loven, omend på en speciel måde, der er tale om. Det er altså noget misvisende at stille formålsfortolkning op som sideordnet med de andre retskilder.

Det samme gælder, hvis lovens formål eller formålet med enkelte bestemmelser kan læses ud af forarbejderne til loven. Ofte vil f.eks. de bemærkninger, som ledsager et lovforslag ved dets fremsættelse, give udtryk for, hvad der er formålet med loven eller vedkommende bestemmelse. Men også i dette tilfælde er der tale om anvendelse af en bestemt retskilde, nemlig lovens motiver.

Undertiden er en henvisning til lovens formål ikke støttet på en konkret henvisning til udtalelser i forarbejder. I stedet har retten selv foretaget en vurdering, som naturligvis kan have en vis baggrund i forarbejderne, men uden at være direkte udtrykt heri. I disse tilfælde må lovens formål som retskilde opstilles som noget særligt sideordnet med de øvrige retskilder. Men netop fordi vurderingen er rettens egen og ikke direkte baseret på lovens forarbejder, kan denne retskilde komme til at virke svagere end de øvrige. Dette spørgsmål tages op nedenfor i § 10. VII.

### **III. Retskildernes prioritetsfølge**

Det er ikke muligt at lave en klar prioritetsorden blandt retskilderne. Ud over at en helt klar lovregel naturligvis altid må have fortrin. Dette kan man ganske vist ikke udlede af retspraksis af den simple grund, at der normalt ikke kan

forventes retssag for at få dette fastslået. Det forekommer – som nævnt – kun i rene incassosager og i sager af rent kværulantisk karakter. Domme af denne art finder ikke vej til domssamlingerne.

Ved gennemgangen af de enkelte retskilder bliver spørgsmålet om de forskellige retskilders relative betydning taget op til behandling på grundlag af den foreliggende retspraksis. I hvert fald hvis der lægges vægt på de bemærkninger, der findes i afsagte domme, er der ingen tvivl om, at lovmotiver er den retskilde, som hyppigst bliver anvendt i argumentationen.

Præmisser i danske domme er gennemgående affattet meget koncentreret. Derimod får man et mere solidt indtryk af de forskellige retskilders betydning ved læsning af den norske Højesterets præmisser til domme, idet de voterende hver for sig – men da navnlig førstvoterende – giver mere udførligt rede for de afgørende betragtninger. Man arbejder derfor på et mere solidt grundlag, når der henvises til norske højesteretsdomme. De vil derfor blive inddraget i regørelsen for de enkelte retskilder.

Det må erkendes, at domstolene kan tænkes at benytte henvisning til lov motiver, uanset at det for dommeren har været mere afgørende, hvad almindelige overvejelser ud fra retsgrund sætninger, tradition, lovens antagelige formål og vedrørende en vis retspraksels praktiske konsekvenser fører til. Betragtninger af denne art kan i domspræmisser virke ret subjektivt farvet, medens omvendt henvisning til lov motiver kan ske på en helt entydig måde, nemlig ved henvisning til udtalelser, som direkte kan citeres eller kontrolleres ved eftersyn. Den såkaldte subjektive fortolkningsmetode fremtræder på denne måde mere objektivt end de såkaldte objektive metoder.

Om prioritetten mellem de forskellige elementer i forarbejder blev der diskussion i forbindelse med ændringerne i Tinglysningslovens § 38. Ved lov nr 159 af 28.4. 1982 blev § 38 ændret, således at det i bestemmelsen nævnte tilbehør skulle være indlagt i bygningen til brug for bygningen – altså helt klart således, at der ikke henvises til tilknytningen til den i bygningen evt tilstede værende erhvervsvirksomhed. Alligevel var der i den betænkning, som ligger til grund for ændringen, 904/1980 bemærkninger om, at tilbehør til en landejendom kunne omfattes af bestemmelsen, når bygning og tilbehør var integreret i en sådan grad, at ejendommen efter fjernelse af tilbehøret ikke kunne anvendes til sit formål. Men i Justitsministeriets bemærkninger til lovforslaget, FT 1981/82, 2. samling, A sp 1754 blev der taget afstand herfra, landejendomme skulle behandles på samme måde som andre erhvervsejendomme, og dette fik tilslutning under folketingsbehandlingen. Dette er afgørende, se anderledes *Ørgaard* i U 1983 B. 53 ff.

Der er herefter ingen tvivl om, at der er tale om en vis hierarkisk ordning: Jo længere man kommer frem mod den endelige vedtagelse af loven, jo større betydning får de bemærkninger, som fremkommer under behandlingen, jfr *Blume* i U 1985 B.124. Dette gælder måske i særlig grad, hvis lovforslag frem-

sættes af mindretalsregeringer, jfr *Munch i U* 1977 B.112, men må sikkert gælde i almindelighed.

En meget realistisk vurdering af de forskellige elementer inden for lovforarbejdet findes hos *Eckhoff* .66-68. De skrevne ord i en betænkning afgivet under stortingsbehandlingen (folketingsbehandlingen) kan virke med større styrke end en enkelt mundtlig udtalelse i salen, som måske dårligt nok er blevet hørt af andre medlemmer af tinget. Den politiske debat kan få betydning for de bredere samfundsinteresser, men de sagkyndige og ministerierne har normalt en mere intens forståelse af detailproblemerne.

Hertil kan føjes, at klare præjudikater i Højesterets domme i almindelighed må placeres på linie med klare lovregler.

På den anden side gives der undertiden udtryk for, at domstolene må bøje sig for det resultat, som fremgår af en bestemmelses ordlyd og af forarbejderne til loven, selv om det fører til urimelige resultater, jfr NRt 1982.745, hvor det udtales, at resultatet – at underholdsbidrag til et særkuldbarn beskattes på toppen af stedfaderens indtægt – er urimeligt, men det måtte være lovgiverens sag at ændre ved denne retstilstand. I disse overvejelser indgår også, at en anden regel kræver nærmere overvejelser, idet en ændring kan medføre konsekvenser, som også bliver urimelige.

#### **IV. Gældende ret**

Det er vanskeligt at finde højesteretsafgørelser, der klart og tydeligt anvender terminologien »gældende ret«. Men der findes dog enkelte. U 1935.767 H udtales således: »Det må anses for gældende ret, at den ansvarlige interessents private kreditorer ikke kan søge sig fyldestgjort i selskabets aktiver, sålænge selskabskreditorerne ikke er blevet fyldestgjort, og dette må efter kommanditselskabets natur også gælde i de tilfælde, hvor en opgørelse udviser, at selskabet har lidt så store tab, at kommanditisternes indskud helt vil medgå til dækning af gælden.«

Førstvoterende udtales ifølge voteringsprotokollen om den første del af problemet, at man ikke behøver at diskutere spørgsmålet, om selskabskreditorerne har fortrinsret frem for særkreditorerne. »Dette er i fremmed ret anerkendt overalt og er i dansk ret også slætt fast ved højesteretsdommen af 1912.« (D v s U 1912.581 H). En senere voterende siger herom: »Det har faktisk bestandig været antaget, at selskabskreditorerne har en sådan fortrinsret.« De øvrige voterende nøjes i det væsentlige med at slutte sig til disse udtalelser. Begrundelsen for retssætningen diskutes derimod nøjere. Dette var nødvendigt af hensyn til det følgende problem i sagen: om fortrinsretten også gælder i kommanditselskaber, når kommanditistens indskud er gået tabt. Om dette

spørgsmål siger sidstvoterende udtrykkeligt: »*Højesteret står frit, da det er første gang, spørgsmålet kommer frem.*«

Der lægges altså en klar sondring mellem den del af resultatet, som blot er udtryk for gældende ret, og den del, der for første gang skal afgøres af Højesteret ud fra »reale overvejelser« eller – som det siges i præmisserne – »efter kommanditselskabets natur«.

I en anden højesteretsafgørelse finder man også – i en mindretalsudtalelse – en bemærkning om »gældende ret«. Det drejer sig om U 1958.744 H, hvor mindretallet i modsætning til flertallet lægger til grund, at der var givet behørig underretning til en bank, der lå med et ejerpantebrev som første pantbrev, om en sekundær pantsætning, men fremhæver herudover, at banken havde sikkerhed for al skyld til banken, hvad enten denne gæld vedrørte et byggeeri eller ej. Det fastslås herefter, at der »ikke i gældende ret findes grundlag for at pålægge banken . . . at indskrænke sig til at forsøge forholdsmaessig fyldestgørelse i pantebrevet«. Meget tyder på, at mindretallet havde lyst til at komme til et andet resultat, men at man følte sig bundet af de i lovgivningen fastslæde regler om denunciation og dermed om rækkefølgen mellem de forskellige pantsætninger, og at en forholdsmaessig fordeling er en nydannelse, som man ikke kunne finde støttepunkt for nogetsteds i retskilder.

Se også U 1979.576 H (statuering af dolus eventualis »ikke i strid med gældende ret«) og NRt 1983.1440 (om gældende ret før en lovændring).

Den vidtgående anerkendelse af bankens retsstilling er blevet kritisert, jfr *Axel H Peder-sen: Byggeriets retlige og økonomiske organisation*, 6. udg, 1965.93 f, *Illum: Om ejerpant, 1961.67 f, Panterettigheder. 137. Juul-Olsen i J 1959.361.*

I denne forbindelse kan også citeres en udtalelse i norsk højesteretsdom om pornografi, NRt 1967.1502 (»Uten en tråd«), hvor det vel erkendes, at pornografibestemmelsen vedrørende skrifter også i Norge vanskeligt kan opretholdes, men at den så sent som i 1966 havde været indgående debatteret i Stortinget, uden at nogen gik ind for ophævelse. »Den må utvilsomt anses som en del av gjeldende rett.« (.1508). Hermed har man vel villet udtrykke, at bestemmelsen i hvert fald ikke kan anses for faktisk bortfaldet, når lovgivningsmagten så sent og klart havde fornyet sit standpunkt til bestemmelsen.

Nu er det naturligvis ikke en højesterets opgave at udtales sig om retsfilosofiske spørgsmål. Men det lønner sig trods alt at følge en terminologi om centrale juridiske spørgsmål, som ikke afviger fra den, som praktikere benytter, hvis ikke det er tvingende nødvendigt.

Når der i love henvises til begrebet »lovgivningen«, sigtes hermed til gældende ret i almindelighed, jfr. U 1981.637 H om forståelsen af Kommunestyrelsесlovens § 61, stk 1.

Fra de ældre teoretiske opfattelser har man ofte citeret *Jul Lassens* afskedsord i U 1918 B. 17 om hans første opgaver » . . . at give en fremstilling af den gældende danske ret, en så vidt muligt pålidelig oplysning om, hvad det er for

retssætninger, der virkelig leves på i det danske retssamfund, de retssætninger, som anvendes af de vedkommende myndigheder . . . « (også citeret af Ross .62 note 9). Mindre påagtet har *Viggo Bentzons* åndelige testamente været, jfr Festskrift i anledning af tohundrede års dagen for indførelsen af Juridisk eksamen, 1936 (året før Bentzons død), hvor han .467 sammenfatter: »Det gælder i det væsentlige at følge den metode, som skønnes *faktisk* at være benyttet i vor nedarvede retsudøvelse, af dommere og administrative embedsmænd, og som videnskabsmændene – bevidst eller ubevidst – har fulgt i, hvad de har hævdet at være »gældende ret«. Videnskabsmændene har støttet sig til praksis og retlige argumentationer. I virkeligheden kan de ikke med egentlig autoritet sige: det eller det er gældende ret, men de kan kun gøre de under ansvar handlende retsudøvere *forslag* om på et givet område at hævde det eller det som vor gældende ret.« Og senere .473: »Kun er det ofte svært at sige, om en given retssætning, som nogen opstiller »i videnskaben«, er virkelig gældende ret, måske allerede, bevidst eller ubevidst, almindelig efterlevet i retsudøvelsen i kortere eller længere tid, *eller* om det kun er forslag til en nydannelsen i den kommende retsudøvelse.«

Også disse udtalelser passer ind i mønstret: I retssystemet er der en nogendlunde fast kerne, som kan kortlægges ved undersøgelser. Her kan der tales om »gældende ret«. Uden for denne kerne er der et tomrum, som måske efterhånden vil blive opfyldt.

Gældende ret er herefter indbegrebet af de retssætninger, som efter retskildelærens grundsætninger kan fastslås med sikkerhed. Graden af denne sikkerhed lader sig ikke bestemme nøjagtigt. Men den ligger formentlig højt. Dette vil blive belyst i den følgende fremstilling. Man kan altså sige, at retskildelæren kan føre til mere eller mindre sikre resultater. Men »gældende ret« omfatter netop kun det udsnit heraf, hvor resultatet er sikkert.

Den her skitserede opfattelse af begrebet »gældende ret« kan sættes i relation til Ross' opfattelse i Om ret og retfærdighed, 1953 § 5: »Gældende dansk ret kan herefter bestemmes som den normative ideologi, der faktisk er virksom, eller må tænkes virksom, i dommerens sind, fordi den opleves af ham som socialt forbindende og derfor effektivt efterleves.« Denne opfattelse er ofte blevet omskrevet som »*profetlæren*«. Dommeren, der afsiger dom efter gældende dansk ret, gør det, fordi han handler efter det mønster, som forventes af dommerne, og det vil sige det samme som, at han retter sig efter den herskende lære om retskilderne. Ud fra den betragtning gjorde jeg i Festskrift til Alf Ross, 1969 s 97 ff gældende, at man kunne springe mellemledet over: gældende ret er den ret, som udledes af de anerkendte retskilder. Ross' indvending herimod viste sig at være, at hans opfattelse tjener som *begrundelse* for retskildelæren. Dette fremgår af et brev, dateret 23. juli 1969, til mig, hvori det hedder:

»Skønt du med beskeden høflighed taler om »randbemærkninger«, er sandheden den, at dine synspunkter rammer noget højest centralt ... at springe forudsigelseslæren over og holde sig direkte til kilderne, er efter min mening en kortslutning, der tilsører problematikken. Spørgsmålet er netop, hvad der begrunder den almindelige opfattelse af, hvad der er retskilde, og forudsigelseslæren er svaret herpå.«

Ross fik desværre aldrig lejlighed til at uddybe dette nærmere. At hans lære rammer noget væsentligt, forstået på denne måde, er der ingen tvivl om, men man kan gå videre og spørge, hvorfor dommeren – og andre der træffer retlige afgørelser – handler på denne måde. Det nøgterne svar er måske, at det er de nu engang opdraget og undervist til, og gør de det ikke, kan de dels risikere sanktioner af forskellig art, dels ændring ved en højere instans – en betragtning der altså ikke gælder selve denne højeste instans, som blot kan risikere faglig, teoretisk og praktisk kritik eller senere ændring i praksis.

*Blume* i TfR 1990.862 går ind for en ny retskildelære. Udgangspunktet tages i, at retskilder er den »information, der kan eller skal tages i betragtning i forbindelse med juridiske dispositioner«. Som nye retskilder fremhæves navnlig administrative og internationale bestemmelser. Dette er utvivlsomt rigtigt, men det kan være noget vanskeligt at forstå hele fremstillingen, således som det f eks udtrykkes .876: »Om man eksempelvis foretrækker en korrespondens- eller en kohærensopfattelse, påvirkes ikke af den faktiske foretagne retskildeanvendelse ... Fejlen har baggrund i, at man sammenblander den eksemplariske anvendelse af domstolene i nogle gældebegreber med selve de videnskabsteoritiske kriterier for det af den enkelte forfatter valgte gældebegreb.«

## V. Retskilders offentlighed

Man skulle på forhånd tro, at det er en forudsætning for, at retskilder kan betragtes som gældende ret, at de er offentliggjort. Det kan imidlertid ikke uden videre lægges til grund.

Om offentliggørelse af love findes der regler. If Grl § 22 befaler kongen lovens kundgørelse, og i tilslutning hertil er der givet nærmere regler herom, se 2. bd § 4.XII, hvoraf fremgår, at offentliggørelse evt kan ske på anden måde end ved gengivelse i Lovtidende.

Spørgsmålet har særlig været diskuteret vedrørende loves forarbejder, jfr herom nærmere i § 2, II.B, hvor det understreges, at utrykte lovforarbejder vel kan benyttes, men at de har været genstand for procedure inden retsafgørelsen.

Nogen almindelig regel herom kan ikke opstilles. Dette følger allerede af, at retten selvstændigt tager stilling til, hvad den anser for gældende ret. En retsafgørelse kan derfor meget vel afhænge af f eks analogi eller en modsætningsslutning, selv om dette ikke særligt har været diskuteret under proceduren. Det samme må gælde angående anvendelse af almindelige retsgrundsæt-

ninger. Kendskab til utrykte retsafgørelser, som retten selv er i besiddelse af, har man altid ment at kunne benytte sig af, hvilket næsten var en nødvendighed, før man fik ordnede forhold om publikation af afsagte domme. Men også i denne relation er det hensigtsmæssigt, at omtale heraf sker i forbindelse med proceduren. Det kunne jo være, at kendskabet til afsagte domme var ufuldstændigt, således at parterne kunne supplere med oplysninger herom. I konsekvens af det anførte må utrykte retsafgørelser kunne påberåbes af parterne og herefter benyttes af retten.

En sædvane kan ikke i almindelighed være kundgjort, så på dette punkt må der i hvert fald være samme forpligtelse til at få spørgsmålet belyst under retssagen. På samme måde som når det i øvrigt drejer sig om at tilvejebringe processtof af faktisk karakter. Anerkendelse af sædvane er afhængig af betingelser, som includerer, at der foreligger en række rent faktiske oplysninger, som derefter skal vurderes ved retsafgørelsen.

Se hertil *Blume* i TfR 1990 .887-890 og Juristen 1991. 12-20.

## § 2

# Lovmotiver

### **I. Indledning**

#### *A. Begrebet lov motiver*

Ved »lov motiver« forstås alt det forberedelsesarbejde, der ligger forud for en lovs vedtagelse. Hvis lovens udarbejdelse er sket på grundlag af en betænkning afgivet af sagkyndige, vil denne betænkning være et led i forberedelsesarbejdet, som indgår i, hvad der herefter kan betegnes som »lov motiver«. Det næste led i lovens forberedelse, den departementale behandling, vil ved lovforslagets fremsættelse resultere i, at forslaget ledsages af nogle bemærknings fra vedkommende minister. Derefter følger som lov motivmateriale forhandlingerne i Folketinget (tidligere Rigsdagen). Et vigtigt underafsnit af det materiale, der hidrører fra Folketingets behandling af lovforslaget, er betænkninger fra det folketingsudvalg, som normalt vil blive nedsat til behandling af loven, og i forbindelse hermed de udtalelser, der tidligere blev fremsat af vedkommende folketingsudvalgs ordfører.

Man sondrer traditionelt imellem *subjektive og objektive fortolkningsteorier*, idet man efter en subjektiv fortolkningsteori tillægger lov motiver afgørende betydning for lovens fortolkning, hvorimod man efter en objektiv fortolkningsteori lægger den afgørende vægt på lovens ordvalg. Medens der tidligere har været delte meninger om, hvorvidt man skal følge en objektiv eller en subjektiv fortolkningsteori, har man for mange år siden sammenfattet opfattelsen i teori og praksis derhen, at der ved lovens fortolkning tillægges begge sæt momenter en vis betydning, uden at det på forhånd kan siges, at de to sæt må betragtes som dominerende, jfr *Eckhoff*. 112-116. Der er heller ikke længere diskussion om, hvorvidt lov motiver overhovedet kan betragtes som retskilde. Hvis man ved retskilde forstår en erkendelsesgrund til fastlæggelse af, hvad der er gældende ret, er det klart, at lov motiver er en retskilde. Der er derfor ikke længere grund til at gå ind på diskussioner af denne art, men derimod til at overveje, hvilken vægt de forskellige elementer inden for lov forberedelsen har dels ved fortolkningen af lovens ord, dels ved udfyldning af loven, hvor den ikke har afgjort de foreliggende retsspørgsmål.

Spørgsmålet om de såkaldte »efterarbejder«, dvs fortolkningsdata, som efter lovens vedtagelse fremkommer fra Folketinget, er ikke inddraget under problemstillingen, da det ikke synes at have givet sig væsentlige udslag i domspræmisser. Begrebet er navnlig behandlet af *Erik Boe*, senest omtalt i Miljøankenævnet – Forsvar, 1988. 13 ff og er senere fulgt op af *Evju* i Jussens venner, 1980.29-32 og Lov og Rett 1991.323-346 om NRt 1990.874, se også *Eckhoff* .81-84. Norske højesteretsdomme har ganske vist tillagt efterfølgende udtalelser fra Stortingen en vis vægt, jfr NRt 1976.579 og 1981.809 – hvor der dog også forelå andre retskildemomenter i samme retning, medens NRt 1983.127 ikke tillagde efterfølgende fortolkningsbidrag afgørende betydning. Konklusionen må være, at praksis kun tillægger sådanne efterfølgende momenter begrænset betydning.

### B. Udviklingen

I dansk ret kan man i hvert fald fastslå, at domspraksis har henvist til motiver fra århundredeskiftet, jfr f eks U 1901.898 H. Men det var dog sjældent, at domspræmisserne direkte angav dette. Man måtte nøjes med at slutte fra redaktionsnoter i UfR og domskommentarer. Da jeg i TfR 1953.145-192 tog spørgsmålet op på grundlag af en gennemgang af trykt praksis, var det derfor et noget slidsomt arbejde, og det var nok så usikkert, hvad der turde siges herom. Men senere – og efter at afhandlingen var optaget i de tidligere udgaver af dette værk – har udviklingen taget fart.

Det kan nu fastslås, at forarbejder – næst efter lovens klare ord – er den *vigtigste retskilde* overhovedet. Der er fra de sidste årtier et så overvældende antal domme, der klart finder begründelsen i motivudtalelser, at det er uoverkommeligt at gennemgå alle disse domme i enkelheder. Sammenlignet hermed er henvisninger til analogi, præjudikater, sædvane og lignende udtryk forholdsvis sjældne. Man får efterhånden indtrykket af, at udtalelser i lovarbejder virker med næsten samme vægt som lovens egne ord. For så vidt kan det siges, at den *subjektive lovfortolkning* er blevet den dominerende. Denne udtryksform er dog næppe berettiget. Der henvises meget sjældent til, at et vist resultat er udtryk for lovgiverens vilje eller hensigt. Paradoksal nok betragtes motivudtalelserne som noget *objektivt* på samme måde som lovens egne ord. Det er i hvert fald mere objektivt end overvejelser ud fra vurderinger af, hvad der må anses for den mest hensigtsmæssige løsning, alt taget i betragtning, jfr *Ross* .166. Overvejelser af denne art må nødvendigvis bero på vurderinger, som bliver påvirket af dommerens individuelle opfattelse, altså er noget subjektivt farvet. Fortolkning ud fra disse betragtninger fortjener derfor snarere at blive betegnet som subjektiv.

En gennemgang af de trykte domssamlinger fra de senere år viser, at der ikke kan være tvivl om, at lovmotiver er blevet den retskilde, som faktisk anvendes oftest af domstolene til at begrunde en stillingtagen til fortolkning af en lovbestemmelse. Et blik på den statistik, som præsenteres af *Brorly* i Justitia

3/1986.29-30 viser helt klart, hvor dominerende denne retskilde er. Man skal naturligvis ikke hæfte sig ved en sådan optælling. Opregningen af de tilfælde, hvor der er henvist til lov motiver, er ikke udtømmende – det er de øvrige henvisninger til andre retskilder heller ikke – men det er ikke særlig realistisk at se bort fra denne i hvert fald betydelige overvægt. Undertiden kan der være tvivl om, hvad der ligger i motivudtalelser. Men netop det, at der i domme – eventuelt med divergenser mellem flertal og mindretal – argumenteres ud fra, hvad der menes at stå i motiverne, viser, hvilken respekt domstolene har herfor. Det er allerede nævnt, at domstolene undertiden benytter sig af en sådan henvisning, selv om det kun er dække for, at de i første række har lagt vægt på selvstændige overvejelser om konsekvenserne, harmoni med andre bestemmelser, lovens antagelige formål eller logiske slutninger. Men det passer i hvert fald ikke, hvor en dom simpelthen bruger samme ordvalg i sin begründelse, som der står i motiverne.

Om henvisning til motivudtalelser for dermed at dække over overvejelser ud fra reale betragtninger jfr *Ahlander*. 144, *Strahl* i TfR 1952.458, *Tamm* i J 1963.475, *Reichel*: Gesetz und Richterspruch (1951).<sup>69</sup>, *Meyer-Hayoz*: Der Richter als Gesetzgeber, 1951.123-24.

Det er derfor ikke realistisk, når *Stuer Lauridsen*: Retslæren f eks .280 ff og i andre forbindelser nærmest ser motiverne som blot et udtryk for den juridiske tradition og i fremstillingens kap VI kun opregner loven, præjudikater, retssædvaner og forholdets natur, men ikke lov motiver som retskilde. Den følgende gennemgang harmonerer meget dårligt med, at *Stuer Lauridsen*: Retslæren. 300-303 mener at kunne påvises, at Højesteret helst overlader det til de underordnede domstole at referere til lov motiver. U 1967.808 H viser intet om en sådan tilbøjelighed. Noget andet er, at den overordnede instans kan spare sig at gennemgå motiverne, hvis dette er sket i underinstansen, og Højesteret kan henholde sig hertil. Noten til den nævnte dom – som må være udfærdiget af en højesteretsdommer – går endog så vidt, at den supplerer landsrettsommens henvisninger til forarbejderne.

U 1953.440 H, der tog stilling til, hvad der skal forstås ved tandlægevirksomhed, er ikke – som anført af *Stuer Lauridsen*: Retslæren .294 – et markant udtryk for modvilje mod at anvende lov motiver. Både flertal og mindretal i landsretten fastslår, at udvalgsbetæknin gen ikke indeholder noget bidrag til fortolkningen. Landsretten anser det ikke for afgørende, at der under rigsdagsforhandlingen er faldet udtalelser om, at man vil forbyde læger at udøve tandlægevirksomhed som en stor del af deres virksomhed, men lægger rent faktisk vægt på, at lægerne netop – den ene udelukkende, den anden langt overvejende – udøvede tandlægevirksomhed, og Højesterets flertal lægger vægt bl a på omfanget af virksomheden. Når mindretallet ville frifinde, skyldtes det, at lægerne udelukkende foretog tandudtrækning og i de allerfleste tilfælde under universalbedøvelse. Som det senere skal påvises under I.D. findes der talrige afgørelser, som ikke har kunnet finde noget afgørende fortolkningsbidrag i motiverne, og særligt de almindelige udtalelser om rigsdagsforhandlinger må der vises varsomhed med at anvende, jfr under I.F.

Ved sagen refereret i U 1962.330 H, der fastslår, at landbrugsministeren ikke havde hjemmel til at kræve erfaring i eksportvirksomhed som betingelse for at få tilladelse til eksport af kartofler, begrunder H udtrykkeligt resultatet med de under lovens tilblivelse fremkomne ministerudtalelser og tager dermed klart afstand fra landsrettens udtalelse om, at der ikke kunne lægges afgørende vægt på »de af landbrugsministeren fremsatte politisk betone-

de udtalelser», se hertil *Stuer Lauridsen*: Retslæren .305, der nævner afgørelsen som et eksempel på, at domstolene har tilslidesat en ministerudtalelse. Selv om en sådan udtalelse nok så meget er politisk betonet, så fanger bordet alligevel.

I teorien har det i dansk-norsk retsopfattelse længe været anerkendt, at lov motiver har betydning for fortolkningen. Allerede *Ørsted* (Haandbog 1.335 f, jfr 456) anerkendte lov motivernes betydning, men dog i den forsigtige form, at lov motiver kunne bruges til støtte for en opfattelse, som man af andre grunde var tilbøjelig til at følge.

Indtil omkring århundredeskiftet fandtes der undertiden meget skarpe udtalelser i norske højesteretsdomme, hvor man tager afstand fra benytelsen af lov motiver ved domsmotivering; NRt 1897.725 udtaler således, at »hvad der i en Lovs Forarbejder er udtalt som Lovens Mening ikke skønnes at kunne være afgørende med Hensyn til Lovens Forståelse, når en sådan Mening savner Hjemmel i Lovens Ord. Dette er af Højesteret oftere udtalt.« Dommen i NRt 1903.628 siger ligeledes, at man ikke lige over for lovens ord kan lægge vægt på en eller flere udtalelser fra dem, gennem hvis hænder loven er gået. Senere praksis diskuterer derimod lov motivernes betydning fordomsfrit. *Eckhoff* .69-70 har konstateret, at i NRt 1959.I-1000 forekommer henvisninger til forarbejder i 10% af de tilfælde, hvor der var fortolkningsspørgsmål. Næst efter lovetekst og retspraksis var forarbejderne det argument, som oftest var anført. Men de savnedes i afgørelser truffet at retter uden for Oslo, hvilket forklares ved manglen på biblioteker!

Som eksempel fra norsk praksis på, at domstolene nøje har overvejet indgående drøftelser i Stortinget kan der henvises til NRt 1976.579 om opkrævning af bompenge ved færgesteder, endda med særlig fremhævelse af en enkelt stortingsrepræsentants udtalelser i Stortinget, men iøvrigt også med henvisning til Stortingets stillingtagen til spørgsmålet ved forskellige lejligheder. Vedtagelsen om bompenge var »truffet ut fra vejpolitiske vurderinger som det ikke tilligger domstolene å overprøve,« se om dommen *Eckhoff* .83.

Afgørelserne i NRt 1988.276 og 295 om opregulering af fæsteaftaler i medfør af Aftalelovens § 36 har givet anledning til diskussion, se herom *Carsten Smith* i Armannsbok, Festskrift til Armann Snævarr, 1989. 287-310, der konkluderer i, at flertallet kræver positive holdepunkter i forarbejder for at begrænse ordlydens rækkevidde, medens mindretallet kræver positive holdepunkter for at begrunde en rimelighedsensur. Herefter skulle der være en fri holdning over for forarbejder. Så vidt ses er der dog kun tale om nuancer i opfatelserne i denne retning, men mindretallet er navnlig inde på, at lovgivningen bedre end domstolene kan tage sig af sådanne problemer. Norske retsafgørelser viser i hvert fald stor omhu med at gennemgå forarbejder og diskutere betydningen af dem, jfr som eksempel NRt 1990.35 om adoption i forbindelse med ødelæsret.

I svensk retsopfattelse findes udtalelser om, at lov motiverne ikke var bindende, men kun af vejledende betydning, men under denne almindelige karakteristik findes mange variatiorer, som i større eller mindre grad lægger vægt på denne vejledning, se *Koersner* i SvJT 1928.373, *Ahlander*: Om rätt och rättstillämpning, Stockholm .132, *Ekelöf*: År den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund, 1951.28, *Welinder*: Något om motivens betydelse för lagtolkning, SvJT 1953.78, *Stig Strömholm* i Rättsociologi, Stockholm, 1973.130-133, samme i Scandinavian Studies in Law, 1966.173 ff, samme: Rätt, Rättskällor och Rättstillämpning. 319-332, *Hessler* i SvJT 1957.241 ff, *Lögdberg* i Festskrift til Karl Olivecrona, 1964.432, der sonderer mellem tydelige og velbyggede udtalelser, som står i klar sammenhæng med ordvalget i en lovetekst, og som tjener til tolkning heraf – og andre motivudtalelser på den anden side, se fra praksis NJA 1926.377, 1950.483, 1952.195, samt *Hellner* 90-91. *Madeleine Löfmarck* i Finna rätt, 2. udg. 1988 nævner, at Sverige er »ganske unikt« ved den store vægt som lægges på forarbejder. Der er næppe tvivl om, at Danmark ikke afviger meget fra Sverige i denne henseende. Som typiske eksempler på, at der lægges vægt på forarbejder, nævnes NJA 1972.253 og NJA 1980.94, jfr også NJA 1985.281.

I SvJT 1989.407-425 diskuterer *Percy Bratt* og *Hugo Tiberg* indgående begrundelserne for at anvende lovmotiver som retskilde. Henvisninger til demokratiseringsprincipper og retssikkerhedssynspunkter m m giver ikke megen vejledning. At motiver er retskilde, ligger helt fast efter retspraksis og sædvane og behøver ikke nærmere begrundelse. Problemet er udelukkende, i hvilket omfang motiver kan virke som retskilde. Der gives udtryk for kritik af svenske domstoles anvendelse af motiver, idet det navnlig gøres gældende, at motiver kun bør benyttes vedr almindelige principper, og at de kun bør benyttes som et hjælpermiddel ved en præciserende tolkning, og at løsningen bør ligge på linie med lovtekstens udformning, således at den får støtte af lovteksten eller i hvert fald ligger i dennes forlængelse (.423). Motiverne bør vige for semantiske, retstematiske og retspolitiske analyser.

Kritikken af de svenske domstoles anvendelse af motiver som retskilde er fulgt op af *Percy Bratt* og *Hugo Tiberg* i SvJT 1989.707 med udgangspunkt i en højesteretsdom, der i mangel af udtalelser direkte i svenske forarbejder bl a falder tilbage på engelsk sprogbrug ud fra den betragtning, at den konventionsbestemmelse, som der var tale om i det foreliggende tilfælde, var fremkommet på forslag af den britiske delegation.

Det billede, som *Per Olöf Ekelöf* giver i Rättshistoriska Studier, Bind XVI, Högsta Domstolen 1789-1989 .233 om fremgangsmåden ved udarbejdelse i ministerier af forslag til ændringer i Retsplejeloven, stemmer ikke med danske erfaringer, hvor også den departementale behandling er særligt grundig.

Se endvidere *Jacob W F Sundberg* i SvJT 1977.130-131.

Som begrundelse for, at lov motiver kan tillægges vægt, har der ofte tidligere været henvist til, hvad der betegnes som »*lovgiverviljen*«. Det erkendes nu allmindeligt, at denne betragtning ikke er særlig bærekraftig og i hvert fald kan gøres til genstand for megen kritik.

*Bentzon*: Retskilderne .220 f kritiserer anvendelsen af at henvise til lov giverens vilje, idet han nævner, at en lovkommissions vilje kan være tvivlsom selv i det tilfælde, hvor et kommissionsudkast vedtages i det væsentlige uændret. Der kan forelægge et kompromis. Under tiden håber de stridende parter på, at domstolene vil anvende loven netop, som de hver for sig har tænkt sig.

Også *Ross*: Theorie der Rechtsquellen, Leipzig-Wien, 1929.337 kritiserer anvendelsen af udtrykket »lov giverens vilje«: »N N har tænkt sig dette, P P noget andet, A A har overhovedet ikke tænkt sig noget«. Partierne trækker i hver sin retning, man ender med et kompromis eller lader problemet henstå uløst. Man har kun villet ét: at udkastet skal blive lov. Det hjælper ikke, at man bruger flertalsformen: »lov giverenes vilje« *Eckhoff* .63. Kritikken må ses på baggrund af Uppsalaskolens kritik af viljesfiktionen, men også andetsteds finder man skarpe udtalelser om fortolkning efter lov giverens vilje: »Selbst ein Lächeln oder Kopfnicken eines Regierungskommissars, selbst die Stegreifrede eines beliebigen sachkundigen Parlamentarikers wird sorgfältig gedeutet; und daraus soll sich nachher der Wille des Gesetzgebers herausdestillieren lassen«, *Reichel*: Gesetz und Richterspruch, 1915.68, se også *Karl Olivecrona*: Rättsordningen, Lund, 1966.156-160, *Jan Evers*: Argumentationsanalys för jurister, 1970.49. Hvad specielt angår udtalelser i lov motiver o l, bliver kritikken yderligere accentueret hos *Augdahl*: Retskilder .122, der herom siger: »Det vil være en pyramidal naivitet å tro at når en slik uttalelse forekommer, f eks en proposition uten at nogen har tatt til motmæle, så betyr det at alle som stemte for lovforslaget, har vært opmerksom på uttalelsen, har tatt standpunkt til den og har bifalt den i sitt stille sinn«. Se også *Stuer Lauridsen*: Retslæren . 278-279 og *Strömholm* .326.

I argumentationen for at tillægge lovmotiver betydning er der ofte blevet henvist til demokratiske principper, hvilket kan opfattes som en omskrivning af lovgiverviljen. Betragtningen kunne måske gå an, hvis der hermed hentydes til Folketingets udvalgsbetænkninger og de drøftelser, der er i selve Folketinget, men når man – som det sker i praksis – inddrager forarbejder, som skyldes sagkyndige og dem, der i ministerier forbereder lovudkast, bliver betragtningen noget søgt.

De argumenter, som benyttes i modsat retning, altså frakende lov motiver betydning, er heller ikke særlig vægtige. Når det er blevet anført, at det for den almindelige lovlydige borgers, ja, selv for fagjurister, kan blive vanskeligt at finde frem til de relevante udtalelser i forarbejder, kan denne betragtning ligeså vel anføres om præjukater og retspraksis som retskilde, til en vis grad også om sædvaner.

Der er ikke grund til at forlænge denne diskussion. Der foreligger i hvert fald en fast retspraksis og sædvaner for anvendelse af lov motiver som retskilde. Men netop derfor er dette ikke ensbetydende med, at enhver udtalelse i forarbejder skal følges aldeles slavisk. Dette spørgsmål vendes der tilbage til nedenfor under § 2.I.E. og ved gennemgangen af de enkelte spørgsmål, således som de belyses af praksis.

### *C. Folketingets ombudsmand*

Den stilling, som Folketingets ombudsmand har indtaget til lov motivers betydning, er formentlig identisk med den, som domstolene har haft. De tillægges meget ofte betydning, endda således at en ministers svar til et folketingsudvalg om forståelsen af udtrykket »veje« i Naturfredningsloven har fået fortrinet fremfor en forsteknisk indarbejdet sprogbrug, FOB 1970.63. Det er næppe noget brud herpå, når ombudsmanden undertiden har henstillet, at hjemmelen til at foretage noget ikke skal hentes i motiverne, men i en udtrykkelig lovregel, jfr FOB 1967.30. Forklaringen herpå er formentlig den, at der ofte bør tilvejebringes klarhed, selv om man retligt set må respektere, hvad der læses ud af forarbejderne. I § 8 gennemgås en række udtalelser, afgivet af ombudsmanden, der også viser, hvilken vægt der er blevet lagt på motivudtalelser.

Se hertil *Bent Christensen*: Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, 1980. 217-219.

Om FOB 1977.228 se nedenfor under II.B.

Om lovgivning gennem motiver se under I.F.

#### D. »Negative motivudtalelser«

Gennemgangen af retspraksis viser imidlertid noget meget afgørende, som ikke tidligere synes at være iagttaget. Der findes nemlig et meget betydeligt antal domme, hvor det som led i argumentationen udtales, at forarbejderne ikke indeholder noget, som kan anvendes til støtte for et resultat. Ordvalget varierer betydeligt, og der kan være nuancer i denne negative vurdering, men reelt er det det samme, det drejer sig om: Forinden et resultat fastslås, må det undersøges, når et spørgsmål ikke er afgjort direkte ved lovens ord, men har relation til en lovbestemmelse, om der indeholdes noget af betydning i motiverne. Herved adskiller henvisningen til denne retskilde sig fra henvisning til andre. En lignende – som det synes næsten obligatorisk – undersøgelse af, om andre retskilder kan benyttes, finder man ikke. Det konstateres ikke på samme udbredte måde, om et præjudikat, en analogi eller modsætningsslutning, en sædvanlig forhindrer, at der træffes en afgørelse i en vis retning. Dette synes at være en selvfølge. Det kan kun komme på tale, hvis der efter proceduren har været anledning til at komme ind herpå. Den »negative motivudtalelse« kan være svaret på, at parterne eller en af dem har gjort gældende, at en motivudtalelse har været af betydning. Det er imidlertid forholdsvis sjældent, at en sådan udtalelse i dommen harmonerer med referatet af, hvad parterne har gjort gældende. Retten kan naturligvis af egen drift finde frem til den korrekte retlige løsning. Men hvis retten – uden at parterne har været opmærksom herpå – udtaler sig om en mulig anvendelse eller ikke-anvendelse af en motivudtalelse, er det hensigtsmæssigt at få det frem under domsforhandlingen. Retten kan jo have overset noget væsentligt ved motivgennemgangen, jfr herved det om U 1980.569 H under II.B. omtalte.

Denne iagttagelse af »negative motivudtalelser« er kun kommet frem ved nærlæsning af trykte domme. De registreres nemlig praktisk taget aldrig under det rubrum i UfR, som hed »Love (ikrafttræden, lovfortolkningsprincipper)« og kommer måske heller ikke frem i det fra og med 1988 anvendte rubrum »1.2. Motiver«.

Som eksempler på anvendelse af »negative motivudtalelser« fra nyere praksis kan henvises til U 1990.479, 1990.579, 1990.802, 1989.11 H, 1989.17 (dissensen), 1989.107, 1989.516, 1989.1004 H, 1988.1 H, 1988.170, 1988.821, 1987.351 H, 1987.390, 1987.716, 1987.746, 1987.755 H, 1987.965, 1986.59, 1986.357, 1986.383, 1986.462 (se om dommen *Riis* i U 1986 B 263-266, 1986.714, 1986.723, 1986.965, 1985.125, 1985.804, 1984.18 H, 1984.651, 1983.23 H, 1983.151 H, 1983.219, 1983.872 H, 1983.967, 1983.1034 H, 1982.497, 1981.78 H, 1981.266 H, 1981.784, 1981.876, 1980.107 H, 1980.566 H, 1980.670, 1980.831, 1980.1021 H, 1979.939.

Standardudtrykkene er »forarbejderne . . . har ikke taget stilling til«, »der er hverken i ordlyden eller forarbejderne grundlag for at fastslå«, »der er hverken i ordlyden eller forarbejderne noget til hinder for«, »efter de sparsomme oplysninger om tilblivelsen findes det betænkeligt«, »det fremgår ikke af forarbejderne«, »hverken ordlyden eller forarbejderne

udelukker«, »forarbejderne nævner kun . . . på denne baggrund«, »ikke grundlag for af loven eller dens forarbejder at udlede en sådan begrænsning«, »efters tilblivelseshistorien ikke grundlag for at fortolke«, »forarbejderne ses ikke at pege i anden retning«, »motiverne indeholder ikke konkrete holdepunkter for . . .«, »hverken efter ordlyd eller forarbejder findes der at være noget til hinder for . . .«. En variant findes i U 1981.637 H: »Selv om der kan forekomme tilfælde, hvor personer i private erhverv ud fra indenrigsministerens ovenfor citerede synspunkter må være afskåret fra at have sæde i et kommunalt udvalg, findes NN ikke som følge af inhabilitet at være afskåret fra . . .«

#### E. Kritik af lovmotiver

Hvis der findes meget udførlige motiver i de bemærkninger, som ledsager et lovforslag, kan der forekomme kritisable udtalelser. Den omstændighed, at motiverne virker som retskilde, er ikke ensbetydende med, at indholdet af dem kritikløst skal lægges til grund. Udførlige lovmotiver kan give en god vejledning for fortolkning af bestemmelserne, og det kan ofte foretrækkes at vælge denne metode frem for at give stive og skematiske regler i en lovbestemmelse, jfr *Kallehauge* i U 1986 B 385 ff i en anmeldelse af Bernhard Gomard og Ditlev Wad: Erstatning og godtgørelse efter erstatningsansvarsloven og voldsofferloven. Men der er ikke så få eksempler på, at lovmotiver har været uheldigt affattet. Såvel teori som retspraksis er i sådanne tilfælde ikke afvisende over for at tilsidesætte motivudtalelsen.

Lejelovgivningen indeholder flere eksempler herpå. *Blok*: Ejerlejligheder, 1982.368 kritiserer bemærkninger i den betænkning (.145), der ligger til grund for loven og ender med at fortolke bestemmelsen så indskrænkende, som det er muligt uden at prisgive det i motiverne nævnte formål, jfr også U 1977.795. *Krag Jespersen* (i Karnovs Lovsamling, 11 udg ad § 7) kritiserer udtalelsen i FT 1978/79 A 2438, der synes at begrænse anvendelsen af reglen i Lejelovens § 7 til relationen til kreditorer, medens forhold til aftaleerhververe holdes udenfor, jfr også U 1984.832. En indgående kritik af udtalelser i bemærkninger til lejelovsforslag i det hele er givet af *Krag Jespersen* i J 1979.349-389. Forholdet mellem StrfL § 216 og § 217 blev i praksis anvendt i strid med motiverne, jfr herom *H Toft-Nielsen* i 1980 B.82 f, hvilket førte til en lovændring i 1981, jfr Straffelovrådets betænkning 914/1980.24 ff.

Undertiden er forarbejderne til en lov så uoverskuelige, at det er vanskeligt at benytte motiverne til fortolkning af lovene. Et eksempel herpå er forarbejderne til Kreditaftaleloven, som blev udarbejdet og fremsat i Folketinget som lovforslag uden forudgående behandling i sagkyndigt udvalg og uden forudgående høring af interessererde organisationer m v, hvilket bevirkede fremkomst af kritiske høringssvar under folketingsbehandlingen og ønsker om fornyet høring over ialt 48 ændringsforslag, se kritikken hos *Lennart Lynge Andersen*: Lov om kreditaftaler, 1990 .34-35.

Også *Bernhard Gomard* og *Ditlev Wad*: Erstatning og godtgørelse, 1986, kritiserer moti-

ver, jfr forordet, der fremhæver, at Retsudvalgets betænkning vedr Erstatningsansvarsloven i vidt omfang har karakter af retsvidenskabelige udredninger, som vel har betydning for fortolkningen, men ikke er bindende. Bogens fremstilling viser, at der ofte udtrykkes kritik over for betænkningens løsnings, men mange steder anvendes de til støtte for resultaterne. Hertil må føjes, at motiver i det hele ikke uden videre er bindende, men kun har større eller mindre betydning for fortolkningen, og at begrebet motiver naturligvis omfatter mere end den grundlæggende betænkning. Fremstillingen tager da også hensyn til, hvad der anføres under lovforslagets videre gang gennem Folketinget.

Også U 1991.237 udtrykker kritik over for motivudtalelser. Efter en ændring af Rpl ved L nr 396 af 13/6 1990 bestemte § 389, at kendelser og beslutninger om sagsomkostninger, der er fastsat til højst 10.000 kr kun kan kæres med Justitsministeriets tilladelse. Spørgsmålet var, om dette også gjaldt en afgørelse, hvorved sagsomkostningerne blev ophævet.

Justitsministeriets bemærkninger hertil besvarede dette klart benægtende. Landsretten fandt, at dette ikke var foreneligt med bestemmelsens rækkevidde efter ordlyden, men bøjede sig alligevel for motivernes udtalelse, men med den begrundelse, at det af retssikkerhedsmæssige grunde var betænkligt at udstrække området for kravet om kæretilladelse videre, end der er klar lovhjemmel for.

Hvis såvel ordene i lovbestemmelsen som motiver peger i en vis retning, men domstolene finder, at dette strider med, hvad der følger af andre regler, vil domstolene formentlig bøje sig herfor og overlade til lovgivningen at råde bod på retstilstanden, jfr NRt 1982.745 om forholdet mellem skatteretlige og familieretlige regler, se hertil *Eckhoff* .76-77, 314.

Når forarbejder til en lov, herunder navnlig bemærkninger til et regeringsforslag, indeholder redegørelse for, hvad der anses som gældende ret, og begrunder de foreslæde ændringer og dermed angiver forholdet mellem retstilstanden og den fremtidige ordning, må der udvises forsigtighed med at udlede resultater heraf, idet bemærkninger herom kan være farvet af en rekommendation for forslaget, jfr *Aage Spang-Hanssen* i U 1987 B. 361-365 med eksempler på misvisende udtalelser om skattelovgivningen.

Det er meget sjældent, at domstolene tager afstand fra at anvende motivudtalelser. Men det er dog i hvert fald sket udtrykkeligt ved U 1989.688 H om forståelsen af Markedsføringslovens § 8, stk. 2, hvorefter udgiveren af et periodisk skrift kan foranstalte lodtrækning til fordeling af gevinster i forbindelse med løsning af præmiekonkurrencer. Uanset at denne undtagelsesbestemmelse ifølge motiverne, jfr FT 1957/58 A sp 1437, Betænkning 416/1956 s 104, 107, Forbrugerkommissionens betænkning II 681/1973 s 23 kun skal anvendes, hvis dette sker som led i bladets stof, gik dog 3 af 5 dommere ind for frifindelse i et tilfælde, hvor konkurrencen var omtalt i en husstandsomdelt reklametryksag, idet der henvises til, at dette ikke har støtte i lovens tekst og ikke med sikkerhed følger af formålet med undtagelsen. Mindretallet ville derimod dømme som følge af sammenhængen mellem § 8, stk 1 og stk 2 og forarbejderne og med henvisning til, at tryksagen ikke havde karakter af et periodisk skrift. Det er velkendt, at Strfl § 303 om det groft uagtsomme hæle-

ri ifølge motiverne (U III. 389 f) først og fremmest skulle ramme de egentlige hælerforretninger, men i praksis tværtimod navnlig anvendes mod de enkeltstående erhvervelser, *Waaben*: Strafferettens specielle del, 1989.169.

Der findes endog – i hvert fald i norsk retspraksis – en afgørelse, som går imod såvel lovens ordlyd som det, en sagkyndig komité havde lagt til grund. Dette skete ved afgørelse i NRt 1978.1430 vedrørende forståelsen af udtrykket »vanlig pris« for koncessionskraft. Der var sket en sådan udvikling, at det, som ifølge forarbejderne måtte anses som det principale alternativ for fastsættelsen af prisen, ville virke i strid med lovens formål. »Vanlig pris« måtte – som det blev erkendt fra alle sider – forstås som statskraftpris, men denne pris havde fjernet sig fra koncessionshaverens kostpris, og dette gav ville stadig vokse. Men afgørelsen voldte tvivl – 3-2 stod stemmerne – og flertallet erkendte, at der var betydelig tvivl.

På den anden side findes der afgørelser, hvor domstolene har tilsidesat klare lovord ved henvisning til motiver, jfr således U 1929.609 anført i § 2.I.E. og § 2.III.C. og U 1976.304 H, anført i § 2.III.B. og § 6.II.C.1°.

*Eckhoff*. 71-74 jfr 314-316, nævner ældre eksempler på, at Høesteret har fraveget lovteksten med henvisning til forarbejderne, NRt 1930.222, 1970.417, 1978.991, 1986.660 (og måske NRt 1938.294), men i modsat retning NRt 1961.212. Afgørende er ifølge Eckhoff dommeres opfattelse af, hvad der reelt er den bedste løsning, hvad naturligvis ikke kan dokumenteres. Som eksempel på, at der endog fortolkes i strid med både lovtekst og forarbejder, anføres NRt 1921.406 og RG 1962.9 (lagmannsrettsdom), et dansk eksempel er U 1929.609, jfr nedenfor § 2.III.C, men det anføres dog, at domstolene som regel vil vige tilbage for at følge egen opfattelse i strid med ordlyd og forarbejder, jfr eksempelvis NRt 1961.98, 1965.607.

NRt 1988.1003 holder en ulykke ved benyttelse af en »kabelfærge« uden for Sølovens subjektive ansvarsbestemmelser og pålægger derfor ansvar på objektivt grundlag. Passagerbegrebet kunne blyses i nogen grad ved hjælp af forarbejderne, men det fremgik alene heraf, at befording tilfældigt eller lejlighedsvis faldt uden for begrebet, men det primitive fartøj blev benyttet af alle og enhver, men uden vederlag herfor. Fartøjet fandtes så ulig de skibe, som Søloven typisk tog sigte på. Derfor holdt man sig til ordlyden i Søloven.

#### F. Lovgivningsteknikken og lovmotiver

Den afgørende betragtning er ikke henvisningen til lovgiverens vilje, men derimod *realistiske overvejelser om lovgivningsteknikken*. Ofte undlader man bevidst at inddrage et bestemt retsspørgsmål til afgørelse i lovens tekst, fordi man er i tvivl om den rigtige løsning, eller fordi man finder, at lovteksten vil blive alt for vidtløftig, hvis man i den skulle medtage alle relevante hensyn. Når denne teknik overhovedet accepteres, er det herefter klart, at lovmotiver i et vist omfang må tillægges betydning. Men anerkendes dette, må også andre grunde kunne føre til, at lovmotiver tillægges afgørende vægt.

I fortsættelse af det anførte hovedsynspunkt må der tages hensyn til arbejdsformen ved behandlingen af lovforslaget. Det er ikke almindeligt, at man under folketingsbehandlingen udtaler sig fra alle sider, med mindre det drejer sig om spørgsmål af større politisk betydning. Det normale vil være, at nogle enkelte, som i særlig grad er kyndige på det pågældende område, udtaler sig om spørgsmålet. Vægten må herefter lægges på, om vedkommende minister, under hvem lovforslaget sorterer, og repræsentanter fra Folketinget har udtalt sig om det foreliggende spørgsmål på en sådan måde, at man kan sige, at de kyndige har haft lejlighed til at diskutere det og gøre sig klart, hvad der ligger i de forskellige mulige løsninger. Der må altså udvises forsigtighed med at henvise til *forudsætninger*, som ikke klart fremgår af lovteksten og dens bearbejdelse under behandlingen i Folketinget. På den anden side kan det ikke være nogen betingelse, at et stort antal medlemmer af Folketinget har udtalt sig om spørgsmålet; men der må i hvert fald have været mulighed for at reagere fra deres side, som kunne have haft indvendinger imod den løsning, som andre er gået ind for.

Denne udvikling er ikke uden betænkeligheder. Der er trods alt en forskel på anvendelsen af lovens ord, således som de efter naturlig forståelse må opfattes, og forudsætninger, der kan udledes af forhandlinger i Folketinget eller andre momenter under lovens forberedelse. Det hænger sammen med, at der på grundlag af lovens ord sker en *afstemning*, der – i hvert fald som regel – kun kan opfattes som gående på selve lovens tekst.

Det skaber en vis usikkerhed, at en tilstræbt løsning af en retskonflikt ikke er udtalt i lovens tekst, men kun i motiverne. Den almindelige borger kan dårligt nok overkomme at læse selve lovene, men det er i hvert fald uoverkommeligt for ham at studere lovens motiver. Denne betragtning har selvfølgelig en vis vægt, men kan ikke tillægges lige stor betydning overalt. Det er nu engang således, at det kun er en brøkdel af de gældende retsregler, som findes i selve lovteksterne. Borgeren kan heller ikke følge med i retspraksis og holde sig orienteret om, hvad der må blive resultatet efter »anerkendte retsgrundssætninger«.

»Lovgivning gennem motiver« er ofte blevet kritiseret, se f. eks *Peter Rørdam* i J 1990.93-96, *Hessler* i SvJT 1957.241 ff, *Folke Schmidt* i Festschrift til Nils Herlitz, 1955.263 ff, *Percy Brott* og *Hugo Tiberg* i SvJT 1989.707 f, se hertil *Lögdborg* i Festschrift til Karl Olivecrona 1973.432 ff, *Strömholt* 329 ff, samme i Festschrift til Johs Andenæs, 1982.655 ff. I hvert fald er det uheldigt, hvis man på denne måde tager stilling til spørgsmål, som hører under en anden lovgivning end den, som behandles.

Betrætningerne fører til, at man vel bør anvende lovens motiver ved fortolkning af love, men i særlig grad koncentrerer sig om de tilfælde, hvor ganske bestemte momenter i motiverne kan anføres til støtte for en vis fortolkning. Derimod bør lov motiver ikke anvendes som fortolkningsdato i tilfælde,

hvor vage udtryk giver en oplysning om, hvad der er *tilsigtet* med lovens virke. Hvis sådanne almindelig holdte vendinger fra lovens forberedelse benyttes ved fortolkningen, ender man let i den mulighed, at lovens motiver i realiteten benyttes af domstolene til at underbygge et resultat, som er opnået på et andet grundlag, f eks ud fra logiske betragtninger. Der bliver tale om at anvende en art argumentationsteknik, hvor man søger at iklæde betragtninger, hvis resultater er tvivlsomme, en sådan form, at de får et objektivt udtryk, jfr *Opsahl: Delegasjon av Stortingets myndighet*.<sup>64</sup>

#### *G. Lovens formål*

Hvis en lov efter sin ordlyd uden nogen begrænsning omfatter et vist retsforhold, kan der blive spørgsmål om en indskrænkende fortolkning ud af forarbejdernes indhold. Hvis forarbejderne kun angiver *formålet* med almindelige vendinger, bliver det et vanskeligt skøn, om dette skal tillægges afgørende betydning. I dette tilfælde kan man ikke sige, at der foreligger en klar motivudtalelse, som angiver en begrænsning. Anderledes hvis det ligefrem fremgår af motiverne, at der skal gælde visse begrænsninger i forhold til selve ordlyden, men at man har afstået fra nærmere at fastslå, hvori disse begrænsninger skal bestå.

Et eksempel på det først nævnte problem foreligger i U 1981.78 H om Markedsføringslovens § 8, der uden begrænsning forbyder erhvervsdrivende at fordele gevinsten ved lodtrækning, præmiekonkurrencer eller anden foranstaltning, hvis udfaldet helt eller delvis beror på tilfældet. Spørgsmålet var herefter, om dette også gjaldt, hvis lodtrækningen m v ikke har erhvervsfremmende formål, men kun kontrollerende, nemlig ved et rejsebureaus fordeling af rejser til de kunder, der besvarede spørgeskemaer. Flertallet i H (3 dommere) tilsluttede sig Sø- og Handelsretter præmisser, hvorefter der – som forbudsbestemmelsen var affattet – ikke fandtes grundlag for af lovens eller dens forarbejder at udlede en sådan begrænsning, medens et mindretal (2 dommere) lagde vægt på, at der ikke var reklameret hermed, og at fremgangsmåden tjente som efterkontrol af ydelsernes kvalitet og dermed også kundernes interesser.

Dommen i NRt 1978.1430 om fortolkning af Vasdragsreguleringsloven fra veg derimod en bestemmelses ordlyd, men her henvises ikke blot til formålet, men også til de klare motiver – udarbejdet af en sagkyndig komité – hvilket måtte have fortrin frem for lovens ordlyd (et mindretal på 2 var ikke enig heri). På samme måde viser NRt 1983.1444, at en bestemmelse i vejtrafikloven skulle forstås med begrænsninger, men her kunne der henvises til Ot prp nr 45 76/77, der viste, at der var tilsigtet en snæver forståelse (men en dommer dissenterede ud fra det formål, som antoges tilsigtet).

En række domme, også nyere, henviser til *lovens formål* (hensigt) jfr f eks U 1988.745, 1986.232, 1986.236, 1985.122 H, 1985.254, 1985.473, 1984.116 H, 1984.327, 1984.1107 HKK, 1983.939, 1979.748 H. Dette støtter en udbredt opfattelse, hvorefter en lovs formål kan betragtes som en selvstændig retskilde. Det er dog et spørgsmål, om det er en rigtig betragtning.

Hvis formålet er klart udtrykt i en programudtalelse i loven, således som man kendte ved de ældre forordninger, og som man også finder i nyeste lov-givning, f eks i en række miljølove, er det korrekt at tale om en fortolkning efter lovens formål, men i så fald kan man med en vis ret sige, at det drejer sig om en direkte anvendelse af en lovbestemmelse, som slår igennem i hele loven. Omtrent på samme måde, som når StrfL indeholder bestemmelser f eks om forsøg og medvirken, som må benyttes ved anvendelse af samtlige regler i den specielle del, hvor den generelle bestemmelse ikke er fraveget.

Hvis formålet støttes på en særlig udtalelse herom i lovens *forarbejder*, drejer det sig om en anvendelse heraf og fortjener derfor ikke at blive katalogiseret som en selvstændig retskilde ved siden af lovmotiverne.

Tilbage bliver nogle tilfælde – og flere af de nævnte domme synes at høre hjemme i denne gruppe – hvor domstolene *uden støtte i programudtalelser* i loven *eller* i dennes *forarbejder* – kommer frem til lovens formål.

Dette problem tages op nedenfor i § 10.VII.

#### *H. Almindelige henvisninger til forarbejder eller tilblivelse*

En række domme benytter sig af en *almindelig henvisning til forarbejder eller tilblivelsen* uden nærmere specifikation. Hvis der heller ikke i note til dommen i UfR er en mere konkret henvisning, står man over for et besværligt arbejde. I øvrigt burde oplysningen ikke begrænses til dem, der ved at skaffe sig kendskab til UfR kan få et fingerpeg om, hvad dommen mere konkret er begrundet med. Men får man end ikke denne hjælp, er man temmelig fortapt. Det er en møjsommelig opgave at læse regeringsforslag, de forskellige forhandlinger i Folketinget og udvalgsbetænkning igennem. Og man kommer i tvivl om, hvad det nærmere var for en udtalelse, domstolen havde hæftet sig ved. Man får undertiden indtrykket af, at domstolen heller ikke selv har hæftet sig ved en bestemt udtalelse, men har set på lovarbejdet som helhed.

Dette er ikke særlig forbrugervenligt og måske endda noget på kant med, at domme skal begrundes, jfr RpL § 218. Det må erkendes, at der ikke i praksis stiller høje krav hertil. Men hvis domstolen virkelig har følt sig sikker på at anvende en udtalelse i lovforarbejder, er det en ringe ulejlighed at anføre dette helt konkret. Om domstolen også bør citere indholdet af det anvendte sted i lovforarbejderne, kan diskuteres. En længere redegørelse er næppe på plads, undtagen i særlige tilfælde. Men hvis det drejer sig om en kort, præcis

udtalels i lovforarbejderne, er det meget let at indflette dette i præmisserne. Undertiden kan det måske se lidt klodset ud, hvis dommen først refererer motivudtalelsen og derefter gentager den i sin endelige begrundelse. Men med lidt omhu kan dette dog klares ved indskudte vendinger af denne art: »som udtalt i regeringsforslagets bemærkninger, Folketingstidende ...«

Som eksempler på domme med generelle henvisninger til forarbejder kan anføres U 1991.317 H, 1989.931, 1988.408, 1986.6 HKK, 1986.212, 1986.321 HKK, 1986.958, 1985.125 H, 1985.254, 1985.473, 1984.885, 1984.1003, 1984.1121 HKK, 1983.391 HHK, 1983.833, 1983.903 H, 1982.663, 1982.825 H, 1981.717, 1980.595, 1980.907 HKK.

## II. Forskellige elementer i lovmotiver

### A. Sagkyndiges udtalelser i betænkninger

Efter det under I. anførte burde der udvises nogen forsigtighed med at henvise til sagkyndiges udtalelser i de betænkninger, som ligger til grund for lovforslagenes udarbejdelse. Der er ikke nogen sikkerhed for, at vedkommende minister eller medlemmerne af Folketinget har tiltrådt alt, hvad de sagkyndige har udtalt i en betænkning, som ligger til grund for et lovforslag. Hvis et spørgsmål er helt forbigået i tavshed i regeringsforslaget og under Folketingets behandling, er der ikke herudfra noget reelt grundlag for at udtale sig om, hvad der er tilsigtet fra lovgiverens side. Det er ren fiktion at tale om, at lovgiveren, der må antages at have læst betænkningen, har accepteret den forståelse af teksten eller de øvrige udtalelser om retstilstande, der måtte være fremsat i betænkningen. Praksis viser ikke desto mindre stor respekt for sådanne motivudtalelser.

De sagkyndige bliver ikke mere sagkyndige, fordi de udpeges til at være medlemmer af en kommission. Deres vurderinger har selvfølgelig vægt, ligesom i øvrigt når en sagkyndig udtales sig om spørgsmålet. Samarbejdet mellem forskellige sagkyndige kan dernæst virke befrugtende. Endelig får kommissionen særlige muligheder for at få stillet erfaringsmateriale til rådighed. Af disse grunde, men netop kun af disse grunde, må man tillægge de sagkyndiges indstillinger betydning. Men de sagkyndige er ikke lovgivere, og man kan ikke uden videre opstille en formodning for, at de virkelige lovgivere har adopteret deres meninger. På dette punkt har kritikken haft ret.

*Eckhoff* .62 reducerer stærkt betydningen af sådanne sagkyndige udtalelser, som stilles i klasse med anden juridisk litteratur, omend de kan bidrage til at kaste lyd over, hvad der er ment med et lovforslag. Dette er dog nok en undervurdering af de sagkyndiges udtalelser under lovforberedelsen, og i hvert fald går praksis i Danmark videre.

Det er overflødig at pointere – som *Stuer Lauridsen*: Retslæren .307 gør – at enhver – også domstolene – kan omdisputere korrektheden af sagkyndiges redegørelse. »Er de for-

kerte, er de naturligvis forkerte, basta». Men ud over, at man nok vil tillægge det større betydning, hvad disse udvalgte sagkyndige har udtalt, netop fordi de er blevet udvalgt hertil af vedkommende minister, er der det særlige ved deres udtalelser, at de – endda ofte ganske udtrykkeligt – lægges til grund eller i hver fald vurderes af vedkommende minister i de bemærkninger, som ledsager lovudkastet. Af disse grunde sættes sagkyndiges udtalelser i en særklasse. Men hvad man end vil mene herom, bliver det afgørende, om domstolene faktisk henviser til sådanne udtalelser. Dette gennemgås i det følgende.

Blandt de sagkyndiges udtalelser indtager betænkninger afgivet af permanente »råd« en særstilling. Dette vil f.eks. gælde Straffelovrådet og Retsplejerrådet, som til stadighed arbejder med lovreformer på disse områder og derfor har en særlig ekspertise. Dette har da også givet sig udtryk i norsk retspraksis, jfr f.eks. NRt 1978.847 om agtsomhedskravet vedr. seksuelle forhold til mindreårige, hvor Straffelovrådets indstillinger citeres ordret.

#### *1° Redegørelse for gældende ret*

Der findes ofte i sagkyndiges betænkninger en redegørelse for, hvorledes retstilstanden er på det tidspunkt, da betænkningen skrives. Det kan naturligvis ikke forventes, at man i Folketinget underkaster sådanne udtalelser en nærmere prøvelse. Fremtidig retspraksis må i sådanne tilfælde frit kunne underkende kommissionens opfattelse på dette punkt. Det bliver helt selvfølgeligt, hvis betænkningen end ikke munder ud i en lov på det pågældende område.

Ved U 1953.28 H tog derfor rettens flertal afstand fra en udtalelse i en betænkning, afgivet af Handelsministeriets Licitationskommission (.8), hvorefter bygheren ved bunden licitation skulle være bundet til enten at tage det billigste tilbud eller forkaste samtlige tilbuds. Dette standpunkt blev kritiseret. Nu er kommissionens standpunkt fastslået ved Licitationsloven, lov nr 216 af 8/6 1966 § 3, stk 2.

Familieretskommissionen udtalte i sin betænkning vedrørende lov om ægtefællers arve-ret og uskiftet bo .27 ff, at fritagelse for at svare afgift af kap 2-boer måtte kræve en ændring i Arveafgiftsloven. U 1929.678 H satte sig ganske ud over denne udtalelse, idet man ligestillede kap 1- og kap 2-boer med hinanden i denne henseende. På afgiftsområdet kunne man næppe kalde kommissionen for særlig sagkyndig, og i hvert fald var det ikke dens opgave at vurdere afgiftsspørgsmålet.

Under behandlingen af kommissionslovsforslaget var det sagkyndige udvalg inde på spørgsmålet om, hvorvidt man i kraft af tilbageholdssret kunne søge sig fyldestgjort i det tilbageholdte, jfr Udkast til Kommissionsloven .54, jfr 52. Kommissionen gav i sin betænkning udtryk for den opfattelse, at tilbageholderen ikke kunne søge sig fyldestgjort i det tilbageholdte. Der foreligger vel ikke nogen retsafgørelse, der på afgørende måde har taget standpunkt til spørgsmålet, men opfattelsen i betænkningen er i hvert fald blevet stærkt bestridt af Illum i U 1953 B.312 ff, jfr. *Panterettigheder* § 23. VIII.

Oplysninger om administrativ praksis, indeholdt i betænkninger afgivet af udvalg, hvori sidder vigtige repræsentanter for de administrative myndigheder, må naturligvis virke med megen vægt, jfr U 1964.873 (jfr U 1965.444 H).

**2° Udtalelser om fortolkningen af lovforslaget**

Den noget ældre retspraksis viser, at man dengang ofte stillede sig noget kritisk over for at lægge sagkyndiges udtalelser om, hvordan en af dem foreslægt regel skulle forstås, til grund.

En række *ældre* afgørelser tilsidesatte således udtalelser af denne art, jfr U 1965.269 H, 1958.1084 H, 1937.714 H, 1925.90 H og 1934.719 H. Andre afgørelser viser, at der ved afgørelserne var delte meninger om, hvorvidt man skulle anvende disse udtalelser ved fortolkningen, jfr således U 1966.269 H, 1964.393 H, 1960.788 H, 1961.833. Ved afgørelsen i U 1934.719 H anvendte byretten en motivudtalelse til støtte for sin opfattelse, landsretten anvendte en analogi, og H anvendte en straffebestemmelse direkte og uden at henvise til motiver.

Derimod anvendte nogle højesteretsdomme forarbejder til Straffeloven som begrundelse for resultaterne, jfr U 1969.828 H, 831 H og 833 H om Strfl § 75 og U 1965.620 H om Strfl § 164. Særlig klart er det, at sagkyndiges udtalelser kan tillægges større betydning, hvis de direkte er blevet accepteret af ministeren, der fremsætter lovforslaget, jfr U 1964.698 og U 1963.873.

Norsk praksis har også tidligere stillet sig nok så kritisk over for at lægge vægt på sagkyndiges udtalelser. Dette gælder i særlig grad, hvor man har søgt at føre personer, som har medvirket ved udarbejdelsen af lovforslaget, i retten for *ex post* at høre deres opfattelse, jfr NRt 1922.309 (sekretær ved en lovkommission), 1919.116 (søfartsdirektør, som havde formuleret forslaget). 1976.579 (sekretær i lovkommission).

I praksis var der utilbøjelighed til at straffe for hæleri efter hæleribestemmelsen, således som den tidligere var affattet, uanset at Udkast 1896.260 gav støtte herfor, jfr NRt 1908.776, 1914.1029. Senere er bestemmelsen herom blevet ændret, se herom *Andenæs: Formueforbrytelsene*, 1975.186.

*Nyere retspraksis* viser imidlertid, at der i en række tilfælde er lagt afgørende vægt på udtalelser i sagkyndiges betænkninger om fortolkning af lovforslag:

*a. Obligationsret*

U 1985.203 H – der stadfæster landsretsdom i henhold til grundene – fastslår, at ordet »*garantiforsikring*« ikke omfatter pantebrevsgaranti. Der henvises til baggrunden for Forsikringsaftalelovens § 21, stk. 4, 2. pkt. og forarbejderne, d v s ifølge noten Udkastet .26, 55 og 80. U 1986.501 H kunne henvise til dette præjudikat, se herom i § 3.

Ved fortolkningen af Funktionærlovens § 7, stk. 2, 3. pkt. støtter landsretten sig ved afgørelsen i U 1988.460 H sig til Betænkningen om Funktionærloven 1947.43, men dette omtales ikke af H.

Ved fortolkning af Færdselslovens § 101, stk. 2, 2. pkt henviser U 1988.596 til forarbejderne ifølge noten Betænkning 1036/1985 om erstatning og forsikring vedr motorkøretøjs-skader.

U 1987.711 H stadfæstede en fogedafgørelse, der afviste at anvende en anerkendelses-dom som grundlag for tilbagetagelse af det solgte, og som begrundelse herfor henvistes udtrykkeligt til betænkning nr 839/1978 om køb på kredit s 89.

Se fra ældre ret U 1977.663 H om modregning.

*b. Panteret og tinglysningslovens § 3 om forudbetaling af leje*

Tinglysningslovens § 3 om forudbetaling af leje blev ved U 1980.161 H søgt anvendt på boligindskud i almennyttige boligselskaber, men landsretten fandt ikke i loven om boligbyggeri eller dens forarbejder holdepunkter for at sidestille beboerindskud med forudbetalt leje, og Højesteret afgjorde sagen på andet grundlag, således at § 3 ikke fik nogen betydning. Højesteret gennemgik i den forbindelse nøje motiverne til lovgivningen om boligbyggeri og kom herudfra til det resultat, at boligtagerne ikke efter Byggeriets Realkreditfonds overtagelse af ejendommen ved tvangsauktion havde noget krav på tilbagebetaling af indskuddene, der måtte betragtes som den yderste del af den ansvarlige kapital.

Fra ældre ret:

U 1976.304 H fortolkede TL § 42 a derhen, at ordet »afdrag« ikke i relation til påkravssreglen omfattede ejerskifteafdrag og henviste udtrykkeligt til en arbejdsgruppens udtalelse. 26, som der ikke ved den senere lovbehandling var taget afstand fra. Dommen har givet anledning til kritik, jfr herom i § 6 II.C. 1°.

*c. Ejerlejligheder*

U 1983.1136 afviste at anerkende pant for ejerlejlighedsforeningens krav mod den enkelte ejer, byretsdommen henviste udtrykkeligt til Betænkning 395/1965, hvad landsretten undlod, jfr herved Blok: Ejerlejligheder, 1982.277 ff.

U 1958.268 fortolkede Ejelerlejlighedslovens § 3 under henvisning til forarbejderne, der citeres udtrykkeligt, jfr hertil Blok anf v. 99 f.

*d. Arveret*

I sagen U 1982.313 H om nødtestamenter efter Arvelovens § 44 henviste mindretallet til forarbejder, litteratur og reale betragtninger, jfr Betænkning 291/1961, 102 f, dommen er behandlet i § 4 II.D.

*e. Retspleje*

U 1990.713 HKK fastslår, at *Rpl* § 762, *stk 2, nr 2* indeholder hjemmel til fortsat fængsling under anke af frifindelsesdom for overtrædelse af strfl § 245 (men afstår dog fra fængsling i det konkrete tilfælde), og der henvises herved til forarbejderne, hvilket jfr note til dommen må være Straffelovsrådets betænkning 1099/1987 s 103 og FT 1986/87 1. saml B sp 2169. En dissens finder dog ikke, at forarbejderne tilsliger anvendelse af fængsling i tilfælde som det foreliggende..

U 1989.870 fastslår, at bestemmelsen i *Rpl* § 780, *stk 1, nr 3* om telefonoplysninger ikke omfatter forbindelser, der har fundet sted før afsigelse af kendelse, og der henviser herved til betænkning 1022/1984 s 55. U 1990.806 støtter resultatet vedr tvangsauktionsvilkår på betænkning nr 800/1977 s 133 ff. U 1987.180 salærberegning for advokater henviser til betænkning nr 404/1966 s 43 og tidligere retsafgørelser.

U 1989.767 aferviser begæring om arrest, da man i stedet burde have anvendt regler om omstødelse i konkurs, og dette begrundes med udførligt citat fra Retsplejerådets betænkning nr 1107/1987 s 44-45 og justitsministerens bemærkninger hertil.

U 1988.419 H fastslår, at *Rpl* § 788, *stk 2 nr 3* om underretning ved afslutning af periode med forsendelser tilbageholdelse ikke gælder, hvis der faktisk ikke er sket tilbageholdelse, medens beslutning herom var gældende, og henviser herved udtrykkeligt til Betænkning nr 1023.118 (der taler om »forsendelser, der reelt har været ramt af indgrebet»).

*Rpl* § 31, *stk 3* indeholder hjemmel til at forbyde offentlig gengivelse af en tiltalts (sigrets) navn, stilling og bopæl. Om anvendelse af denne bestemmelse eller dennes analogi foreligger nogle retsafgørelser, se herom § 4.III. B. U 1988.365 H henviser særligt til Betænkning

nr 622/1971 .38, hvor der tales om »navn og andre oplysninger, der kan tjene til at identificere«. Men domstolene vakler mellem den direkte og den analoge anvendelse.

U 1980.282 om *Rpl § 478, stk 1 nr 6*, jfr § 517 fastslår, at der kan foretages udlæg i skyldnerens aktiver uanset panterettens bortfald ved tvangsauktion. Landsretten citerer den fulde ordlyd af Betænkning 634/1971 .37 og henviser herefter til ordlyden af § 478, stk 1 nr 6 og bestemmelsens grundelse.

Fra ældre ret se:

Nogle ældre afgørelser om de dav bestemmelser i *Rpl § 533*, U 1963.873, og § 394, stk 2, 2. pkt, U 1963.1028, lægger vægt på motivudtalelser, se til den førstnævnte dom jmskr 31/3 1927, RT 1927/28 A sp 2257, særligt sp 2313, og til den sidstnævnte dom RT 1930/31 A sp 4898, RT 1925/26 A sp 3826 og 3883 samt Civilprocesudkastet 1899 § 243 med bemærkninger. Om *Rpl kap 28* som formuleret ved lov nr 149 af 21/4 1965 – om fremlæggelse af sygehusjournaler – udtalte U 1980.114 H, at dette efter journalernes beskaffenhed måtte ske med varsomhed, og tilføjede, at dette havde støtte i betænkningen om vidner, 316/1962 – hvorfed må tænkes på udtalelserne .18.

U 1976.304 H fortolkede *TL § 42 a* derhen, at ordet »afdrag« ikke i relation til påkravssreglen omfattede ejerskifteafdrag og henvisede udtrykkeligt til en arbejdsgruppens udtalelse. 26, som der ikke ved den senere lovbehandling var taget afstand fra. Dommen har givet anledning til kritik, jfr herom i § 6 II.C. 1°.

U 1975.1020 om fortolkningen af *Rpl § 652*, jfr § 637 udtaler, at der ikke er hjemmel til at indbringe lovigheden af et forbud for højere ret forud for justifikationssagens afgørelse, og der henvises udtrykkeligt til motiverne til de til bestemmelserne svarende regler i procesudkastene fra 1877 og 1899 (1877 sp 174 og 1899 sp 242), hvor dette resultat nævnes.

U 1977.736 fastslår om editionspligten i såvel borgerlige sager som strafesager, at ordene »forevis«, »udlevere« og »fremlægge« er anvendt synonymt i *Rpl kap 28* og *Rpl § 748, stk 1* og henviser herved til forarbejderne, jfr Betænkning 316/1962 .88 ff og 112 ff, som citeres i note til dommen.

U 1978.814 H lagde til grund – uden at berøre lovmotiver – at det ikke er nødvendigt at stille tillægsspørgsmål til nævninger efter *Rpl § 886* om anvendelse af *StrfI § 21, stk 2* om nedsættelse af forsøgsstraf, jfr. *Funch Jensen* i U 1978 B 410 ff. Dette er i modstrid med lovens forarbejder, som nærmere gennemgås af *Kiil* i U 1979 B. 54, jfr navnlig Retsplejeudvalgets betænkning gengivet i RT 1930/31 A sp 4961 om de hertil svarende ældre bestemmelser.

#### *f. Konkurslov*

U 1981.1041 om den dav regel om forlængelsesmulighed efter § 16 – se nu § 16 e – fastslog under henvisning til forarbejder, at der ikke forelå sådanne ganske særlige omstændigheder, at der kunne forlænges. En part havde henvis til Betænkning 606/1971, men citerer dog ikke ganske korrekt. Jfr. *Munch*: Konkursloven med kommentarer, 5. udg .187.

U 1984.379 H om fortolkningen af § 56, *stk 2* fastslår, at et telefonabonnement betinget af, at restancer blev betalt som massekrav, hvilket efter formålet med bestemmelsen ville være i strid med den tilsigtede ligestilling mellem kreditorer. Der henvises herved til forarbejderne, jfr Betænkning nr 606/1971 .123, der netop omtaler den tvangssituation, som et koncessioneret selskab kunne bringe boet i. Det ejendommelige er, at landsretten hverken i bestemmelsens ordlyd, formål eller forarbejder fandt støtte for at afskære dette resultat. Se hertil *Munch* .360.

Om beregning af tidsrum forud for fristsag efter §§ 64 ff om omstødelse fastslog U 1979.275 (efter den tidl bestemmelse i § 23, stk 2), at betragtningerne i betænkning

606/1971 .48 måtte tillægges vægt – er fristdagen 23.8., kan en 3 måneders omstødelsesfrist tidligst ramme dispositioner d. 24.5. Se hertil *Munch* .406.

Bestemmelsen i § 70 eller dennes analogi blev ved U 1985.232 anset for uanvendelig på tredjemandspant, og det anføres til støtte herfor, at dette var direkte udtalt i forarbejderne, jfr Betænkning 606/1971. 155. Se hertil *Munch* .454.

§§ 71 og 75 belyses ved U 1984.495 H, hvorefter en kreditor, der havde modtaget et kontantbeløb i henhold til et omstødeligt udlæg, ikke kunne fradrage sine incassoomkostninger. En dissens erkender, at forarbejderne ikke direkte tog stilling hertil, og falder derfor tilbage på andre betragtninger, herunder dog også nogle vage vendinger i Betænkning 606/1971. 173 ff. I øvrigt viste de ældre motivudtalelser, RT 1900/01 B sp 653 og LT Forh 124 heller ikke noget afgørende om spørgsmålet. Se hertil *Munch* .491.

U 1986.65 afgør et spørgsmål om privilegium efter § 95, stk. 1, nr 1 udtrykkeligt under henvisning til FT 1968/69 A sp 3008-09, hvoraf fremgår, at den tidsmæssige afgrænsning blev knyttet til forfaldstiden og ikke til indtjeningsiden, for at beskytte arbejdstagerne. Se hertil *Munch* .549 f.

§ 110, stk 3 forudsætter efter U 1985. 10 HKK, at skyldneren vel bør have adgang til at få oplysning om registrering af boets aktiver, da han ellers vanskeligt kan afgive den påbudte erklæring om, at der ham bekendt ikke er yderligere at registrere, men udtaler, at der efter lovens forarbejder kan gøres begrænsning heri – og dette er netop udtalt i Betænkning 606/1971 .194.

#### *g. Straf*

Der findes afgørelser, som stadig henviser til de betænkninger, som lå til grund for Strfl 1930. Dette gælder således U 1987.498 H om *Strfl* § 119, der forudsætter, at der gribes ind over for en lovlig tjenestehandling, hvilket ikke var tilfældet ved en ulovlig anholdelse, og U 1987. 904 H om afbrydelse af forældelse efter *Strfl* § 94, stk 4 ved besikkelse af forsvarer. I begge tilfælde henvises til Udkast II og III, men dog også til senere forarbejder. I U 1985.402 H om *Strfl* § 174 var flertal og mindretal imidlertid ikke enige om, hvad der kan udledes af disse udkast.

U 1984.1041 frifinder en bilist for overtrædelse af *Færdselslovens* § 27, stk 6, ved at påkøre en fodgænger, der var gået ud i fodgængerfeltet mod rødt lys, idet der henvises til bemærkninger til lovforslaget – hvilket må være FT 1975/76 B sp 381, hvor det udtales, at bestemmelsen alene anvendes, hvor fodgængeren på fuldt lovlig måde har begivet sig ud i fodgængerfeltet, men endnu ikke er nået over.

U 1982.1034 frifandt en journalist for overtrædelse af *Rpl* § 31, stk 3 ved trods forbud mod offentliggørelse af tiltaltes navn, stilling og bopæl at have givet en række oplysninger, der gjorde det muligt at identificere den pågældende, uanset at *Rpl* § 1017 b taler om »på anden måde offentliggør den pågældende identitet«. Der henvises herved til bemærkninger til denne bestemmelse i FT 1979/80 B sp 944, hvorefter der bl a sigtes til fotografier, og til betænkning 622/1971 om efterforskning i straffesager, hvorefter hensynet til sigtede i reglen kan imødekommes ved pålæg om ikke at offentliggøre oplysninger, der kan identificere. Som afslutning på præmisserne lægges vægt på, at der kunne være udstedt helt eller delvist referatforbud.

U 1980.679 idømmer bøde efter *Lægemiddellovens* § 13, stk 1 under henvisning til Betænkning om lægemidler nr 663/1972.66, der citeres udførligt af byretten, hvis afgørelse stadsfæstes af landsretten i henhold til grundene. Heri udtales, at ometikettering er ensbetydende med fremstilling af ny specialitet, som så skal registreres, hvilket ikke var sket.

Om *Strfl* § 293 om brugstyveri har U 1963.1029 fastslået, at bestemmelsen ikke omfatte en 16-årigs transport af en kammerat i faderens bil, i noten henvises til betænkning nr 232/1959 om ungdomskriminalitet .93 og 96-99 og til FT 1960/61 A sp 586-587.

I sagen U 1987.834 H henviser en dissentierende dommer til betænkning nr 806/1977 om anvendelse af *samfundstjeneste*.

Det kan bero på tilfældigheder, men det er dog påfaldende, at henvisningen til forarbejder – med enkelte undtagelser – har ført til et for tiltalte gunstigere resultat.

#### *h. Forskellige love*

Om *Ferskvandsfiskerilovens* kap 13 fastslog U 1984.835, at der var hjemmel til udstedelse af regulativt omfattende alle fiskeriberettigede, idet der henvises til bemærkninger i Betænkning om ferskvandsfiskeri m v, 1950. 134, hvor det fremhæves, at fiskeri skal drives efter en bestemt plan, og de alvorligste hindringer ved oprettelse af regulative er fremskaffelse af fortægnelse over samtlige fiskeriberettigede. Det må vist erkendes, at disse bemærkninger ikke afgav nogen synderlig støtte for resultatet.

Om *Jagtlovens* § 3, stk 2 har U 1986.816 tilsidesat en bestemmelse i en standardkontrakt, som hjemlede automatisk forlængelse af jagtrettigheder, som stridende mod loven, idet der udtrykkeligt henvises til betænkning nr 394/1965.45 om revision af Jagtloven, »hvorefter årsreglen blev indsat for at skabe en klar regel på dette område«.

Om *Tjenestemandslovens* § 31, som retten fandt var gentaget i tjenestemandsvædtægten, fastslår U 1986.962, at der kun var tale om en intern ordensforskrift, som derfor ikke havde indflydelse på afgørelsens materielle rigtighed. Der henvises til forarbejderne, hvortil if nothen må hentydes til Betænkning nr 483/1969 1. del .128, 2. sp.

U 1989.360 fastslår, at der ikke kunne beregnes ny retsafgift i et tilfælde, hvor en stævning forgæves var forsøgt forkyndt, men 3 mdr senere, regnet fra berammelsens tidspunkt, blev modtaget påny. Der henvises herved udtrykkeligt til betænkning nr 689/1973 s 147, hvorefter mangler ved forkynnelsen ikke kan medføre sagens avisning; herefter kan retsafgift kun kræves, når sagen indleveres påny mere end 3 mdr efter at være hævet.

Efter denne gennemgang af nyere retspraksis er det helt klart, at der tillægges sagkyndige betænkninger en overordentlig vægt ved for tolkning af lovbestemmelser. En ældre afvigende opfattelse er forladt.

#### *B. Ministerens bemærkninger om lovforslaget*

Hvis en minister ved fremsættelsen af et lovforslag har udtalt sig om for tolkninger af en bestemmelse i forslaget, vil dette virke med meget stor vægt, fordi man må gå ud fra, at disse bemærkninger danner grundlaget for hele behandlingen i Folketinget. Selv om måske ikke alle medlemmer af Folketinget har læst hver eneste udtalelse igennem, er det i hvert fald sikkert, at de ordførere, der på partiernes vegne skal tage stilling til spørgsmålet, og det folketingsudvalg, som kommer til at behandle problemerne, indgående overvejer, hvad der måtte stå i ministerens forlæggelsesbemærkninger. Ud fra disse betragtninger er det derfor realistisk at tillægge sådanne udtalelser afgørende vægt ved for tolkningen, og herpå foreligger der da også adskillige eksempler såvel i dansk som i norsk praksis.

Det må imidlertid være en forudsætning for at tillægge ministerens mening vægt, at fortolkningen af lovforslaget er kommet *klart* frem for Folketinget, jfr særlig U 1973.151 H. Er dette ikke tilfældet, kan det ikke være tilstrækkeligt, at man under den departementale behandling har haft visse forudsætninger, idet man ikke kan forvente, at sådanne forudsætninger har været bekendt for dem, der i Folketinget tager standpunkt til lovforslaget. Dette synspunkt fremgår af afgørelsen i U 1955.430 H om fortolkningen af Statsskattelovens § 43, hvis resultat ikke stemmer med, hvad man formentlig inden for ministerierne havde tilstræbt. U 1951.147 H og 1946.92 H angår også tilfælde, hvor motivudtalelser var uklare og derfor ikke er blevet tillagt afgørende betydning.

Fra *ældre* retspraksis kan i øvrigt anføres:

U 1964.698 om fortolkning af *Forældelsesloven fra 1908* lægger afgørende vægt på justitsministerens bemærkninger ved lovforslagets fremsættelse, jfr navnlig RT 1894/95 sp 2308. Motiverne, affattet af en meget kyndig dommer efter Justitsministeriets foranledning, var meget udførlige.

I 1963.826 om fortolkning af *Lejeloven* lægger vægt på, hvad der blev udtaalt af et udvalg, hvis bemærkninger blev optaget af ministeren ved lovforslagets fremsættelse og dermed tiltrådt af denne.

U 1968.217 H lagde med 4 stemmer mod 3 ved fortolkningene af den dav bestemmelse i *Forsikringsaftalelovens* § 25 vægt på motivudtalelser, uanset at alle dommere var enige om at anse resultatet for beklageligt, hvilket også gav anledning til kritik, dels af *Trolle* (mindretalsdommer) i U 1968 B.145-151, dels i Folketinget, hvilket foranledigede en »regelringsbeslutning« om ikke at stille dem ringere, der volder skade på statens ejendom, end andre, jfr jmcirkskr nr 97 af 18/3 1971, og nu *Erstatningsansvarslovens* § 20 om selvforsikrere.

Fra *nyere* praksis kan anføres:

#### a. Obligationsret

Vedr *Aftalelovens* § 36 har det været diskuteret, hvorledes forholdet er mellem denne bestemmelse og *Ægteskabslovens* § 58, se U 1982.700 anført i § 6.II.I.

Om *Medhjælperlovens* § 27, jfr § 25 om medhjælperens erstatning for ulovlig bortgang fra tjenesten foreligger U 1981.343, der opretholder lovens bestemmelse om 2 måneders løn i erstatning, uanset at der kun resterer ca 3 uger ved bortgangen. Der henvises til, at motiverne, dvs FT 1960/61, 2. samling, A sp 1327 og 1328, klart fastholder reglen om 2 måneders løn som minimum.

*Funktionærlovens* § 2 a hjemler funktionærer en godtgørelse ved fratræden efter et antal års uafbrudt beskæftigelse hos arbejdsgiveren. Flertallet (6) i U 1984.172 H fastslår, at bestemmelsen ikke kunne anvendes i et tilfælde, hvor funktionæren fik valg mellem fratræden eller forbliven på ændrede vilkår, hvorefter han valgte at blive. Der lægges vægt på formuleringen og motiverne, jfr FT 1970/71 A 1333 f, Forh 918, hvor der kun tales om vanskeligheder ved omstilling, når ansættelsen *ophører*. Mindretallet (5) finder imidlertid, at der også bortset fra fratræden var sociale beskyttelseshensyn som dem, der motiverede bestemmelsen. Afgørelsen stod altså på vippet. Det nærliggende havde formentlig været at anvende en – som det synes – velmotiveret analogi fra § 2 a.

Efter loven om *tilbudsplicht* er der pligt til at tilbyde kommunen ejendomme, når en byudviklingsplanejendom er udlagt som byzone. Efter § 4, stk. 2 har kommunen pligt til at overtage ejendommen for det beløb, som taksationskommissionen har fastsat. Herefter fandt 6 (af 7) dommere i U 1986.924 H, at kommunen var afskåret fra at indbringe spørgsmålet om beløbets størrelse for domstolene, idet der henvises til ordlyden og forarbejderne. I FT 1968/69 A sp 4441 udtales, at kommunen ved at afgive erklæring om overtagelsen binder sig til at overtage denne til en ukendt taksationssum: Alligevel fandt en enkelt dommer, at dette ikke fremgik med tilstrækkelig sikkerhed af ordlyden og forarbejderne.

*Erstatningsansvarsloven* § 20 stiller offentlige institutioner, der i alm er selvforsikrere, som om forsikring er tegnet. U 1988.109 H fastslog, at dette ikke gjaldt en kommune, der blot havde undladt at tegne glasforsikring. Dette fremgår klart af FT 1983/84, 2. samling A 114, der citeres i noten til dommen. Vedr udmåling af erstatning for arbejdsskader uden for arbejdsskadeforsikringsloven henviser U 1989.1108 H ud over til tidi praksis til FT 1983/84 A sp 57, hvorefter der vedr loven om erstatningsansvar var tilsligtet en yderligere udligning af forskellene mellem de to erstatningsniveauer, jfr om dommen *Wendler Pedersen* i U 1990 B 241-246.

#### b. Ejerlejlighedsloven

U 1975.1033, 1036, 1039, 1041 HKK fastslog, at der – overensstemmende med det af Boligministeriet udtalte (der henvistes til Betænkning 395/1965.147) – ikke var tilsligtet nogen indskrænkning af den bestående adgang til at oprette anparts- og interessentskabslejligheder, og derfor kunne dette lade sig gøre, selv om kravene til udstykning ikke var opfyldt. Men herefter blev lovgivningen straks ændret, jfr *Blok: Ejerlejligheder*, 1982.655 ff.

#### c. Erhvervelse af fast ejendom

U 1977.604, der tog stilling til bopælsbetingelsen, citerede udførligt bemærkningerne i FT 1959/60 A sp 289 ff, hvorefter endog kortere tids ophold er tilstrækkeligt, hvis det er hensigten at blive her for bestandig.

#### d. Markedsføringslov

U 1980.545 H fastslog, at undtagelsesbestemmelserne i § 8, stk 2 om periodiske skrifters præmiekonkurrencer ikke fandt anvendelse på en sådan konkurrence, som skete sammen med en gadeforening af forretningsdrivende, idet der henvises til sammenhængen mellem § 8 stk 1 og 2 og forarbejderne, jfr FT 1973/74, 2. samling, A sp 2260, hvorefter konkurrencerne skal indgå i skriftets underholdningsstof.

#### e. Familiaret

U 1979.808 fastslog, at der efter *Ægteskabslovens* § 56 ikke kan afsiges deldom om vilkår. Ganske vist havde Betænkning nr 369/1964.122 f været inde på den mulighed, men Retsplejerådet tog afstand herfra, jfr FT 1968/69 sp 2958. Flertallet lægger vægt på ordlyden og forarbejderne til Rpl § 454, stk. 2, en dissens fandt det dog ikke udelukket trods forarbejderne. Det drejede sig om forarbejderne til to forskellige love, men dette kan ikke være afgørende.

Efter *Børnelovens* § 5 skal faderskabssag anlægges senest 3 år efter barnets fødsel. U 1984.162 H udtaler vel, at anerkendelsessynspunkter også inden denne frists udløb kan afskære sagsanlæg, men fandt dog ikke, at dette var tilfældet i den konkrete sag. Om det principielle synspunkt henvises til forarbejderne, jfr FT 1981/82, 2. samling A sp 3868, hvor det samme synspunkt udtales.

*f. Konkurslov*

U 1982.906 fastslår, at efter § 93, nr 1 er advokatsalær for udfærdigelse af konkursbegæring massekrav og der henvises herved til FT 1964/75, 2. samling A sp 4003, hvor dette direkte udtales. Ikke desto mindre havde byretten fastslået det modsatte resultat med vægt på forarbejderne.

Bestemmelsen i Konkurslovens § 16 a, stk 2 medfører, at skyldneren kan fritages for betaling af løbende ydelsel på pantebreve under betalingsstandsning, men U 1990.204 fastslår, at denne regel ikke gælder ejerpantebreve o.l. Dette begrundes med, at justitsministeren havde tilkendegivet dette over for Folketingets Retsudvalg. Dette er for så vidt ikke særlig mærkelig, men det ejendommelige er, at denne tilkendegivelse kun – også af retten – kendes ved en artikel i Juristen 1984.213, som refereres. Dette hænger sammen med det nedenfor nævnte problem om anvendelse af utrykte forarbejder.

*g. Skatte- og afgiftslove*

Et betydeligt antal domme om skatte- og afgiftsforhold har lagt vægt på forarbejder.

Dette gælder således:

U 1982.351 H angik den senere ophævede bestemmelse i Stempelafgiftslovens § 62 A. Det fastslås bl.a under henvisning til forarbejderne, at bestemmelsen alene giver hjemmel til opkrævning af afgiftsbeløbet på 125 kr for hver tinglysningsekspedition, uanset at den omfattede flere hver for sig underskrevne påtegninger på et pantebrev. Det fremgår af note til dommen, at der er tænkt på FT 1974/75, 2. samling sp 653 og 1975 ff, A sp 1512 ff og 1976/77, 2. samling sp 5885 og 5889, A sp 5170 og B sp 1333 f.

U 1982.357 om fortolkning af lov om sætlig indkomstskat § 2 nr 13 fastslår, at indkomsten skal opgøres uden fradrag af evt tab på nogle af parcellerne, når der foretages udstyning, og herved henvises til forarbejderne, jfr FT 1959/60 sp 6672.

U 1982.558 H om Kildeskattelovens § 1 nr 1 og § 3, stk 1 og ikrafttrædelsesloven til denne lov. Det anføres, at det fremgik af lovens forarbejder, at de skærpede regler ikke skulle anvendes på personer, hvis skattepligt inden 1/1 1970 var bortfaldet p.gr af varigt ophold i udlandet. Der må være henvis til FT 1967/68, 2. samling A sp 1628.

U 1983.353 H om Statsskattelovens § 4, 2. pkt fastslår, at lejeværdi af egen ejendom er skattepligtig, selv om boligen henstår ubenyttet. Der henvises i dommen til lovens forarbejder, RT 1921/22, A sp 3172, hvor dette udtales.

U 1983.876 H angik spørgsmålet om, hvorvidt en tekstanmærkning til Finansloven indeholder hjemmel til ved fusion at undtage ikke alene aktieoverdragelser mellem de fusionerede selskaber, men også overdragelser til aktionærer fra den tidl. børsstempelafgift. Flertallet lægger vægt på indholdet af skrivelser fra Finansministeriet, medens en dissens hverken finder ordlyden eller oplysningerne om grundelse for at meddele børsstempelfrigtakelse tilstrækkelig klare.

U 1985.928 om Ligningslovens § 15 G, stk 6 om fradrag for dokumenterede udgifter efter en flerårig udlejning og som følge af denne. Dette blev antaget under henvisning til ordlyd og forarbejder, jfr FT 1965/66, A sp 315.

U 1986.99 H afgjorde et af de foreliggende spørgsmål, nemlig om fradrag for visse udgifter efter Ligningslovens § 8 C, under henvisning til forarbejderne, jfr FT 1972/73 A sp 2090-2092, idet der lægges vægt på, at der ikke var udøvet nogen erhvervsmæssig virksomhed på en ubebygget grund, jfr *Riis* i U 1986 B 135-136.

U 1987.390 om Arveafgiftslovens § 14 A er anført i § 4.II.H.

U 1988.68 H fastslag, at en fagforenings lån til medlemmer under strejke omfattedes af Ligningslovens § 14, stk 7 (nu § 13) og henviser herved til forarbejderne, dvs FT 1953/54 A sp 856 og 1954/55 A sp 206.

U 1987.334 H om ligningslovens § 28 fastslår, at udtrykket »den skattepligtige indkomst alene sigter til den alm skattepligtige indkomst, og dette begrundes med en henvisning til forarbejderne, som er citeret i landsretsdømmen – der kom til et andet resultat – dvs et ministerielt udvalgs betænkning, som Folketinget var bekendt med, og en ministeriel vejledning, som der henvises til i FT A sp 3460.

Fra ældre ret se U 1974.651 H og U 1975.59 H.

#### *h. Straf*

U 1971.456 H frifandt med 4 stemmer mod 3 for overtrædelse af *Lærlingeloven*, medens dissensen vil dømme under henv til »motivernes utvetydige og klare udtalelse«, jfr Betænning nr 341/1963. 26, 28 og FT 1963/64 A sp 595. Afgørende var måske for flertallet, at det drejede sig om straf, hvor der må være »snævre grænser for domstolenes mulighed for at lappe på en lovtekst«, som det udtrykkes af *Høyrup* i U 1971 B.259 – smh *Stuer Lauridsen: Retslæren*.293, 305, der ikke synes at være opmærksom herpå. Se om dommen *Gram Jensen*.115 ff og *samme* i U 1990 B.389 note 16.

U 1985.402 H angår fortolkningen af *Strfl* § 174, der omfatter den, som »i retsforhold gør brug af et ægte dokument . . . på en mod dokumentets bestemmelse stridende måde.« Spørgsmålet var, om dette også dækkede det tilfælde, at dokumentet anvendes til det formål, som det oprindelig har haft, men senere har mistet. Flertallet (3) besvarer dette benægtende (»betænkeligt at udstrække«) under henvisning til ordene og forarbejderne. Mindretallet (2) erkender, at selve dette forhold ikke omtales i forarbejderne, men viser dels til ordlyden, dels til forarbejdernes almindelige udtalelse om, at hensigten med § 174 bl a var at udvide det strafferetlige værn til visse former for retsstridig brug af ægte dokumenter. I sagen benyttede en bilist, der var frakendt førerretten, et tidl bortkommet, men nu genfundet originalt kørekort i stedet for erstatningskørekortet, som var afleveret til politiet. Noten henviser til de gamle Udkast I-III til *Strfl* og RT 1924/25 A sp 3353 f. Både flertal og mindretal overvejer, men med forskelligt resultat, om Færdselslovens særlige regler kunne anvendes. Da hovedproblemet var tiltale for kørsel uden kørekort, var alle dommerne enige om strafudmålingen: Hæfte i 10 dage. Landsretten havde – ligesom i en tidl sag, U 1976.252 – anvendt § 174 direkte.

Afgørelsen og meningsforskellene demonstrerer, at der søges støtte i forarbejder, som i realiteten kun indeholder – på dette punkt – almindelige vendinger om at udvide det strafferetlige værn. Ingen kommer ind på spørgsmålet om analogi, og efter det der er udviklet i § 4.III. ville dette formentlig også være blevet besvaret benægtende. Se om spørgsmålet *Waaben: Straffettens specielle del*, 1983.296, der går ind for en videre anvendelse af § 174.

I U 1983.537 H om muligheden for *betinget straf* anfører mindretallet (2 af 5) som et moment den ved ændringsloven i 1982 »tilkendegivne hensigt«, jfr FT 1981/82 A sp 4526, for at straffen for tyveri kunne gøres betinget. Det drejer sig altså om anvendelse af almindelige udtalelser om skønsmæssige afgørelser.

Ligesom tilfældet var i afsnittet II.A.g, er det påfaldende, at henvisningen til motiver har ført til et for tiltalte gunstigere resultat. Dette gælder imidlertid ikke U 1977.860 H (og senere praksis) om ubetinget straf over for dem, der af religiøse grunde udebliver fra civilt arbejde i stedet for militærtjeneste, jfr FT 1974/75, A, 2. samling sp 3333 ff.

#### *i. Forskellige love*

Om *apotekerloven* § 34, jfr § 1 fastslog U 1957.311 H »efter alt foreliggende, derunder det om forarbejderne til loven oplyste«, at præparerer, der alene eller i overvejende grad er be-

stemt til at tjene som tilskud til menneskers normale ernæring, ikke er »lægemidler«, og dette siges næsten med samme ord i RT 1952/53 A sp 3295.

Om *Avancestoploven*, lov nr 427 af 21/11 1967 fastslag U 1978.498 H, at loven »efter sit formål og sin tilblivelse« også gælder, selv om der før lovens ikrafttræden var indgået aftale om levering af en ydelse, og dette siges udtrykkeligt, men efter lovens fremkomst, i FT 1970/71 A sp 825.

U 1965.893 om loven om *erhvervelse af fast ejendom* udtaler under henvisning til FT 1959/60 A sp 289, at ordene i lov nr 344 af 23/12 1959 »fast ejendom« også omfatter bygninger på lejet grund.

Om loven om *godstransport* fastslag U 1980.127 H efter de til grund liggende forarbejder, at domstolene havde fuld prøvelsesret m h t tilladelser til transport efter loven, jfr det oprindelige forslag FT 1972/73 A sp 5740-41, der taler om en »kvalificeret domstolskontrol i forhold til, hvad der følger af de alm regler om domstolskontrol med forvaltningen i Grundlovens § 63« og det vedtagne *ændringsforslag*, B sp 1692, hvorefter de opregnede tilfælde »alene kan prøves efter de almindelige regler om domstolskontrol med forvaltningen i Grundlovens § 63«.

*Kommuneplanlovens* § 43 omhandler miljøministerens adgang til at fastsætte højdegrænsninger for bebyggelse. U 1985.326 H fastslår dels, at en antennen var en form for bebyggelse (en dommer dissentierede herom), dels at højdegrænsninger ikke blot kunne angå »skrå højdegrænseplaner«, men også »vandrette højdegrænseplaner«, og dette skete med udtrykkelig henvisning til FT 1974/75 A sp 2810, som citeres i dommen.

U 1977.933 H fortolker *Zonelovens* § 12, hvor der anvendes udtrykket »omliggende« ejendomme. Højesteret henviser til lovens forarbejder og benytter herved særligt ministerens svar til folketingsudvalget, FT 1968/69 B sp 2095, hvor det næje gennemgås, hvad der bør lægges vægt på.

U 1972.20 H og 28 H lagde ved fortolkning af lovgivningen om *plantesygdomme* vægt på meget gamle ministerudtalelser ved fremsættelse af lovforslag, som førte til den første lov herom, jfr RT 1923/24 A sp 2714.

Ved fortolkningen af *Naturfredningslovens* § 43, stk 1, 1. pkt fastslag U 1989.1022, at udtrykket »dambrug« ikke omfatter bygninger, og der henvises herved til FT 1977/78, A sp 2632.

U 1987.180 angår ikke lovfortolkning, men udtaler om salærberegning for beskikkede advokater, at udgangspunktet skal tages i de vejledende salærtakster, men således at der tages hensyn til sagens beskaffenhed, de involverede værdier og arbejdets omfang. I præmisserne henvises til Betænkning nr 404/1966 s 40-43 og FT 1968/69 A sp 2903-2904 samt til tidlige afgørelser.

U 1988.859 angår fortolkningen af tinglysningsbekendtgørelsens § 3, stk 2 og høstpan-tebrevslovens § 6. Indlevering af høstpanrebrev skete på 14. dagen, jfr bestemmelsen i § 6, men ikke 3 timer før kontortidens slutning. Den sidstnævnte regel er indispensabel. Dette måtte vel være afgørende. Men i begründelsen henvises til forarbejderne til § 6, som er indført af hensyn til debitors andre kreditorer, og at høstpantere breve if § 6, stk 2 skal tinglyses efter reglerne for tinglysning af underpant i løsøre.

NRt 1989.736 om straf for at overlade motorvogn til en beruset finder støtte for resultatet i departementets udtaelse i Ot prpr nr 65 (1987-88), dvs en streng reaktion, men dog milde-re end ved promillekøring.

Den nyere retspraksis har cementeret den opfattelse, at bemærkninger, fremsat af en minister i forbindelse med lovforslags fremsættelse eller behandling tillægges en overordentlig vægt ved fortolkning af lovbestemmelser.

Det er ikke alle ministerielle udtalelser til en lov, som offentliggøres. Navnlig er der grund til at nævne de svar, som vedkommende minister afgiver til folketingsudvalgene. Kun en begrænset del af disse spørgsmål og svar bliver offentliggjort. Der kan også ske skriftlige henvendelser til folketingsudvalget, som blot indgår i udvalgets behandling af forslaget. På visse områder er sådanne bemærkninger af væsentlig betydning. Dette gælder navnlig ændringer i pris- og skattelovgivning. Monopoltilsynet har i vid udstrækning benyttet sådanne spørgsmål og svar som grundlag for den praksis, som anlægges ved fortolkning og administration af loven.

Hvis sådant materiale ikke bliver bekendt for domstolene, idet det hverken kendes af parterne – eller i hvert fald ikke påberåbes af dem – eller af domstolene, får det ingen betydning. Det kan derfor virke vilkårligt og tilfældigt, om det får nogen betydning. Til en vis grad kan det sidestilles med oplysninger om fremmed ret, hvor dette kan komme på tale efter internationalretlige grundsætninger. FOB 1977.228 har da også i et svar tilføjet en bemærkning om, at sådanne svar, der ikke er optaget i udvalgsbetænkningen, ikke har afgørende fortolkningsmæssig betydning.

Det må imidlertid være en forudsætning, at materialet gøres til genstand for procedure, dvs. at det er fremlagt og bliver kommenteret af parterne. Det vil ikke være korrekt, hvis en domstol på grund af sit tilfældige kendskab her til benytter det som led i domsargumentationen, uden at parterne har haft lejlighed til at tage standpunkt hertil. Der bliver herved en begrænsning i den allmindelige grundsætning om, at retten i principippet ex officio tager stilling til alle retsspørgsmål. Men dette gælder i det hele ikke ubetinget. Det kan heller ikke gælde spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en retssædvane.

Retspraksis stemmer formentlig også hermed. For Højesteret var i sagen U 1980.569 H ministerudtalelsen, som ikke blev trykt, fremlagt og medtaget i ekstrakten uden protest fra modparten, jfr *Funch Jensen* i U 1980 B.368. I U 1983.307 H (jfr U 1981.393) fremhæves, at det hverken af rentelovens ordlyd eller af dens *trykte* forarbejder fremgik, at der var tilsigtet en ændring vedrørende spørgsmålet om forrentning af sagsomkostninger.

Der forelå en utrykt besvarelse over for folketingsudvalget, afgivet af justitsministeren som svar på en henvendelse fra Advokatrådet, der ønskede gennemført en sådan forrentning. Justitsministeriet udtalte heri, at en særlig lovhjemmel ikke var påkrævet. Spørgsmålet blev ikke omtalt hverken i bemærkninger til det genfremssatte lovforslag eller under folketingsbehandlingen. Afgørende har formentlig været, at spørgsmålet ikke fremgik af det trykte materiale.

U 1979.810 angik spørgsmålet om renter ved efterbeskatning. Byretten gennemgår nøje forarbejder med citat af svar på udvalgsspørgsmål, og landsretten stadfæster i hen til grundene. Da sagen blev ført mellem Skattedepartementet og A/SSkattekartotekets Informationskontor som mandatar for den skattepligtige, må man gå ud fra, at alt vedr forarbejderne har været dokumenteret under retssagen.

1991.317 H om fortolkningen af Funktionærlovens § 2 a, stk 2, om fratrædelsesgodtgø-

relse henviser til ordlyden og forarbejderne, som ikke nærmere citeres, heller ikke i note til dommen. Derimod henvises til kommentarer til loven, og af disse fremgår, at et (ellers) utrykt svar fra ministeren til folketingsudvalget netop tog stilling til det spørgsmål, som forelå i denne sag. Parterne var formentlig bekendt hermed i proceduren, men hvis kommentatorerne ikke havde haft kendskab hertil, er det tvivlsomt, om dette var indgået i rettens overvejelser.

Se i øvrigt diskussionen herom *Stuer Lauridsen* i U 1980 B.317 ff, 1983 B.388 og U 1987 B.342 ff, der kritiserer anvendelsen af utrykte forarbejder, hvorefter der i almindelighed (undtagelse ved spørgsmålet om straf) må ses bort fra utrykt materiale, *Funch Jensen* i 1980 B.368, *Torben Jensen* i Højesteret 1661-1986.135, samme i U 1983 B.267 note 1, og *Bent Christensen*: Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, 1980.219 samt *Preben Wilhjelm* i J 1989.332-333, der tillægger ikke-offentligjorte forarbejder i form af svar fra ministre til folketingsudvalg betydelig vægt, men herved tænkes navnlig på udtalelser under fortsættelsen af samme folketingssamling, særlig i de sidste uger før slutningen.

Om retskilders offentlighed i det hele, se ovenfor i § 1 V.

Mere kritisabelt er det imidlertid at lægge vægt på en forklaring, afgivet under afhøring for retten, af et medlem eller en sekretær i et sagkyndigt udvalg, se om norske afgørelser foran under I.H.

Det er formentlig også uheldigt, at der lægges vægt på fremkomsten af ministerielle skrivelser, der viser, hvorfor man på et vist tidspunkt har afstået fra at søge gennemført en ændring i lovgivningen. Dette er imidlertid sket ved afgørelsen i U 1979.432 om nægtelse af Socialstyrelsens regresret mod en for en ulykke ansvarlig motorfører, jfr kritikken hos *Stuer Lauridsen* i U 1981 B.63-66 og *Bo von Eyben* i J&Ø 1979 .125-128, der fremhæver, at man lige så vel ud fra det anførte kunne have forsøvet at fastholde regresretten på dette område.

En særlig variant af ministerudtalelser i forbindelse med lovforslag er bemærkninger om, at en lovbestemmelse kan forventes at blive fortolket på en vis nærmere angivet måde, jfr *Peter Rørdams* kritik i J 1981.292 ff af den fremgangsmåde, som blev anvendt i forbindelse med ændringer i regler i Færdselsloven, se justitsministerens bemærkninger i FT 1980/81 A sp 4572 f, som landsretten henviste til i U 1982.823 H.

### *C. Betænkninger fra folketingsudvalg og udtalelser afgivet af folketingsudvalgenes ordførere*

Således som Folketingets arbejdsform er, må der lægges afgørende vægt på udtalelser i betænkninger hidrørende fra folketingsudvalgene. Herved har man fremhævet den praktiske arbejdsform, som Folketingets arbejde foregår under, i hvert fald i Danmark. Det er først og fremmest i udvalgene, lovgivningen foregår. Hvad der end kan anføres imod denne arbejdsform, så er denne i hvert fald en kendsgerning. Det er derfor klart, at de betænkninger, der af-

gives, indeholder en vurdering af de foreliggende spørgsmål, som alle, der har været repræsenteret i udvalget, har haft lejlighed til at tage standpunkt til. Når disse betænkninger er udarbejdet så omhyggeligt, som tilfældet efterhånden er, kan man heri indlægge en opfattelse, som deles almindeligt inden for Folketinget.

Det er muligt, at man ikke andetsteds vil tillægge parlamentariske udvalgs betænkninger samme vægt. Lovgivningsteknikker er f eks anderledes i Sverige end i Danmark, og man kan derfor ikke slutte, at sætninger, der er rigtige det ene sted, også gælder i det andet land, jfr *Strahl* i TfR 1952.457.

Blandt *ældre* afgørelser, som har lagt afgørende vægt på betænkninger, afgivet af folketingsudvalg, kan henvises til U 1973.151 H, 1972.844, 1968.532, 1967.554, 1965.493 H, 1965.336, 1963.394 H (jfr *Trolle* i U 1965 B.249), 1962.588, 1953.150, 1951.742 H, 1942.285 H og 1937.3 H.

Blandt de *nyere* afgørelser kan anføres U 1991.85 H, 1990.116, 1989.174, 1989.270, 1989.709 HKK, 1987.778, 1987.781 H, 1986.423, 1984.985 H, 1984.107 HKK, 1984.1067 H, 1982.538 H, 1982.651, 1981.656, 1980.782, 1978.218 og 1976.45 H. Herudover kan tilføjes om strafspørgsmål o i U 1980.504 H, 1978.713 og 1973.991.

U 1991.85 H fortolker bestemmelser i *Naturfredningsloven*. Om § 47 a siges det, at bestemmelsen ikke finder anvendelse på dambrug, der etableres med tilladelse efter § 43, og som begrundelse henvises til forarbejderne, senest FT 1977/78 A sp 2639. Om § 43 siges det, at de byggeforsanstaltninger, som blev foretaget, efter en naturlig forståelse af ordene i § 43 ikke omfattes af bestemmelsen, og Højesteret finder heller ikke, at bemærkningerne i FT 1977/78, A 2632 (om varetagelse af landskabelige hensyn) og det iøvrigt om bestemmelsens tilblivelse anførte giver tilstrækkeligt grundlag for at anse forholdet for omfattet af § 43.

Om *erstatningsansvarsloven* er der truffet afgørelser, der henviser til ministerens bemærkninger ved lovforslagets fremsættelse, jfr U 1989.174 om sygedriftstabsforsikring, der blev anset som en skadesforsikring, hvorfor der var regres mod ansvarsforsikringsselskab, jfr lovens § 22, stk 1. Der henvises til forarbejderne, herunder if note til dommen FT 1983/84, 2. saml, A sp 2047 og sp 2110. Derimod fastslog U 1989.270 om samme lovs § 17, stk. 1, jfr § 22, at den samme forenings sygehjælpsordning ikke var omfattet af disse bestemmelser, og i begrundelsen henvises til motivudtalelserne i FT 1983/84, 2. saml A sp 116 samt til afgørelsen i U 1983.153 H.

Efter Rpl § 513, stk 3 kan udlæg ikke foretages i erstatning for tabt arbejdsvirksomhedsfortjeneste, medmindre der er forløbet 7 dage fra den dag, beløbet kunne fordres udbetalts. U 1989.709 HKK fastslår, at denne frist først løber fra det tidspunkt, en dom kan fuldbyrdes, og der henvises herved – idet en dissens stadfæstes – til FT 1975/76, B sp 1134.

Om Rpl § 227, hvorefter en part kan begære en sag med økonomisk værdi over 500.000 kr henvist til landsretten, fastslår U 1989.973, at bestemmelsen ikke kan anvendes i fogedsager, og der henvises herved til FT 1978/79, B sp 1432 og 1442 ff.

Om *Radiospredningsloven* fastslog U 1984.985 H, at udsendelser fra en kommunikationssatellit af TV-programmer bestemt til nedtagning til jordstation og udsendelse derfra til offentligheden ikke anses for radiospredning i lovens forstand. Der henvises herved udtrykkeligt til forarbejderne i FT 1958-59 A sp 2318 til lov 1959 om radiospredning og til folketingsudvalgets betænkning FT 1969/70 B sp 38, hvor et spørgsmål til ministeren og denes svar gengives. En dissens var imidlertid ikke enig heri, idet det betones, at der ikke var nogen klar udtalelse herom, bortset fra, at der skal indhentes tilladelse til modtagning gennem fællesantenneanlæg.

Flertallets og mindretallets betragtninger viser, dels hvor nøje motivudtalelserne gen nemgås, dels også at der kan være tvivl om den rette forståelse af motivudtalelser, men at der desuagtet lægges vægt på indholdet heraf.

*Konkurslovens* §42, stk 3 (nu stk 4) udelukker modregning i konkurs, såfremt 2 betingelser er opfyldt: 1) modregningen skal kunne sidestilles med betaling, og 2) betaling ville have været omstødelig. U 1982.538 H angår måske den første betingelse. Højesteret lægger vægt på, at hverken ordlyden eller forarbejderne hindrer modregning, da modregning mellem indgående og udgående moms ikke kan sidestilles med omstødelig betaling. Bestemmelsen fik enændret formulering i Folketingets udvalg, jfr FT 1976/77, 2. samling B.583 f, hvor formuleringen »bragt sig i gæld til skyldneren« ændres, fordi modregning f eks også bør kunne ske, hvis kreditor opkøber en tredjemanns fordring på skyldneren. Dissensen kommer ud fra forarbejderne til det modsatte resultat, idet det udtales, at der ikke heri er holdepunkter for at begrænse adgangen til modregning i konkurs. Afgørelsen er blevet stærkt kommenteret, jfr *Munch* .320 ff med henvisninger. Fra forarbejderne kan if noten til dommen også henvises til Betænkning 606/1971 .112, 154. Efter senere formulering af § 42 ville modregning være udelukket efter § 42, stk 1.

Diskussionen i og omkring dommen viser, at der undertiden trækkes mere ud af forarbejderne, end man med sikkerhed kan gøre. Det foreliggende tilfælde rammes i hvert fald ikke klart af nogen udtalelse i forarbejderne.

*Funktionærlovens* § 6 om indkaldelse til værnehæftig antoges ved U 1982.651 også at omfatte den funktionær, der aftjener værnehæftig ved civilt arbejde, altså som militærnægter. Flertallet henviser til forarbejderne. Betænkningen om revision af funktionærloven, 1947.19 havde ladet spørgsmålet stå åbent, men under udvalgsbehandlingen i Folketinget indføjes ordene: »sævel civil som militær«, og betænkningen var gået ud fra, at lovens bestemmelser måtte anvendes, hvis civilbeskyttelsestjeneste blev fastlagt i samme rammer som militær tjeneste, men militærnægtere omtales ikke. En dissens mente ikke, at forarbejderne medførte, at militærnægtere i enhver henseende kunne sidestilles med værnehæftige.

U 1988.194 H begrunder en afgørelse vedr et *lærlingeforhold* med henvisning til forarbejder til lovgivningen, jfr RT 1937/38 B sp 2078, hvorefter lærlinge holdes uden for Funktionærloven.

Vedrørende fortolkningen af *Boligreguleringslovens* § 12 om lejeforhøjelse har U 1984.1067 H fastslået, at regnskabet for vedligeholdelseskontoen skal vise fordelingen på de enkelte arbejder eller kategorier af arbejder. Som begrundelse henvises til, at denne fortolkning findes naturlig og med en henvisning til bemærkninger til lovforslaget FT 1978/79 A sp 2598 f.

Den tidligere lov om *arbejderbeskyttelse* inden for handels- og kontorvirksomhed § 7, stk 1 indeholdt efter U 1980.782 ikke hjemmel til udstedelse af en bekendtgørelse, idet der bl a henvises til forarbejderne, jfr FT 1953/54, B sp 828, hvor det udtales, at man har ment at måtte præcisere bestemmelsen derhen, at dagslys krav kun kan stilles, hvor det ikke vil betyde en afgørende ulempe for virksomhedens drift.

Vedr *Markedsføringslovens* § 13 fastslår U 1978.218, at den ikke var tænkt anvendt ubetinget i alle sager, der støttes dels på denne lov, dels på anden lovgivning og henviser herved

til FT 1973/74, 2. samling B sp 563, hvor det siges, at sager, der overvejende støttes på markedsføringsloven, henhører under Sø- og Handelsretten, og i det foreliggende tilfælde støttes påstanden først og fremmest på Ophavretsloven. Herefter kunne sagen behandles ved de alm domstole.

Vedr loven om *særlig indkomstskat § 7 A* støtter U 1981.656 H om beregning af fortjenesten ved afståelse af fast ejendom sig udtrykkelig på finansministerens udtalelse over for Folketinget, jfr FT 1959/60 B sp 1608, jfr sp 1929-30, som direkte citeres.

Vedr *Stempellovens § 79, stk 1 nr 2* fastslag Højesteret ved U 1979.1013 H (som kun refereres i U), at Hovedstadsrådets Trafikselskab ikke kunne få afgiftsfratagelse – efter ordlyden og forarbejderne, jfr FT 1968/69 sp 1184, hvor det klart siges, at den kun gælder stat, amtskommune eller primærkommuner.

Vedr fortolkning af *Lejelovens § 6, stk 3* om dusører fastslår landsretten i U 1988.594, at forrentning af det beløb, som skal tilbagebetales, løber fra det tidspunkt, da beløbet blev betalt og henviser herved i noten til FT 1983/84, 1. samling B sp 189 f og 194 f.

#### Om strafspørgsmål:

U 1973.991 om *Vandløbslovens § 5, stk 1, nr 4* straffer for forurening med møddingvand under henvisning til FT 1968/69, B sp 840, hvor det vel anføres, at møddingvand oftest består af regnvand og derfor er uskadelig, men tilføjes, at forholdet er omfattet, hvis dette viser sig at være urettigt. I begründelsen henvises til, at tiltalte fra en tidl sag burde have indset faren herved.

U 1978.713 om *Færdselslovens § 126, stk 3* nøjedes med betinget frakendelse af førerret for en »klapfejl« og »lægger betydelig vægt« på udtalelse i FT 1975/76, B sp 1883, der netop taler om »klapfejl«.

U 1980.504 H angår ikke straf, men spørgsmål om udvisning efter strafafsoning efter *Udlændingeloven*. Problemet var, om udvisningsbeslutningen var behørigt begrundet. Højesteret lægger vægt på, at den anvendte form var i nøje overensstemmelse med de retningslinjer, som blev aftalt mellem justitsministeren og Folketingets Retsudvalg, jfr FT 1972/73 B sp 712.

U 1986.423 fastslår, at *Straffelovens § 193* ikke kan anvendes på vejtransport af personer og gods, idet det efter forarbejderne – hvorefter det if noten hentydes til RT 1928/29 B sp 2183 – er betænklig at anse sådan transport omfattet af begrebet »almindelige samfærdselsmidler« i § 193. Der er altså ikke blevet lagt afgørende vægt på den samfundsudvikling, som er sket, siden disse udtalelser faldt for ca 60 år siden.

U 1987.781 H begrunder et skærpet ansvar for miljøovertrædelser med henvisning til forarbejderne, jfr FT 1983/84 A sp 1571 og B sp 512-513.

Om udmåling af bødestraffe i miljesøger har U 1987.778 H (og en række hermed overensstemmende domme) udtrykkelig lagt vægt på, hvad der var anført herom i bemærknings til lovforslaget, FT 1983/84 A sp 1571 og folketingsudvalgets bemærkninger i FT 1983/84 B sp 512-513.

Se hertil NRt 1989.736, der ved afgørelsen af, om nye strafudmålingsregler kunne anvendes på det foreliggende tilfælde, fandt støtte herfor i Ot prp nr 65 (1987-88) s 40, departements udtalelse.

Som noget særligt har man i norsk ret benyttet sig af udtalelser i motiver til at give direktiver for, hvorledes bøder og frihedsstraf i visse tilfælde (promillekøring) bør udmåles. Uanset at det anføres, at bøder kun i sjældne tilfælde burde underskrive en vis størrelse, har Højesteret med henvisning hertil i flere tilfælde anvendt lavere bødestraffe, se bemærkninger hertil *Andenæs* i Lov og Rett 1989.193-194.

Straffebestemmelsen i Anpartsselskabslovens § 131, stk 2 blev ved U 1990.116 anvendt på en direktør. Dette begrundes med ordlyden af bestemmelsen, der skal ses i sammenhæng

med formuleringen af bestemmelsen i § 84, stk 1, og forarbejderne – hvorfra citeres FT 1981/82 sp 2884, 2885. Det synes dog noget tvivlsomt, om den anførte argumentation og det nævnte citat fra FT er helt afgørende.

Som det ses af denne praksis, anvendes udtalelser fra folketingsudvalg også i skærpende retning, smh ovenfor om andre motivudtalelser om strafspørgsmål.

I praksis benyttede man før Grl 1953 at lade en *ordfører* for udvalget redegøre for dettes betragtninger. Sådanne udtalelser må nogenlunde ligestilles med indholdet af udvalgsbetænkningerne.

En enkelt afgørelse går endda meget vidt i retning af at tillægge en sådan ordførerudtalelse vægt. U 1951.290 H nægter at anvende Jernbaneloven analogt på skade forvoldt af en roebane, idet det hedder, at det fremgår af § 11 i lov nr 117 af 11/3 1921 og af lovens forarbejder, at roebaner som den i sagen omhandlede falder uden for og er tilsigtet holdt uden for lovens område. Den udtalelse, der sigtes til, må efter proceduren, jfr også TfR 1952.319, være ordførerudtalelsen i RT 1919/20, FF sp 4115-16, hvor ordføreren ved jernbaner vil forstå »baner, som er anlagt i henhold til vedtagne love om jernbaneanlæg, således at f eks merrgelbaner, tørvebaner og den slags småbaner ikke kommer ind under begrebet«. Nu kan det vel allerede diskuteres, om den i sagen omhandlede bane også var en småbane. Selskabets samlede banenet var på ca. 500 km, og en strækning på 40 km blev benyttet til roetog med lokomotiver. Den længste privatbane i Danmark var 143 km. Selv efter udtalelsens formulering kan det diskuteres, om den holder netop en bane som den foreliggende udenfor. Men hvis man virkelig tør gå ud fra med sikkerhed, at dette var tilfældet, og hvis man yderligere tør gå ud fra, og ordførerens udtalelse dækkede udvalgets almindelige mening, er afgørelsen ubestridelig rigtig. Der ligger sikkert meget alvorlige overvejelser bag ved den regel, som blev endeligt formuleret i udvalget, idet man sikkert har haft betænkeligheder ved at give den objektive ansvarsregel et for vidt område.

Det er nok lidt uforsigtigt at udtrykke sagen således, at lovgivningsmagten klart har tilsigtet netop at holde baner af den heromhandlede art uden for lovens område, jfr således *Frost* i TfR 1952.319. Ordføreren identificeres hermed med lovgivningsmagten. Det kan af mange andre grunde være betænkeligt at anvende loven analogt. De særlige offentligretlige regler, der gælder de egentlige jernbaner, kan man ikke regne med udstrækkes til andre områder. Resultatet kan derfor meget vel være rigtigt, jfr *Frost* anf sted.

En ordførerudtalelse er også tillagt afgørende betydning ved fortolkning af den tidl bestemmelse i Kommuneskattelovens § 18, jfr U 1961.932. Problemet var, om en kutterejer, der tillige deltog i fiskeriet som partfisker, alene kunne betragtes som »medhjælp«. Dette besvaredes benægtende bl a under henvisning til ordførerudtalelse i RT 1948/49, FF sp 2745.

U 1965.216 angår fortolkningen af den tidl Lejelovs § 52, stk 3, der pålagde lejeren erstatningspligt for »enhver skade«, som bl a opsætning af fjernsynsatennener forårsager. Problem var, om der hermed var hjemlet et objektivt ansvar eller blot et culpaansvar. Folketingsudvalget udtalte herom i FT 1958/59, B sp 212, at lejeren er ansvarlig for »al skade, som opstår i forbindelse med« sådanne anlæg. Såvel landsret som byret undlod at støtte sig til udtalelsen, men kommer ud fra andre betragtninger (byretten: risikobetragtninger, landsretten: bestemmelsens formulering og formål) til resultatet: objektivt ansvar.

### *D. Forhandlinger i Folketinget*

#### *1° Drøftelse i Folketinget*

Som en vigtig gruppe må udskilles de tilfælde, hvor netop det foreliggende problem har været indgående drøftet i Folketinget, jfr også *Lögdberg* .437. I dette tilfælde må den altovervejende hovedregel være, at domstolene bører sig for den opfattelse, som herved er givet til kende. Vel har man ikke den sikkerhed, som fremkommer ved en formelig afstemning i Folketinget, og det må vel også erkendes, at det skrevne ord ofte er mere gennemtænkt end det talte, jfr *Eckhoff* .70, men alligevel vil det være en underkendelse af de faktiske arbejdsforhold i Folketinget, om man vil frakende den opfattelse betydning, som har fået tilslutning fra forskellige sider i Folketinget, og som ikke er blevet bestridt fra nogen side, uanset at der har været anledning hertil, Arbejdsforholdene har udviklet sig således, at det ville være uoverkommeligt for den enkelte folketingsmand at sætte sig ind i alle de lovproblemer, som opstår, jfr ovenfor under I.F. Der sker rent faktisk en arbejdsdeling. Inden for hvert parti er det en enkelt eller enkelte sagkyndige, som tager sig af sagen, og normalt retter partiets øvrige medlemmer sig efter de sagkyndiges opfattelse, med mindre det drejer sig om problemer med vidererækende politisk perspektiv. Det ville være unrealistisk at se bort fra den udvikling, som hermed er foregået. Derfor er det i hvert fald forsvarligt at betragte et spørgsmål som gennemdrøftet, hvis man fra forskellige partiers side har givet udtryk for opfattelsen, og den er tiltrådt af vedkommende minister på regeringens vegne.

En del ældre domme har lagt vægt på drøftelserne i Folketinget. Dette gælder således U 1940.594 om fortolkning af Funktionærloven, endda med udførlig henvisning hertil, U 1936.74 H om de dagældende regler om ulykkesforsikringens omfang, også med henvisning til udførlig drøftelse om afgrænsning mellem »erhverv« og »husholdning«, U 1962.330 om fortolkning af lov nr 96 af 31/3 1938 om udførsel af kartofler (se hertil *Stuer Lauridsen*: Retslæren .283, 305 f), U 1970.498 H om den tidlig bestemmelse i Kommuneskattelovens § 42, stk 5 om tilbageholdelse af skat i arbejdsløshedsunderstøttelse (se hertil *Stuer Lauridsen*: Retslæren .291).

Under drøftelse i Folketinget om Landbrugsloven, der medførte begrænsninger i retten til at erhverve flere større landejendomme, blev der fra alle sider – med undtagelse af en enkelt – udtalt, at grundlovsmaessigheden kunne prøves ved domstolene, og dette blev da heller ikke bestridt under en senere sag herom, U 1952.797 H.

U 1930.375 frifandt en kunde – i modsætning til sælgeren – for overtrædelse af den dældende Lukkelov, »da denne forudsætning også fået udtrykkeligt og autorativt udtryk under rigsdagsforhandlinger«, jfr RT 1907/08 FF sp 1295, 1315, 1323 og 1329, B sp 2928, jfr nu Butikstidslovens § 10.

Se endvidere U 1977.651 H om en ældre anlægslov.

Fra nyere praksis kan henvises til:

U 1984.563 HKK, der – ligesom tinglysningsdommeren, men i modsætning til landsretten – nægter afgiftsfriftagelse efter § 41 a i lov nr 563 af 7/12 1983 for relaksation, da det fremgår af lovens forarbejder, at afgiftsfriftagelse kun angår aflysning, relaksationen ved-

rører ikke aflysning af pantefordringen, men derimod panterettens genstand. I noten til U henvises generelt til FT 1983/84, 1. samling sp 2277 ff uden at det nærmere er præciseret, hvilken udtalelse under forhandlingerne der henvises til.

U 1984.107 HKK giver ikke en person ret til oplysning fra forskellige retter om, hvorvidt en kendelse om telefonaflysning var afsagt dér, idet Rpl § 787 ikke findes at hjemle krav herpå, og da det findes »bedst stemmende med forarbejderne til lov nr 202 af 11/6 1954, hvorved § 787, stk 6 indførtes, at disse oplysninger . . . ikke meddeles ham.« I note til dommen henvises til en række udtalelser såvel i regeringsforslag, udvalgsbetænkning som folketingsbehandlinger, uden at det er præciseret, hvad der hentydes til.

I U 1986.391 om tilbagebetaling af for meget betalt husleje, jfr Midlertidig boligreguleringsslov § 17, har dissensen lagt afgørende vægt på en ændring under folketingsbehandlingen, jfr FT 1980/81, B sp 54.

## *2° Enkeltstående udtalelser i Folketinget*

Selv om en enkelt folketingsmand eller enkelte folketingsmænd har lanceret en bestemt opfattelse, som de indlægger i loven, og selv om denne vurdering »står uimodsagt«, som man plejer at sige, er denne vurdering ikke meget værd. Man må erindre, at debatterne i folketingssalen ikke altid følges med koncentreret opmærksomhed. Kun hvis man kommer ind på et politisk vigtigt spørgsmål, stiger opmærksomheden. Specielt hvis der ikke er mange til stede i salen, er denne kliché med »det uimodsagte« betydningsløs. Men selv om salen er godt besat, må det indrømmes, at det er vanskeligt at følge med i et indlæg fra talerstolen. Det ser helt anderledes ud, når man bagefter ser det stenografiske referat på tryk i Folketingstidende. Da kan man sidde og veje de ord, der er sagt, men det kræver betydelige evner hos tilhørerne at få alt med. Og selv om de får det, kræver det meget stor indsigt straks at gribes ind – at indse, at man her står over for noget, der kan blive et juridisk problem senere, og derefter fra talerstolen imødegå opfattelsen.

Et eksempel illustrerer problemet. Ved lov nr 107 af 9/4 1926 ophævede man § 13 i Konkurrenceloven nr 98 af 29/3 1924, hvorefter salg til underpris i forhold til påtrykte priser var strafbart. U 1930.525 fastslår, at det ikke har været lovgiverens mening hermed at fastslå, at sådant salg er retmæssigt. En af talerne havde slet ikke lagt mærke til, at ministeren omtalte strygningen af § 13 (sp 1884). Derimod måtte ministeren protestere fra bænkene, men taleren fortsatte tilsyneladende uanfægtet efter sit manuskript. Først den allersidste taler kom ind på, at der meget vel kunne være tale om et civilretligt retsbrud (sp 1887), og umiddelbart efter at disse ord var udtalt, sluttede debatten.

I denne forbindelse må fremhæves, at en angivelse af, hvilke tilfælde en foreslægt regel lader sig anvende på, ikke nødvendigvis betyder, at der hermed er taget stilling til reglens afgrænsning. Det må kræves, at der virkelig foreligger en stillingtagen til afgrænsningsproblemets. Det er formentlig dette, der ligger bag ved et navnlig af *Vislie*. .82 fremhævet synspunkt: I begründelsen for lovregler fremhæver man normalt kun de typiske tilfælde, men det er de atypiske tilfælde, som volder retspraksis vanskeligheder. Det må blive fortolkerens op-

gave at konstatere, om man ved debatten har taget stilling til grænsespørgsmålet, eller om man kun har fremhævet vigtige eksempler på reglens anvendelsesområde.

Et eksempel illustrerer dette problem. Efter lov nr 47 af 4/3 1924 § 31, stk 3, kunne der ikke opnås understøttelse for arbejdere, der bevisligt i en del af året havde tjent så meget, som på vedkommende egn måtte anses for tilstrækkeligt til at leve af hele året. Forhandlingerne på Rigsdagen, RT 1921/22, FF sp 2554 (ordførerens bemærkninger) viser, at man særlig har tænkt på sæsonarbejdere. På den anden side fremhæver udvalgsbetænkningen RT 1921/22 B.19, og indenrigsministerens afsluttende bemærkninger, RT 1921/22, FF sp 2602, ikke specielt sæsonarbejdere. Afgørelsen i U 1926.940 H anvender reglen på en person, som ikke var sæsonarbejder, med den begrundelse, »at de særlige forhold, der gør sig gældende for sæsonarbejdere, vel har haft væsentlig indflydelse på bestemmelsens tilblivelse, men forhandlingerne viser ikke, at det kun har været meningen, at den skulle anvendes på sådanne arbejdere«. – Dette er en fuldkommen korrekt begrundelse: Der foreligger ikke en stillingtagen til afgrænsningsproblemet, men en senere forhandling i Rigsdagen, RT 1925/26 FF 3293 f, 3396 f, viser, at Socialministeriet trods dette havde følt sig bundet af ordførerudtalelsen på Rigsdagen og derfor hævdet den snævrere forståelse.

Som andre ældre eksempler på tilfælde, hvor man har udvist forsigtighed med at drage slutsninger fra udtaleser under lovens forberedelse, fordi der ikke foreligger en klar stillingtagen til det foreliggende problem, kan fremhæves U 1942.171, 1951.778 H, 1952.1097, 1952.12, 1974.83.

Det er dernæst urigtigt at benytte sig af enkeltstående, polemiske udtaleser, der løsrives fra deres sammenhæng. I sagen U 1927.19 H var der spørgsmål om, hvorvidt Boligloven nr 83 af 1/4 1925 § 22 om lejeåger fandt anvendelse på nybyggeri. Landsrettens begrundelse, der stadfæstes af H, indeholder bl.a en udtrykkelig henvisning til, at den konservative ordfører havde udtalt, »at intet boligbyggeri efter 31/5 1918 under nogen som helst form kommer ind under denne lovgivning«, RT 1924/25 FF sp 5591. Det er urimeligt at henweise til en sådan udtalelse, der var polemisk rettet mod Venstres udtaleser om, at loven ville komme til at virke hæmmende på nybyggeriet, jfr *Eckhoff*.62 ff, der advarer mod at lægge vægt på udtaleser i en politisk ophedet debat. Noten til dommen tager da også afstand fra at forstå denne udtalelse alt for bogstaveligt, og en senere dom, U 1927.73 H anvender reglen i samme lovs § 17 om lejemæglere på nybyggeri – Højesteret begrunder sit resultat med, at bestemmelsen i § 1, stk 2, efter sit indhold og sit formål ikke har reglen i § 17 for øje.

### 3° Forudsætninger i folketingsdrøftelser

Ikke så få afgørelser henter deres begrundelse eller en del af deres begrundelse i en generel henvisning til indholdet af drøftelserne i Folketinget eller til de forudsætninger, som disse drøftelser må antages at gå ud fra. Dette må anses for principielt uheldigt, der må i hvert fald vises den allerstørste forsigtighed i denne henseende. I disse tilfælde kan man virkelig henvise til *Ross'* ovenfor

i afsnit I refererede udtalelse om, at hver tænker sit, og nogen tænker måske slet ikke. Man kan ikke frigøre sig for den forestilling, at man har medtaget henvisningen til folketingsudtalelserne for at kunne pynte op i dommen med et ekstra argument, idet det passer til det resultat, som man i øvrigt er kommet til, mens man ikke ville have bekymret sig om forudsætninger fra folketingsbehandlingen, hvis disse syntes at gå imod det resultat, som man i øvrigt finder er rigtigt, jfr ovenfor i afsnit I. Man kan måske sige, at denne del af domsbegrundelsen ikke har gjort nogen skade. Men det skaber en usikkerhed i retsanvendelsen, når man i andre tilfælde skal vurdere vægten af udtalelser i lovmotiver.

Mange afgørelser giver udtryk for, at alm forudsætninger, der muligvis kan udledes af forarbejderne, ikke er tilstrækkelige til at påvirke resultatet, jfr således U 1942.597, 1973.141 H. En del ældre afgørelser omtaler i alm vendinger lovens tilblivelse, men det er undertiden vanskeligt at se, hvad der konkret hentydes til, jfr U 1935.1 H (en grundlovsbestemmelses tilblivelse og formål), 1953.165 (udtryk for en vis indirekte godkendelse ved inddragelse i Folketings drøftelse), 1942.602 (det om lovens tilblivelse oplyste), 1946.31 H (hverken forenelig med bestemmelsens indhold eller støttet i lovens forarbejder).

### **III. Særlige tilfælde, hvor lov motiver får større eller mindre vægt end ellers**

#### *A. Ændringer under udarbejdelsen af loven*

En særstilling indtager de tilfælde, hvor der under lovens behandling i Folketinget foretages ændringer. Navnlig ændringer under udvalgsbehandlingen, tiltrådt af ministeren, får betydning. I sådanne tilfælde har man et objektivt udtryk for, at spørgsmålet har været overvejet, idet den omstændighed, at man forlader en oprindelig formulering og erstatter den med en anden, selv om dette ikke nærmere begrundes, må antages at være udtryk for, at der er tilsigtet en realitetsændring. Dette kan naturligvis være afsvækket ved udtalelser, der tyder på, at der kun er tilsigtet en tydeliggørelse af teksten, men formodningen må være for, at der hermed er tilsigtet en reel ændring. Som ældre eksempler kan anføres U 1970.580, 1968.354, 1968.28 H, 1965.182, 1963.433, 1962.906, 1961.525 H, 1950.829 og 1946.786 H.

Lov nr 134 af 26/4 1933 § 1 udelukkende retsforfølgning (»kan ikke være genstand for arrest, udlæg etc . . .«) en vis tid efter indgivelsen af begæring om akkord vedrørende landbrugsejendomme. Efter U 1935.26 H hindrede dette ikke, at en kreditor i dette tidsrum fjerner allerede udlagt gods. Det oprindelige forslag forbød, at retsforfølgning blev indledt eller fortsat, RT 1932/33 A 4943, B 1921. Højesteret nævner ikke denne ændring under behandlingen. Det er heller ikke nogen begrundelse for ændringen. Men selv om det fortæller sig i det dunkle, kan man i dette tilfælde slutte, at forholdet ikke omfattes af loven. Gan-

ske tilsvarende er afgørelsen i U 1928.673 H om Retsplejelovens § 143. Man antog under udtrykkelig henvisning til forhandlingerne på Rigsdagen, RT 1907/08 LF 1499 og 1594, at Sagførerrådets fastsættelse af salær er bindende også for den klient, der har ønsket afgørelsen. I det oprindelige forslag stod der, at afgørelsen var bindende for sagføreren, men denne begrænsning blev strøget uden nærmere grundelse.

U 1972.844 fastslår, at der – trods det at nogle afgørende ord var udgået i lovforslaget om særlig indkomstskat – ikke var tilsigtet nogen ændring og henviser herved til folketingsudvalgets bemærkninger herom, jfr FT 1959/60 tillæg A sp 1609, og U 1965.187 fandt intet afgørende argument i ændringerne under lovens udarbejdelse (dissens).

Hvis et lovforslag har indeholdt en vis regel, men denne derpå udgår under udvalgsbehandlingen i Folketinget, er dette ofte et udtryk for, at man ikke har villet acceptere forslaget. dette illustreres således af U 1975.59 H, der angik forståelsen af Loven om vurdering af landets faste ejendomme § 13, stk 2. Problemets var, om man ved vurderingen af ejendommens grundværdi skal tage hensyn til bestemmelse om bygningsfredning. H antog, at der ikke var hjemmel herfor. I det oprindelige forslag, FT 1955/56 tillæg A sp 1021, jfr 1069-1070 var det bl a udtalt, at der ved ansættelsen af grundværdien skulle tages hensyn til de til den faste ejendom (grund og bygninger mv) knyttede rettigheder og byrder og forpligtelser af offentligretlig karakter, og § 13, stk 2 foreskrev, at disse regler også gjaldt for ansættelsen af grundværdien. Herom kunne der imidlertid ikke opnås enighed i udvalget, hvorfor man nøjedes med at opretholde den tidl formulering, hvorefter der ved grundværdiansættelsen kun skal tages hensyn til de til grunden knyttede rettigheder og byrder af offentligretlig karakter. H gennemgår udførligt denne ændring under udvalgsarbejdet og har dermed klart taget stilling til retskildeproblemet.

U 1988.429 om fortolkningen af *Retsafgiftslovens* § 16 om sammenlægning af flere krav ved beregning af grundgebyr fastslår, at særreglen kun gælder ved ud pantning, ikke ved udlæg, idet et forslag herom ikke blev gennemført, jfr FT 1968/69 A sp 391.

I sagen U 1988.474 H om retten til at få navne på deltagere i ulovlig strejke blev der særligt henvis til proceduren til, at en mulig regel om at gøre undtagelse for oplysninger om tjenesteforrelser, ikke blev gennemført, se FT 1985/86 B sp 266 f.

Se også U 1946.1314, hvoraf fremgår, at man nægtede at besikke forsvarerne for værnehægere som administratorer. Noten til dommen fremhæver, at man i det oprindelige forslag havde en regel om, at man under særlige omstændigheder kunne besikke forsvareren, men denne regel blev strøget efter kritik af næsten alle ordførerne, RT 1945/46 FF 5641-58, B 1217, FF 5872-73. Se også U 1983.307 H omtalt under II.B.

For *norsk* rets vedkommende er ændringer under lovbehandlingen omtalt af *Vislie* .51-54, *Augdahl* .120-122. Udformningen af den norske nabolov, således som den blev ændret i Odelstinget, viser, at man ville indskrænke erstatningsansvaret til økonomisk skade, NRt 1974.524 (navnlig .537-538).

Der indskærpes forsigtighed med at lægge vægt på sådanne ændringer. Årsagen kan jo være, at man finder reglen overflødig, når den allerede står fast i praksis. Klassisk er et eksempel, som dog mærligt nok ikke fremhæves i de norske retskildefremstillinger: Ombytningsslæren fra panteretten var fastslået ved en række afgørelser. I et udkast af 1855 foreslog

man, at læren skulle lovfæstes, men regeringen fandt sætningen så sikker, at man undlod at lovfæste, *Arnholm*: Panteretten .189, *Vinding Kruse*: Ejendomsretten III.1565. Årsagen kan også være, at man finder reglen lovfæstet på anden måde. Hvis nu dette beror på en misforståelse, har man i norsk praksis antaget, at man må følge lovens ord, reglen er ikke kommet til eksistens på denne ekstraordinære måde, NRt 1897.721. NRt 1926.262 har netop – som de danske domme – lagt vægt på, at et forslag var forkastet uden nogen særlig begrundelse herfor. Men der var tvivl om afgørelsen, som er vedtaget med 4 stemmer mod 3, og *Vislie*.54 finder, at en del taler for mindretallets opfattelse, og nævner NRt 1923.761, hvor H menes at have set bort fra en sådan strygning under behandlingen.

Fra *nyere* praksis anføres:

U 1986.340 HKK fortolker Rpl § 172, stk 1 om vidnefritagelse for medarbejdere ved trykte periodiske skrifter således, at den ikke gælder medarbejdere ved radio- og fjernsynsvirksomhed, idet det anføres, at reglerne herom efter lovens forarbejder er udformet i nær sammenhæng med straffebestemmelserne i lov om pressens brug. Herefter udelukkes en analog anvendelse. Det kan være vanskeligt nøjagtigt at påvise sammenhængen mellem denne regel og presselovens særlige ansvarsregler, men den strejves dog i Betænkning nr 316/1962 om vidner .51 f, RT 1937/38, A sp 4269-72. 1 Betænkningen hedder det, at bestemmelsen ikke fandtes i nogen af kommissonsbetænkningerne og heller ikke var optaget i retsplejelovforslaget, men blev foreslået af folketingsudvalget og måtte betragtes som en konsekvens af den nye Presselov.

U 1985.303 nægter en kommune fortrinsret i konkursbo for betaling af olieleverancer, idet dette måtte antages efter forarbejderne til Lejelovens § 46 b, stk 3. 1 skifterettens stadfæstede dom henvises til, at det oprindelige lovforslag blev ændret under forhandlingerne i Folketinget, således at det oprindelige forslag om fortrinsret udgik.

U 1984.1015 fastslår under udtrykkelig henvisning til forarbejderne, dvs Betænkning 968/1982.172, at en bestemmelse i Udlændingelovens § 24 nr 3, »højere straf end hæfte« også omfatter betingede fængselsstraffe. Under behandlingen af lovforslaget opspaltedes bestemmelsen af systematiske grunde, men uden at der var tilsigtet nogen realitetsændring, jfr. *Elmer og Tornøe* i J 1983.330 f, *Finn Chr Christiansen* og *Thiesen* i Tidsskrift for dansk politi 1983.552, *Langlouis* i J 1985.256 ff, anderledes *Jens Vedsted Hansen* i J 1985.67 ff.

I sagen U 1984.729 H om fortolkningen af Sømandskatteloven begrunder landsretten udtrykkeligt resultater med, at der under folketingsbehandlingen fremsatte et ændringsforslag, som blev forkastet, men Højesteret anvender en anden begrundelse for samme resultat.

Fra *ældre* praksis:

U 1976.45 H har lagt så megen vægt på en ændring under folketingsbehandlingen, at den førte til et mærkeligt resultat. Forslaget til lov nr 220 af 27/5 1970 om registrerede revisorer blev ændret efter ønske fra folketingsudvalget, således at også ansatte revisorer med høj anciennitet kunne komme med i ordningen, men ministeren foreslog, at reglen så skulle begrænses til dem, der havde været ansat i de seneste 10 år. Dette blev lagt til grund ved dommen, hvilket medførte, at revisoren, der vel havde været ansat i 10 år, men ikke i de seneste, nemlig fordi han da han blev selvstændig, faldt udenfor. Forholdet var altså timet dårligt i forhold til denne regel.

Om den ovenfor nævnte dom i U 1975.59 H se *Stuer Lauridsen*: Retslæren .303, der vil forklare dommen ud fra andre betragtninger.

De svenske afgørelser i NJA 1972.253 og NJA 1980.94 viser, hvorledes der lægges afgørende vægt på udtalelser under den endelige behandling i Rigsdagen, hvorved der blev taget afstand fra tidl forslag under udarbejdelsen jfr *Madeleine Löfmark* i Finna rätt .106-107.

Hvis der under udarbejdelsen af et lovforslag er sket væsentlige ændringer, som har medført, at forskellige instanser har afgivet udtalelser, som er svært forenelige eller lige-

frem modstridende, afsvækkes betydningen af forarbejderne, jfr *Anders Agell* i SvJT 1990.4-5, 51-53, som med henblik på forståelsen af nye arvelovsregler vel tillægger forarbejder en vis betydning, men ikke nogen udsaggivende betydning, hvis de ikke støttes af, hvad reglens funktion og retssystematiske sammenhæng tilsiger.

### *B. Ændringer i forhold til tidligere retstilstand*

Man har undertiden ligefrem opstillet en formodning om, at en gammel regel fortsat består, således at der skal særlige holdepunkter til for at antage det modsatte, jfr f eks *Platou*: Retskildernes Theori .166. Dette er muligvis for vidtgående, men det er i hvert fald sikkert, at der kan opstilles den regel, at *selv svage spor i lovens forarbejder fører til, at man opretholder den ældre retstilstand.*

Anderledes *Stuer Lauridsen*: Retslæren .302-303, jfr 297, se herimod *Blume* i U 1985 B.126-127.

Dette er et typeeksempel på, at der lægges vægt på forarbejderne. Selv i ældre tid, hvor domstolene i præmisserne var forsigtige med at udtales sig om motivernes betydning, er der talrige afgørelser, der viser, at domstolene i denne relation har lagt vægt på motivudtalelser om spørgsmålet.

Som eksempel fra *ældre* tid kan henvises til U 1930.525, 1935.1040 H, 1937.3 H, 1941.529 HG, 1952.1033 H, 1953.150, 1957.113 H, 1961.563 H, 1961.570 H, 1962.899, 1962.906, 1963.481 H, 1963.544 H, 1963.739 H, 1964.196, 1966.343, 1967.118, 1970.498 H, 1971.435 H, 1972.107 H, 1974.263. Om ældre norske retsafgørelser se f eks NRt 1934.997 (plenum), 1951.965, 1952.566, 1967.1162.

Fra *nyere* praksis kan henvises til U 1990.209, 1990.248 jfr U 1988.725, 1990.922 H, 1989.11 H, 1989.45 H jfr *Hermann* i U 1989 B.232-235, 1988.432, 1988.226, 1987.118 H, 1987.130, 1987.192, 1987.449 H, 1987.965, 1986.917 H, 1984.132, 1984.171 H, 1984.272 H, 1984.979 H, 1982.81 H, 1982.479, 1982.890, 1980.118 H, 1980.492 HKK, 1980.512 HKK, 1979.576 H, 1977.346, 1977.477 H, 1977.860 H.

Rpl § 750 hjemler politiet ret til at forlange navn, adresse og fødselsdato, men U 1984.171 H fastslog, at dette ikke gælder ved telefoniske afhøringer. Flertallet (6) lægger vægt på forarbejderne og den tidl praksis, medens mindretallet (5) henviser til den klare ordlyd.

Forarbejderne er ifølge note til dommen FT 1977/78 A sp 2389, men heri siges kun, at den nye bestemmelser i overensstemmelse med gældende ret, men blot udvidet med fødselsdato, jfr de tidl politibestemmelser herom. Nogle særlige oplysninger om den tidl praksis, som blev opretholdt, omtales ikke i dommen.

U 1979.576 H tog stilling til det omstridte spørgsmål, om dolus eventualis må betragtes som gældende ret. Dette besvares bekræftende, idet det i hvert fald fastslås, at en domfældende for forsætlig handling i det foreliggende tilfælde ikke var i strid med gældende ret. Der henvises udtrykkelig til forarbejderne, RT 1924-25, tillæg A sp 3145 ff og RT 1928-29, tillæg A sp 2330, tillæg B sp 2126-28. Definitionerne af forsæt og uagtsomhed udgik som overflødige, men der var ikke herved gjort nogen ændring i de bestående regler. Se hertil gennemgangen i U 1988 B.131-139 (*Lars Bo Langsted*) med henvisninger til teori og praksis.

Over for dette opbrud af afgørelser, som har opretholdt den tidl retstilstand, findes en del, men betydeligt færre afgørelser, der anser retstilstanden for ændret, jfr således U 1989.128 H, 1989.223 H, 1989.775, 1989.1108 H, 1985.71, 1985.137 HKK, 1984.240, 1984.272 H, 1983.711 H, 1981.331, 1981.361, 1980.613. På den anførte baggrund har de større interesse.

U 1989.128 H angik fortolkningen af Skattekontrollovens § 13. Det anførtes, at en ændring i 1971 ifølge forarbejderne, FT 1971/72 A sp 119 ff, tilsigtede en udvidelse af den personkreds, som omfattes af bestemmelsen, og det fremhæves, at dette typisk gælder ved indgivelse af selvangivelse. Under udtrykkelig henvisning til forarbejdernes siges det i præmisserne, at bestemmelsen omfatter personer, der umiddelbart ved afgivelsen har bistået med urigtige eller vildledende oplysninger. H ophæver herefter dommen i en tilstælsessag, da det fsv angår visse af erkendte overtrædelser var tvivlsomt, om der forelå strafbar medvirken til skattesvig.

U 1989.223 H om kommuners pligt til at svare moms af løn og pension for dem, der reparerer gadebelysning og færdselsfyrt gennemgår udførligt forarbejdernes diskussion om kommuners pligt til at svare moms af ydelser i forbindelse med elforsyning mm, og der lægges bl a vægt på en lovændring i 1970, hvor det anføres, at en momsfriftagelse vedr det, der betegnes som »afsmitsning«, ikke skulle gælde offentlige forsyningsvirksomheder, fordi det kunne få uheldige konsekvenser i forhold til andre kommuner, der ikke har egen elforsyning.

Udlændingelovens § 8, stk 1 nr 4 om, at der skal være sikret forsorgelse af udlændinge, som får op holdstilladelse efter familiesammenføringsreglerne, blev i 1953 ændret, således at loven i modsætning til tidligere, hvor den var obligatorisk, skulle være fakultativ. Herefter var Justitsministeriet überettiget til at stille dette krav som en fast regel, U 1989.775.

U 1989.1108 H om fastsættelse af invaliditetserstatninger henviser udtrykkeligt til, at der ved loven om erstatningsansvar var tilsigtet en udлигning mellem erstatninger inden for og uden for Arbejdsskadeforsikringsloven, og der henvises herved til FT 1983/84 A sp 57, jfr om dommen *Wendler Pedersen* i U 1990 B.241-246 og ovenfor i § 2.II.B.

U 1988.177 H om fornyelse af alkoholbevilling efter Restaurationsloven refererer de skærpelser, som er indført ved ændringer i lovgivningen, og fastslår, at det følger af disse bestemmelser og deres forarbejder, at afgørelsen skal træffes efter en helhedsvurdering, hvori også indgår uregelmæssigheder, som ikke direkte kan tilskrives bevillingshaverens, bestyrelsens eller personalets fejl.

U 1985.71 angår fortolkningen af Lejelovens § 53, stk 2, hvorefter der ikke kan træffes aftale om, at lejen skal reguleres på anden måde end fastsat i de foregående bestemmelser. I lejepérioden kan dog aftales forhøjelser med bestemte beløb til bestemte tidspunkter. Både boligret og landsret henviser til motiver, jfr FT 1978/79, A sp 2594, hvori understreges ændring i forhold til den tidl Boligreguleringslov, og kommer til det resultat, at forbudet også rammer aftaler om regulering af pristal o l, som lovligt er indgået før bestemmelsens ikrafttræden. Se hertil kritikken hos *Krag Jespersen* i J 1979.358 f.

U 1985.137 HKK angår fortolkningen af Ejelerighedlovens § 20, stk 1, nr 4 og udtaler, at en bygning, indrettet til beboelse, men ikke anvendes hertil, efter en naturlig forståelse af ordene »bygninger, der udelukkende anvendes til andet end beboelse«, ikke omfattes af bestemmelsen. Formålet med den oprindelige begrænsning i loven og de senere ændringer heri taler ligeledes for denne forståelse. Kondemnerede ejendomme kan herefter inddrages under loven (se senere Boligbyggerilovens § 69 a). I noten til U er henvist til forskellige steder i forarbejderne, men uden at det er muligt helt klart at fastslå, hvad der hentydes til.

U 1984.18 H om fortolkning af de færøske valglove udtales det direkte i grundelsen, at

det efter udvalgsbetænkningen vedr lovene har været tilsigtet at give reglerne en sådan udformning, at de ville være lettere at anvende for valgbestyrelserne, idet lovene skulle forstås i overensstemmelse med deres ordlyd (»tale for sig selv«) og hermed var resultatet klart.

Ved fortolkningen af Rpl § 750 om pligt til over for politiet at opgive navn, adresse og fødselsdato, fastslog U 1984.171 H, at bestemmelsen ikke kunne anvendes ved telefoniske afhøringer. Flertallet lægger vægt på forarbejderne til bestemmelsen og den praksis, som anvendtes før Rpl. Med forarbejderne hentydes formentlig til FT 1977/78 A sp 2389 og Betænkning nr 623 s 45. De tidl politilove talte om pligten til at opgive navn og bopæl til en ved politiet ansat, enten i uniform eller visende politiskilt eller polititegn. Det var ved denne formulering indlysende, at betingelserne ikke kunne opfyldes telefonisk. Resultatet blev herefter – uanset ordlyden, som godt kunne rumme en videre forståelse – at den tidl retstilstand blev opretholdt. Se hertil *Blume* i U 1990 B.440, anderledes *Sv Gram Jensen* i U 1988 B.386 ff, der henviser til, at det var resultatet, der bestemte metoden.

U 1984.240 om Rpl § 576 har under udtrykkelig henvisning til Betænkning 800/1977 s 93 f i modsætning til, hvad der blev antaget tidligere, jfr U 1925.90 H, fastslået, at begæring om ny auktion skal fremsættes på selve auktionsmødet, ikke blot på auktionsstedet nogle minutter efter mødets afslutning.

U 1983.711 H angår fortolkningen af Sømandslovens § 42 om beregning af fratrædelsesgodtgørelse. H fastslår, at bestemmelsen skulle forstås i overensstemmelse med Funktionærlovens § 2 a. Sø- og Handelsretten havde uddybet dette ved henvisning til forarbejderne, Betænkning nr 643/1972 om revision af sømandsloven .11 og FT 1972/73, A sp 5247, hvor det fremhæves, at der skete en ændring i forhold til tidligere ret, og at bestemmelsen svarede til Funktionærlovens § 2 a.

I nogle afgørelser har en tidl instans eller en dissens været inde på undersøgelser efter Lejelovens § 100, stk 2, 1. pkt (dissensen) og U 1984.729 H om Ligningslovens § 15 (udførlig gennemgang i landsrettsdommen).

U 1981.361 fortolker Rpl § 492, stk 3, hvorefter fogedretten, hvis det er nødvendigt, kan forde, at fordringshaveren er tilstede, eller udsætte forretningen til senere møde. Under henvisning til ordlyden og forarbejderne hertil, »navnlig FT 1975/76 Forh sp 131«, fastslås, at dette må afgøres konkret, ikke f eks ved en generel regel om, at rekvinrenten altid skal fremmøde ved pantebrevsudlæg i fast ejendom.

U 1980.613 om fortolkning af loven om særlig indkomstskat fremhæver udtrykkeligt, at retstilstanden blev ændret ved lov nr 418 af 18/12 1968, hvorefter loven fuldstændig ophævede beskatningen af brandforsikringsbeløb. Dette fremgår af FT 1968/69 A sp 241-244, hvor det udtales, at man har fundet det rimeligt at frigate for beskatning i disse tilfælde, uden at fritagelse gøres betinget af genanskaffelse.

I *norsk praksis* foreligger mange domme, der har opretholdt den tidligere retstilstand, når det ikke var klart, at der var sket ændringer heri, jfr f eks NRt 1982.975, 1983.1440 og 1984.605. Det samme gælder også NRt 1983.389, hvorefter genanskaffelsesværdien skal erstattes, uanset at den er større end omsætningsværdien, også når det gælder grunden, ikke bygningen, idet den nye regel efter motiverne opfattes som en kodifikation af retstilstanden før lovens vedtagelse.

Se derimod NRt 1987.35, hvor problemet var, om nye regler om factoring skulle begrænses til de traditionelle tilfælde, hvor der foreligger sikringsfunktion. Selv om forarbejderne ikke var klare, mente førstvoterende, at det, når man læste forarbejderne i sammenhæng, ikke kunne være meningen, at man blot ville kodificere den dagsældende praksis. Dette hovedsynspunkt blev senere fulgt op i NRt 1987.984 om et andet fortolkningsspørgsmål vedrørende de samme regler.

NRt 1988.1371 angik fortolkningen af loven om offentlige auktioner m v og kommer til det resultat, at loven ikke forbød auktioner på søndage. Som grundelse henvises til, at

dette ikke havde været lovgiverens hensigt, hvilket var støttet på lagtingsbehandlingen af den tidl lov herom i 1869. Heraf fremgik, at man var klar over, at en ny regel om forbud mod auktioner dagen før søndage kunne bevirkе, at straffen herfor var større end ved auktion om søndagen, som ville blive ramt af helligdagslovgivningen. Da auktionen i den foreliggende sag var foregået uden for den tid, som omfattedes af den nul helligdagslovgivning, var resultatet herefter givet.

Se også plenumsdommen NRT 1988.276, hvor der tales om, at forarbejderne forudsætter opretholdelse af tidligere retstilstand, særligt når det gælder Tomtefæsteloven fra 1975.

### C. Inkurier

Hvis anvendelsen af ordene i en lov, således som ordene umiddelbart må forstås, fører til resultater, der er klart urimelige, idet man må antage, at ordvalget beror på en inkurie, har man i praksis stillet sig frit over for ordvalget, og i hvert fald har man benyttet bestemmelsens forhistorie til at gøre afvigelse i forhold til, hvad der naturligt ligger i ordene.

Som et klart eksempel herpå kan henvises til U 1928.656 H. Sagen drejede sig om forståelsen af Sømandslovens § 32, der indeholder en særlig regel om beregning af erstatning til en sømand, der afskediges, nemlig hvis mørnstringen har fundet sted, mens skibet anvendtes i europæisk fart, men afskedigelsen finder sted, når skibet anvendes i anden fart. Efter ordene er der ikke tvivl om, at det afgørende må være skibets anvendelse. Det fremgår imidlertid af RT 1922/23 B 2636 ff, at man har tænkt på påmønstrings- og afmønstringsstedet, og idet retten fremhæver bestemmelsens forhistorie og bestemmelsens formål, følger man denne fortolkning. Eksempler på fortolkning for at afbøde inkurier i norsk lovgivning se *Augdahl* .150.

I denne forbindelse kan nævnes det velkendte fænomen, at der under udarbejdelsen foretages ændringer, hvorved man kommer for skade at ændre loven på punkter, hvor dette åbenbart ikke har været tilsigtet. Fra norsk ret nævner man loven 29/7 1918, der efter ordene udvider testationsfriheden således, at enhver udvidelse kan ske ved kgl konfirmation. Dette var selvfølgelig ikke tilsigtet, men skyldtes, at man udskilte konfirmationsreglen til et særligt punktum. En dansk regel i Brandloven af 2/3 1861 § 7 var kommet for af skade at lave en realitetsændring i forhold til tidligere ret, skønt dette ikke var tilsigtet. Man fastholdt den ældre retstilstand på trods af ordene. Fra dansk ret kan i denne forbindelse også henvises til U 1943.592 H, der må omfortolke Byplanlovens § 15, som blev overført fra Byggelinieloven, uanset at den – som det er sagt – herved kom til at minde om en hund i et spil kegler, *Ernst Andersen og Ross: Dansk Statsforfatningsret II.233.*

I lov nr 367 af 6/6 1991 om patientforsikring § 2, stk 1, nr 3 udgik ved en fejl ordet »efterfølgende«, hvilket gjorde loven uforståelig, men efter motiverne kan indfortolkes, se *Karrenov: Suppleringshæfte 3/1991 .7798 note 22.*

Det er dog også sket, at man i norsk praksis har tilladt sig at se bort fra en lapsus i en lov, uden at der var støtte herfor i forarbejderne, jfr NRt 1980.1568 om en tilsyneladende forskel i lov af 8/6 1895 om pant i tilbehør (en forskel mellem industribedrifter og hotelbedrifter). Det sker også, at man i et sådant tilfælde anser en lovændring for nødvendig, jfr *Inge Lorange Backer* i Lov og Rett 1981.216 f om et eksempel på rettergangsskridt, som var faldet ud ved en lovrevision.

#### *D. Praktisk uheldige resultater*

Der findes en enkelt afgørelse, der klart har tilsidesat den opfattelse, som man efter nøje drøftelse på Rigsdagen bestemte sig for. Men her var forholdet det særlige, at erfaringer efter lovens ikraftræden demonstrerede, at lovens ordning var aldeles upraktisk og i visse grupper af tilfælde simpelthen uigenemførlig. Måske har det også spillet en rolle, at loven blev gennemført i stor hast, og at man afstod fra at finde en rationel ordning i tillid til, at dette ville lykkes ministeriet ved udsendelse af nærmere direktiver i en bekendtgørelse. Men dette skete imidlertid ikke. Der forelå altså ganske særlige forhold, således at man næppe herfra kan slutte til andre tilfælde.

Det drejer sig om den tidligere Motorafgiftslov, nr 143 af 1/7 1927, som i § 4 bestemte, at kvittering for vægtafgift skulle medfølge køretøjet. Bestemmelsen blev indsat efter indgående diskussion på Rigsdagen, RT 1926/27 FT 3287, LF 2245, A 4618, B 1901, 2361, som klart viser, at kvitteringen virkelig skulle være fysisk på køretøjet til hver en tid, nemlig af hensyn til kontrollen. Man kritiserede dette fra forskellige sider som ganske upraktisk, og man kom med forslag, der skulle gøre det lettere at opbevare kvitteringen på køretøjet. Men da men ville have loven gennemført inden den tidligere afgiftslovs ophør, afstod man fra at stille ændringsforslag, og ministeren lovede, at man skulle bestræbe sig for at gøre det hele så praktisk som muligt. Ikke desto mindre fortolkede U 1929.609 dristigt bestemmelsen derhen, at kvittering kun skal medfølge ved ejerskifte, således som der stod udtrykkelig i den senere lov nr 135 af 28/4 1931.

Men hvis forarbejderne ikke giver nogen støtte for at rette på sådanne inkurrier, må man forvente, at domstolene overlader til lovgivningsmagten at rette op på tilstanden. Når Arbejdsmiljølovens § 82, nr 2 foreskriver straf for den, der lader arbejde udføre i strid med kap 9 og 10, leder eller fører tilsyn med sådant arbejde, men ikke omtaler direktører o.l, har domstolene da også frifundet en direktør. Eksemplet demonstrerer de vanskeligheder, der opstår, når der udformes en særregel, der afviger fra almindelige regler, her StrfL § 23 om medvirken, men uden tilstrækkeligt at overveje, hvad der følger af en sådan stillingtagen til et særligt problem. Forhistorien synes imidlertid at underbygge den opfattelse, at der kun var gjort op med det særlige problem om arbejdslederes ansvar, idet den tidligere lov fra 1968 § 3, stk 3 hjemlede an-

svarsfrihed for de ledere, som handlede efter foresattes ordrer, en regel, som man ikke uden videre ville overføre til den nye lov. Men afgørende bliver formentlig, at det drejer sig om spørsgsmål om straf, hvor en sikker lovhjemmel må anses for nødvendig, jfr herom under II.A.2.g, og II.B.h.

NRt 1982.745 angik et tilfælde, hvor såvel lovens ordlyd som forarbejder talte for et resultat, som H fandt var urimeligt under visse omstændigheder, og det betones, at de skatteretlige regler ledte til et resultat, som syntes at passe dårligt sammen med familieretlige regler om underholdspligt og -bidrag. Alligevel fandt retten det vanskeligt at se bort fra disse konsekvenser af loven. Der måtte en lovændring til.

#### E. Strafspørsgsmål

Man kunne rejse det spørsgsmål, om ikke *in dubio pro reo*-grundsætningen bør gælde ikke blot ved beivistvivl, men også ved retlige tvivl. Herved ville betydningen af motivudtalelser blive afsvækket.

Heroverfor må det vistnok fastholdes, at *in dubio pro reo*-sætningen ikke kan anvendes ved rene retsspørsgsmål, og at man i øvrigt kun bør mane til forsigtighed ved fortolkning i tiltaltes disfavør, jfr *Andenæs: Alminnelig straffelov*, 2. udg. 1974.121, *Waaben: Strafferettens ansvarslære*, 1987.43 ff, *Vagn Greve i Festskrift til Johs Andenæs*, 1982.124 ff. Efter dansk retspraksis anvendes sætningen ikke ved rene retsspørsgsmål. Man straffer efter StrfL § 303, selv om der ikke foreligger noget som helst tegn på professionel handlemåde – uanset motivudtalelser i modsat retning. Det står fast, at der ikke efter den tidlige affattelse af StrfL § 57 kunne idømmes betinget fællesstraf, når der i prøvetiden blev begået en forsætlig lovovertrædelse, som medførte fængselsstraf – uanset at ordene ikke udelukkede den modsatte løsning. Det står fast, at Straffelov 1930 § 129 kunne anvendes på meddelser fra en korporation, som ikke udøver nogen offentlig myndighed – uanset at forarbejderne tyder på det modsatte. I alle disse tilfælde har domstolene valgt den strengeste løsning.

Det er muligt, at betragtningerne har været fremme ved de ovenfor i afsnit II.A.2° g, II.B.h og C nævnte afgørelser om straf, hvorfra de fleste førte til et for tiltalte gunstigt resultat, se dog U 1980.679 (Lægemiddeloven) og U 1973.991 (Vandløbsloven), men begründelsen kan ligeså vel søges i andre momenter. U 1970.498 H om tilsidesættelse af pligt til at tilbageholde skat i arbejdsløshedsunderstøttelse lagde vægt på bestemmelsens tilblivelseshistorie og fandt herefter tiltalte skyldig. Et flertal lod dog straffen bortfalde efter StrfL § 84, stk 1, nr 3, jfr stk 2.

Sætningens uanvendelighed forsvarer af *Hurwitz* anf sted bl a med, at der ikke er det samme hensyn at tage til den, hvis faktiske forhold ligger klart, og som bevidst har bevæget sig på lovens rand, som til den, der muligvis er uskyl-

dig i det påsigtede forhold. Som de nævnte eksempler viser, kan betragtningen med den »bevidste balanceren« på lovens rand ikke fuldt ud dække de tilfælde, der har foreligget. Forskellen ligger vist nok så meget på andre punkter: Den faktiske tvivl kan ikke give anledning til uhedige konsekvenser i fremtiden. Den nu tiltalte slipper for straf, selv om han muligvis er skyldig. Herved sker der ingen skade i fremtiden, medmindre man udstrækker bevis-tvivlen for vidt og derved animerer folk til at løbe risikoen – i håb om frifindelse på grund af den mindste beivistvivl. På den anden side opnås i den nu foreliggende sag ganske åbenbart et betydeligt gode. Anderledes med hensyn til retstvivl. En samfundsmaessigt uheldig løsning i den nu foreliggende sag skaber grundlag for borgernes adfærd i fremtiden. Ganske vist kan lovgiveren gribe ind og dække et hul, som herved er kommet for dagen, men lovgivningsarbejder tager deres tid. Strafferegler bør ikke jaskes igennem. Kun i helt extraordinære akutte situationer kan et forceret lovgivningsarbejde være forsvarligt. Endelig må det ikke overses, at formålet med en straffesag netop kan være at få fastlagt den rette forståelse af en uklar lovregel for dermed at få en rettesnor for fremtiden. Dette vil navnlig gælde i politisager.

Som det fremgår af *Andenæs'* fremstillinger, har norsk retspraksis ikke afskåret sig fra at antage den for tiltalte strengeste løsning, men NRT 1965.890 har til gunst for tiltalte fraveget tidl langvarig praksis. Dansk retspraksis har rent faktisk kun anvendt den strengeste løsning i enkelte tilfælde.

Konsekvensen af det udviklede må vel være, at der principielt må gælde samme grundsætning i denne gruppe af tilfælde: Hvis andre retskilder ikke kan komme i betragtning, må man kunne falde tilbage på udtalelser af enhver art under lovens tilblivelse. I adskillige udtalelser om disse fortolkningsproblemer på strafferettens område munder man ud i en almindelig advarsel om dog i hvert at vise forsigtighed, når der fortolkes til ugunst for den tiltalte. Dette harmonerer også med en almindelig uvilje mod at fortolke Straffeloven analogt imod den tiltalte. Men det er et spørgsmål, om der overhovedet er nogen forskel mellem strafferetten og civilretten, når den udvidende fortolkning eller analogislutning baseres på momenter fra lovens forarbejder.

#### *F. Regelnød*

Hvis et spørgsmål ikke lader sig afgøre efter andre retskildeprincipper, vil det være nærliggende at falde tilbage på den løsning, som lov motiverne angiver. Dette vil gælde, hvor lovens ord ikke giver nogen vejledning, og hvor analogi- eller modsætningsslutninger heller ikke lader sig anvende, kort sagt i tilfælde, hvor der er et hul i lovgivningen, som ikke kan udfyldes på anden måde. Herpå findes der da også eksempler.

Hvis det foreliggende fortolkningsproblem ligefrem har været indgående

drøftet under folketingsbehandlingen, vil det være rigtigt allerede af denne grund at følge den opfattelse, som er givet tilkende i Folketinget.

Et eksempel har man i U 1930.782, der drejer sig om tilfælde, hvor præster rykkede op fra 3. til 2. lønningsklasse, men dog som slutresultat gik ned i løn. Herved var der intet at gøre, »da det af de forud for loven 1927 gående rigsdaysforhandlinger ... fremgår, at man har været klar over, at lønnen for visse indehavere af 2. kl embeder blev forholdsvis mindre gunstig efter fastsættelsen af de nye lønninger«, jfr RT 1926/27 LF 2318-20, 2326-28, 2332. Kirkeministeren havde søgt at ráde bod på dette inden lovens vedtagelse, men forgæves. Han kunne kun konstatere, at for disse præster lodes alt håb ude (i denne verden) – og – hvad der er bemærkelsesværdigt – han trøstede sig med, at der hermed var taget bestemt stilling på Rigsdagen til problemet, idet man måtte forvente en retssag. Her har man altså et tilfælde, hvor man målbvidst gør op med henblik på en kommende retssag.

*Stuer Lauridsen:* Retslæren .293 nævner tilfælde, hvor lovens terminologi er upræcis, og hvor det derfor er nærliggende at studere lovmotiver for at få dette klarlagt, men tilføjer, at dette også kan ske uden støtte i lovmotiver. Begge synspunkter er sikkert rigtige. Men domstolene føler sig på sikrere grund, hvis de i disse tilfælde kan finde en støtte i forarbejderne.

I sagen NRt 1983.1440 fik flertal og mindretal forskelligt ud af motivudtalelser. Spørgsmålet var, om Straffeprocesloven § 310 skulle forstås således, at sager ikke kan pådømmes i tiltaltes fravær, hvis straffen overstiger 3 års fængsel, og dette skyldes gentagelsesvirkning. Ud fra Ot prp nr 35 78/79 fandt flertallet, at man skulle være forsiktig med at dømme i tiltaltes fravær, hvorfor sådan fremgangsmåde ikke kunne ske. Om gentagelsestilfældet fandt flertallet, at forarbejderne gav ringe vejledning, og man holdt sig derfor til, hvad der var gældende ret før en lovændring. Mindretallet lagde vægt på, at man ellers risikerede, at tiltalte blev fængslet og transporteret til retten. Alle dommere ville altså det bedste for tiltalte, men vurderede konsekvenserne forskelligt.

### *G. Forventningsprincippet*

Det har været anført, at man ud fra et forventningsprincip må fortolke en lov efter ordlyden, hvis den umiddelbart synes at give borgeren en ret, således at »en mere begrænset vilje hos lovgiveren ikke kan komme i betragtning, selv om denne skulle være udtrykt i motiverne«, jfr *Trolle* i U 1962 B.289.

En sådan betragtning er sikkert farlig at anlægge. Dels kan det være tvivlsomt, hvad der betragtes som en fortolkning til gunst for borgerne i almindelighed, dels og navnlig er det ganske uklart, hvad der ligger i »en mere begrænset vilje«. Det ses da heller ikke, at der foreligger afgørelser, der har givet udtryk herfor.

U 1959.170 H angik en støtteordning til færøske fiskere. Der var to problemer i sagen, dels om ordningen omfattede alle både (minus trawlere) eller kun åbne både, dels om de, der faldt ind under ordningen, havde et retskrav på støtten. Det første spørgsmål afgøres af landsretten primært ved henvisning til lovens ord »bådfiskeri« og herudover ved henvisning til, at forarbejderne ikke gav støtte for en indskrænkning heraf, det andet spørgsmål ved en kort udtalelse om, at loven hjemler et retskrav herpå. Højesterets flertal stadfæster

i henhold til grundene. En dissens er enig i resultatet, men henviser vedr det første spørgsmål alene til ordene, der »utvivlsomt« ikke hjemler nogen begrænsning, og vedr det andet navnlig til den færøske tekst, der tillægger fiskerne et retskrav. (I dansk oversættelse siges det herom, at tilskudet vil blive anvist, når landsstyret har forvisset sig om opgørelsens rigtighed), *Stuer Lauridsen*: Retslæren .290-291 kritiserer afgørelsen, da det er uden mening blot at angive, at der er et retskrav, realt må afgørelsen være motiveret med hensyn til lighed og dispositioner i god tro. Det anføres, at dommen ikke ses kommenteret. Det er den imidlertid, jfr. *Trolle* (den dissentierende dommer) i U 1962 B.289, der fremhæver lovens ord som afgørende efter et forventningsprincip, borgeren kan nøjes med at studere loven, ikke tillige dens motiver. – Problemet var vel ganske enkelt, om ordene i begge henseender var helt klare, eller om man *yderligere* vil støtte sig på motiverne.

Endvidere er der blevet henvist til U 1960.388 H, jfr 1958.659 om vederlagsfri undervisning i visse tilfælde, hvor et mindretal er inde på, at Folketinget ikke havde ønsket at fravige lovens system om vederlagsfri undervisning. Flertallet, der vil stadfæste landsrettens dom, anfører end ikke motiverne, uanset at landsretten havde henvist til forhandlinger mellem folketingsudvalget og ministeren, FT 1953/54, B sp 1009, under hvilke lovens virkninger blev drøftet. Heller ikke afgørelserne i U 1960.322 H og U 1961.592 H (fejlagtig citeret som 292) synes at have taget stilling til det foreliggende spørgsmål. U 1960.322 H nævner ikke motiverne i præmisserne. Det gør derimod U 1961.592 H, jfr. dissensen, se om dommen *Trolle* i TFR 1961.582-86; problemet var, om et sognéråd ved bedømmelsen af betingelserne for valgbarhed klart var gået ud over en elastisk lovs yderste rækkevidde. Se endvidere NAT 1962.116.

#### *H. Gamle motivudtalelser*

Medens der er en vis tilbøjelighed til at afsvække betydningen af ældre præjudikater, kan der næppe spores tilsvarende tendens til at se bort fra gamle motivudtalelser. Denne forskel er formentlig også velmotiveret. Hvad der nu engang er tilsigtet fra lovgiverens side, må man bøje sig for, indtil lovgivningen ændres. Ændres samfundsforholdene, således at en gammel lovgivningsopfattelse ikke længere er tidssvarende, må lovgivningen tages op til revision. Lovgiveren kan ikke have den samme opfordring til at tage ethvert spørgsmål op, som måtte være blevet afgjort af domstolene i en retning, som ikke længere accepteres. Alligevel må der nok anerkendes en noget videre adgang til at fravige motivudtalelser end udtrykkelige forskrifter i ældre love.

Som eksempler på, at afgørelser er truffet ud fra synspunkter, som er fremført i Stænderforsamlingerne, altså før Grl 1849, kan henvises til U 1956.512 H, U 1965.19 H, jfr U 1964.426, om fortolkningen af Jernbaneforordningens § 20, der lægger vægt på bestemmelsernes tilblivelse og forudsætninger, hvorved sigtes til udtalelser i Stænderforsamlingens betænkning fra 1844, U 1939.735 (ekspropriation – der henvises til »sagens natur og det om bestemmelsernes tilblivelse oplyste«, hvorved sigtes til Stændertidende for 1844), U 1935.1 H (dommeres afskedigelse – afgørelsen begrundes med bestemmelsernes tilblivelse og formål, og der sigtes til udtalelser på den grundlovgivende rigsforsamling, særlig Ørsteds udtalelser sp 2478 f), U 1952.1081 (forståelse af Jagtloven – i begründelsen henvises også til bestemmelsernes forhistorie, hvorved sigtes til commissarii udtalelser på den nørrejyske stænder-

forsamling 1838 sp 149-50), U 1956.512 H (Ekspropriations-forordningen fra 1845), jfr også U 1972.20 H og 28 H.

Se også fra norsk ret NRt 1988.1371 om forbud mod auktioner på søndage, hvor motivgennemgangen går helt tilbage til odelstningsbehandlingen i 1869.

Noget andet er, at gamle motivudtalelser kan være skrevet ud fra en retstilstand eller ud fra faktiske forhold, som ikke længere eksisterer, eller dog har ændret sig så meget, at man ikke kan tillægge dem afgørende vægt. Dette vil undertiden gælde vedrørende udtalelser om forståelsen af processuelle bestemmelser, jfr *Tammi* i U 1966 B.34-35 og 36, der med rette fremhæver, at man nu er mere tilbøjelig til at betragte sådanne bestemmelser under praktiske synsvinkler end tidligere, og *Aage Spang-Hanssen* i U 1966 B.73 om forarbejder fra sidste århundrede til regler, som genfindes i de nugældende skattelove.

Der er ikke nogen forskel mellem den her anførte opfattelse vedr betydningen af ældre motivudtalelser og det hos *Ross* .168 anførte, se herimod *Stuer Lauridsen*: Retslæren .304, der mener, at der er forskel.

*Preben Wilhjelm* i J 1989.331 anfører, at gamle motivudtalelser kan underkastes en »nuttidig fortolkning«. Hvis der er sket ændringer i samfundstilstanden eller i retstilstandene i øvrigt, kan det naturligvis føre til, at man ikke kan anvende de gamle motivudtalelser efter ordene.

### I. Internationale lov motiver

Det sker, omend sjældent, at domstolene også anvender udtalelser under forberedelse af love på internationalt plan. Dette gælder f eks love, som er udarbejdet ved fællesnordisk lovsamarbejde, jfr f eks U 1978.42 H om fortolknningen af Ophavsretslovens § 45, der antages også at omfatte sceneinstruktører, hvor der udtrykkelig henvises til de svenske lov motiver, SOU 1965:25 .379.

Kommentaren i U 1983 B.50-52 til U 1982.1137 H om en pressefotografs – som det fastslås – uberettigede medtagelse af negativer, da han fratrådte stillingen, viser hvor intenst man er gået ind på en undersøgelse af lovens forarbejder. Støttet hertil har man fundet frem til, at fotografloven bevidst undlod at tage stilling til dette spørgsmål, som derfor måtte afgøres efter aftaler, praksis og sædvane. I dommen veg man uden om at tage stilling til den materielle retsstilling i det hele, idet der direkte kun tages stilling til, at bladets *besiddelse* af negativerne burde opretholdes. I kommentaren henvises til et svensk præjudikat, nemlig i NJA 1982.23, der gik i samme retning, jfr *Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 1988.40.

U 1978.844 om dyrkning af hampeplanten til industrielle formål eller havebrugsformål henviser udtrykkeligt til artikel 28.2. i Konvention af 30/3 1961, hvor det netop udtales, at konventionen ikke omfatter sådan dyrkning.

Se hertil *Percy Bratt* og *Hugo Tiberg* i SvJT 1989.424 f.

### IV. Sammenfatning

Gennemgangen af retspraksis, navnlig den nyeste, viser, at der er sket en meget væsentlig udvikling i benyttelsen af lov motiver. Fra at være noget, der sjældent blev blot nævnt i præmisser, er oplysning herom vokset frem gen-

nem noter i trykte domssamlinger og dommerkommentarer, derefter forsigtigt optaget i almindelige vendinger i domspræmisser, efterhånden med mere og mere nøjagtige angivelser af, hvilket sted fra lov motiverne der er blevet tillagt vægt. Lovmotiver er efter denne dokumentation bestemt ikke længere en tålt, men kritisert retskilde, men tværtimod en helt dominerende retskilde. Ikke blot de positive henvisninger i præmisser hertil viser dette, men også de »negative motivudtalelser«, som omhyggeligt undersøger, om man er kommet til at til sidesætte lov motiver, viser rigtigheden af den nye betragtningsmåde. Det samme gælder den betydelige vægt, som nyere praksis også lægger på sagkyndiges betænkninger.

Men praksis er meget forskellig. Der er stadig domme, som er meget lidt forbrugervenlige og derfor efterlader læserne i tvivl om, hvad domstolen mere konkret har lagt vægt på. Uden større besvær er domstolene i stand til at gøre dommene umiddelbart forståelige. Der er talrige eksempler på domme, som kan tjene som forbillede for, hvorledes en dom kan skrives i relation til lov motiver. Men desværre – også eksempler stadigvæk i modsat retning.

Utrykte lov motiver må der udvises forsigtighed med. Forudsætningen med at anvende dem må være, at de er klart dokumenteret under processen og lige så klart omtales i domspræmisserne. Men der efterlades et ubehag ved, at man overhovedet anvender motiver af denne art, som det praktiske retsliv ikke kan være tjent med. Det bliver kun en interesseret inderkreds, som er kendt med motiver af denne art.

Som konklusion må det fastslås, at nyere retspraksis tillægger momenter fra lov forarbejder en betydelig vægt, endda undertiden så meget vægt, at det kan give anledning til betænkeligheder. Når det viser sig, at der udledes for tolkningsbidrag af almindelig holdte udtalelser i forarbejder, og at forståelsen af dem undertiden giver anledning til forskellige slutninger hos de dommere, der skal tage stilling til fortolkningen, er man ved at nå for langt ud.

Det er ikke sikkert, at der er sket en reel ændring i praksis, men domstolene er nu meget tilbøjelige til klart at vise i præmisserne, hvilken vægt der er lagt på forarbejder. Men en udvikling, som har ført til, at lov motiver har omrent samme afgørende betydning som lovens egne ord, er kritisabel. Sagt på en anden måde kunne man undertiden ønske sig, at domstolene i stedet for at søger sig dækket ved motivudtalelser foretog en selvstændig vurdering, således bl a ved det, der i § 10.V. betegnes som logiske slutninger.

I denne fremstilling er nævnt ikke så få eksempler på, at flertal og mindretal ved en dom er kommet til forskellige resultater ved at studere forarbejderne, jfr således U 1985.125 H, U 1985.402 H (§ 2.II.B.h), 1984.495 H (§ 2.II.A.2°.g) og NRt 1990.35, 1983.1440. Ved udarbejdelsen af lov motiver må man altså være opmærksom på, at de kan få overordentlig stor betydning i retsanvendelsen, og at uklarhed i formuleringen kan give anledning til tilsvarende uklarhed i retspraksis.

Når flertal og mindretal har så forskellig opfattelse af, hvad motiverne taler for, er det et indicium for, at dommerne ved fornyet voting erkender, at motiverne er så uklare, at de ikke kan tillægges afgørende betydning.

## § 3

# Dommes præjudikatvirkning

### I. Indledning

#### A. Præjudikater som retskilde

Der hersker nu ingen tvivl om, at dommes præjudikatvirkning indgår som en retskilde. Spørgsmålet er kun i hvilke tilfælde og med hvilken vægt. Man må derfor betragte den opfattelse som forladt, som alene ville anerkende, at tidligere domme kun virkede ved *vægten af de grunde*, som var anført i præmisserne. På den anden side står det fast, at selv en underordnet indstans ikke kan nøjes med blot at henvise til tidligere afgørelser, jfr kritikken i U 1930.6 H over for en underrettsdom, som kun foretog en sammenligning med to landsrettsaftagelser, idet sagen anførtes at være analog med en tidlig påkendt sag og ikke kunne paralleliseres med en anden landsrettsaftagelse. Der findes derimod stadig bemærkninger i domme, hvori det siges, at retten føler sig bundet af den tidlige afgørelse.

Den tidligere svenske diskussion om respekten for tidligere retsafgørelser har ikke længere interesse. Lagutskottets udtalelse i Riksdagens Protokol 1947. 1. afd 3-4 om, at »endast tyngden av de skäl som av Högsta Domstolen åperopas till motivering för domsluten, bör vara afgörande för Högsta Domstolens inflytande på rättstillämpningen i de lägre instanser« blev stærkt kritiseret. På samme måde er en tilsvarende udtalelse i NRt 1902.684 udtryk for en forladt opfattelse. Se hertil nu SOU 1986.1: *L Heuman* i Finna rätt, 5. kap, Hellner .74 ff, jfr *Strömholt* i Festschrift til Jan Hellner, 1984.656 f.

Det særlige spørgsmål, om dommertilkendegivelser kan have præjudikatvirkning, behandles af *von Eyben*: Dommertilkendegivelser, 1987 .160-161. Som hovedregel kan der ikke blive tale om en sådan virkning, men hvis tilkendegivelser har en sådan karakter, at den ikke kunne fraviges ved en evt senere dom, kan det dog forekomme, jfr U 1985.349 H, omtalt i § 6 II.B, hvor landsretten synes at tage stilling til betydningen af en tilkendegivelse. Se også U 1978.973, omtalt i *von Eyben*: Dommertilkendegivelser, 1987.58, 150.

U 1991.121 har med rette ikke tillagt en dommertilkendegivelse om, at en

sag var omfattet af Husdyrvoldgiftsloven negativ retskraft. Følgelig kunne sagen påny indbringes for domstolene, da det rejste erstatningskrav henhørte under de alm domstole.

Uden for problemstillingen om præjudikatvirkning falder også de tilfælde, hvor en afgørelse træffes på grundlag af rådsforordninger i EF, jfr f eks U 1982.219: »Hermed må det i nærværende sag rejste fortolkningsproblem ansettes for afgjort«, idet en afgørelse ved De europæiske Fællesskabers domstols dom af 1977.01.25 lægges til grund.

### B. »Distinguishing«

Det står lige så fast, at nordiske domstole ikke føler samme respekt for tidlige retsafgørelser, som de engelske retter gør. Disse domstole klarer sig imidlertid ofte ved at finde frem til nok så hårfine forskelle over for tidligere retsafgørelser, ved »*distinguishing*«. Ikke desto mindre findes der også i Norden talrigt domme, som benytter sig af samme metode. I øvrigt er den engelske tradition ikke længere så urokkelig som tidligere, jfr herom *Ingeborg Wilberg* i TfR 1967.390, *Eckhoff*.151-152.

Fra ældre praksis kan henvises til U 1972.554 H smh med U 1929.261 H, U 1940.713 H smh med U 1926.239 H (jfr U 1924.613), U 1975.511 smh med U 1973.141 H (og hertil *Gram Jensen*.90), U 1979.410 smh med U 1977.140 H, U 1981.478 H smh med U 1976.528 H, U 1981.825 H og 829 H smh med U 1978.926 H, U 1983.318 H smh med U 1982.443 H og hertil *Munch* i U 1982 B.443, *Pontoppidan* i U 1983 B.318 og *Gomard* i Højesteret 1661-1986.32 f, U 1985.305 H (der stadfæster U 1984.1000) smh med U 1981.449 (og hertil *Krag Jespersen*: Ejendomsbestanddele og tilbehørspant, 1986.15 ff), U 1984.981 H smh med U 1977.489 H (og hertil *Pontoppidan* i U 1985 B.37-39), U 1987.427 H smh med U 1977.539 H, U 1987.876 smh med U 1984.1098 og 1986.871, se også U 1984.166 H smh med U 1980.480 H og 1982.93 H omtalt i § 3.III.

Fra de seneste år kan henvises til følgende afgørelser:

Ved sagen i U 1991.153 H henviste en arbejdsgiver til den tidl afgørelse i U 1989.1108 H, hvorefter erstatningen til en skadeligt arbejder skal nedsættes, hvis den væsentlig ville overstige summen af méngodtgørelse og erhvervsevnetabserstatning efter Erstatningsansvarsloven. Men den senere afgørelse fastslog, at dette ikke gjaldt i det foreliggende tilfælde, hvor skaden var indtrådt før lovens ikraftræden, og hvorved den påg blev 45% invalid. Hvis der skulle være bedømt efter de nye regler, ville skadelidte alene være berettiget til godtgørelse for mén, men ikke til erstatning for erhvervsevnetab.

U 1990.174 H nægter skattemæssigt fradrag for indskud i ægtefælles virksomhed, da indskuddet ikke kunne ligestilles med kommanditindskud, forbundet med ejendomsret. En dissens er imidlertid inde på, at det beror på tilfældigheder, om der aftales noget om ejendomsret, medmindre parterne har en særlig interesse i mulighederne for afskrivning efter de retningslinier, som var lagt ved U 1983.8 H.

U 1989.203 H udtales i præmisserne, at den omstændighed, at der ved U 1983.705 H op-

rindeligt var opnået indregistrering ved urigtige angivelser om kapitalens indbetaling ikke i sig selv udelukkede, at selskabet, der ikke havde været begæret opløst, kunne undergives selskabsbeskatning.

U 1989.480 H fastslår, at der ikke ubetinget kræves fremsendelse af budget ved varsling om lejeforhøjelse, jfr Boligreguleringslovens § 13. Det anføres, at sagen adskiller sig fra U 1986.478 derved, at der i den sidste sag var anvendt samme beregningsgrundlag som hidtil, og at der heller ikke øvrigt var ændrede forhold ved ejendommen.

Ved skriftlige indlæg i en tinglysningskæresag, U 1989.931, redegøres indgående for praksis om beregning af afgift. Resultatet blev, at der kun skulle beregnes en afgift for rykningspåtegning, som skulle lyses på 31 ejendomme med forskellige ejere, men med samme indhold. Til støtte herfor blev bl. påberåbt U 1985.66 og 218. Tinglysningsdommeren anførte, at disse sager adskilte sig fra den foreliggende: U 1985.66 angik et tilfælde, hvor ejendommene havde samme ejer. Landsrettens afgørelse i U 1989.931 støtter sig herefter navnlig på forarbejderne, hvorefter der kun skulle beregnes en afgift pr dokument uden hensyn til antallet af ejendomme, og på, at rykningen skyldtes deklarationer, som var fælles for alle ejendommene.

U 1989.822 HKK stadfæster U 1987.185 og fastslår, at der ikke på grundlag af en dom over et anpartsselskab kunne foretages udlæg hos nogle deltagere heri personligt. Ved U 1987.196, en udeblivelsesdom, var – uanset stævningens udtagelse mod en nærmere betegnet virksomhed – en person blevet domt personligt; herefter kunne fogedretten ikke tage stilling til det materielle spørgsmål, men måtte fremme udlæget hos den dømte person. Forskellen mellem de to retssituationer var behandlet i Juristen 1987.40 f af *Jørgen Jochimsen*, og landsretten henholdt sig til denne artikel i U 1989.822 HKK.

U 1989.178 fastslår – ligesom tidl U 1978.865 – at der ikke kan foretages udlæg i goodwill. Rekvirenten forsøgte at påvise forskellen over for den tidl sag ved at henvise til, at der i den tidl sag ikke fandtes driftsinventar og driftsmateriel, hvorfor goodwillen var udtryk for en personlig indsats, og at kreditor, i modsætning til hvad der var tilfældet i den tidl sag, ikke i forvejen var sikret en andel af provenuet ved evt. salg af virksomheden. Men disse forskelle fandtes ikke afgørende.

U 1988.586 angik et problem fra lejeretten om varsling af lejeforhøjelse, som i hvert fald havde sammenhæng med problemstillingen i U 1986.478, men flertallet i landsretten fandt ikke, at den tidl dom skulle begrænses til tilfælde, hvor der både manglede oplysning om det tidl budget og en ændring af de hidtidige fordelingsprincipper, jfr. *Blume* i U 1989 B.203-204 og Karnovs Lovsamling, 12. udg .2145 note 52.

U 1988.701 fastslår, at der er indkomstskattepligt for den fordel, der opnås ved en fordrings forældelse, når skatteyderen i et tidl indkomstår har fratrukket fordringerne som driftsudgifter. Flertallet anfører bl a, at det må lægges til grund, »jfr herved den i UfR 1981.932 refererede sag« om den pågældendes fradragssret, at han tidl var i stand til at betale fordringerne, som bortfaldt ved forældelse. Mindretallet tager udgangspunkt i U 1977.141 H, der i det væsentlige i overensstemmelse med de berigelsessynspunkter, som Skatteministeriet havde gjort gældende, antog, at den skattepligtige var indkomstskattepligtig af den ved forældelsen indtrådte fordel.

U 1988.919 H afgjorde en tvist om beregning af ferietillæg ved fratræden bl.a. med henvisning til den praksis, der havde udviklet sig i tilslutning til Ferielovens regler, hvorved der efter proceduren må tænkes på afgørelsen i U 1986.945, uanset at det var gjort gældende, at denne afgørelse var konkret begrundet og derfor ikke kunne anvendes i det foreliggende tilfælde.

Om firmaers arrangement af busture kombineret med salgsfremstød for salg af firmaets varer foreligger forskellige afgørelser. U 1980.561 H frifandt for overtrædelse af Markedsføringslovens tilgiftsregler, da firmaets ydelser ikke var betinget af køb. U 1987.519 dømte

derimod bl a fordi det efter oplægget var en betingelse for tillægsydelserne, at kunden købte hovedydelsen. Men H tilføjer, at brochurerne i U 1980.561 H i modsætning til den senere sag var udformet således, at det tydeligt fremgik, at busturene var arrangeret af firmaet, og formålet var demonstration og salg af varerne, men fandt, at der var givet vildledende oplysninger ved at fremhæve ordet »gratis« om tillægsydelserne. Straffen bortfaldt efter StrfI § 84, stk. 2.

Om muligheden for at oprette ejerlejligheder i bygninger adskilte fra hinanden på samme matr nr har der været tvivl: U 1981.1078 tillod det, men disse bygninger var forbundet med en forbindelsesmur. U 1984.1107 H afslog det, men der var det særlige, at tilladelse til udstykning var afslået (det drejede sig om 13 sommerhuse uden for sommerhusområde). U 1985.790 fulgte afgørelsen i U 1984.1107 H, som der henvistes til, medens en dissens lagde vægt på, at ingen hensyn talte imod en udstykning. I tilslutning hertil fandt *Kielland* i U 1986 B.54 f, at der var forskelle mellem U 1984.1107 og 1985.790, hvorimod *Ramhøj og Bisgaard* i U 1986 B-120-123 begge fandt, at der ikke var afgørende forskelle, men U 1981.1078 kunne begrundes med forbindelsesmuren. Præmisserne var altså ikke tilstrækkelig klare til at få fastslået, hvorvidt sagerne var identiske, og på hvilke punkter de kunne adskilles fra hinanden.

I sagen U 1987.724 om tvangsauktion diskuterede fogedretten forholdet til U 1982.122 H, som retten fandt adskilte sig fra den foreliggende, men landsretten lagde afgørende vægt på motiver, se hertil *Blume* i U 1989 B.202 (afgørelsen er citeret som U 1987.742).

Om retspraksis vedr formueopgørelsen ved ophøret af faktisk samliv, se nedenfor i § 3.III.

Se i det hele *Blume* i U 1989 B.201-214.

Lovændringer på visse områder kan naturligvis føre til, at domstolene nu må se noget anderledes på eks visse kriminelle forhold, se som eks NRt 1989.1002.

Det kan undertiden være vanskeligt at fastslå, om der virkelig er sket en ændring i retspraksis, eller om der blot er tale om en forskellig vurdering i forskellige forhold. Men i hvert fald har skattemyndighedernes praksis over for de såkaldte »bylandmænd« været svingende, idet praksis har været forskellig på grundlag af en landsretsafgørelse i U 1970.399, der nægtede fradrag for underskud, da ejendommen ikke var drevet erhvervsmæssigt, og rentabel drift ikke havde været tilsigtet, hvorimod U 1975.1065 H anerkendte fradrag, da skatteyderen – selv om han også havde haft andre motiver – havde villet drive ejendommen erhvervsmæssigt forsvarligt. U 1980.488 H, der trods den senere afgørelse nægtede tilbagebetaling af skat ud over 3-års fristen i Stats-skattelovens § 13 b, viser, at skattemyndighederne havde anlagt forskellig praksis på grundlag af dommene.

Erstatningsansvarslovens § 26 indeholder en regel, hvorefter den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse af – bl a – en andens person skal betale den forurettede godtgørelse for tort. Reglen er altså obligatorisk, og hvis handlingen er strafbar, er den hermed klassificeret som retsstridig. Tilbage bliver alene spørgsmålet, om der er tilføjet *tort*. Dette begreb er ikke nærmere bestemt i loven, men Straffelovrådet har i Betænking 601/1971 s 65 bestemt det som »krænkelse af selv- og æresfølelse, dvs en persons opfattelse af eget værd og omdømme«, hvilket måske kortfattet kan betegnes som en »nedværdigende« behandling. U 1985.597 H nægtede at give denne godtgørelse med den begrundelse, at volden ikke var

udøvet under sådanne omstændigheder, at der var grundlag herfor, og U 1986.755 havde samme resultat og samme begrundelse, idet der blot varieredes med tilføjelsen »trods sin alvorlige karakter«, og at der bruges vendingen »ikke under . . . sådanne særlig krænklede omstændigheder«. I kommentaren hertil drog *Else Mols* i U 1987 B.50 den konklusion, at godtgørelse for tort selv i alvorlige voldssager kun kan tilkendes, såfremt volden er begået under sådanne for ofret særligt krænklede, ydmygende eller hånende omstændigheder, der er egnet til at krænke hans selv- og æresfølelse, se hertil *Nørgaard* og *Vagner*, 222 f. Alligevel fastslog U 1990.594 H, at en hustru, over for hvem manden havde forsøgt drab, »efter omstændighederne i forbindelse med drabsforsøget« havde krav på godtgørelse. I U 1991 B-16 kritiserer *Bo von Eyben* denne afgørelse, fordi der med den er skabt tvivl om, hvorvidt der fortsat kræves den særlige krænkelse af ofret, se hertil *Wendler Pedersen* i U 1991 B.134, der giver de fornødne oplysninger, således at det kan ses, at der i den senere sag forelå særlige forhold, som motiverede en afvigelse i forhold til det tidl i praksis udtalte. Se hertil *Hans Erik Steffensen* i U 1991 B. 166-168, der uanset hvad der er anført om afgørelsen i U 1990.594 H mener, at der er sket en glidning ved bedømmelsen af, om situationen kan anses for særlig krænklede eller ydmygende.

Det henstår altså, om de tidl præjudikater er fraveget, idet det i hvert fald ikke efter præmisserne kan ses, hvad det er for særlige momenter, som har ført til et andet resultat end i tidligere sager. Der er ikke gjort noget forsøg på at forklare forskellen i forhold til de tidl sager, hvilket er uheldigt af hensyn til konsekvenserne for den praksis, som udøves at det nævn, som administrerer loven om erstatning fra staten til voldsofre m fl.

Problemet om »distinghusing« kan også belyses af den norske retspraksis i sager om fritagelse for værnepligt. Herom foreligger en række afgørelser, NRt 1969.1285, 1971.769, 1976.1157, 1980.1183, 1982.684, og plenumsafgørelsen i NRt 1983.477. Af de ældre afgørelser kunne man få indtryk af, at en pacifistisk grundholdning, som dog åbnede mulighed for i et vist begrænset omfang at deltage med våben, kunne fritage for værnepligt, men efterhånden afklaredes praksis, således at det i plenumsafgørelsen klart fastslås, at kun en overbevisning med det indhold, at den pågældende ikke kan gøre militærtjeneste af nogen art og under nogen omstændigheder, hjemler ret til fritagelse. En ret til at gøre militærtjeneste på egne præmisser kan aldrig være tilstrækkelig. Om plenumsafgørelsen se under V.C.4°.

Også afgørelsen i NRt 1983.1451 belyser spørgsmålet. I afgørelsen NRt 1983.1118 var der givet udtryk for, at en lempelse i momslovens straffebestemmelser kunne få betydning ved overtrædelse af trækbestemmelser i skattelovgivningen. I sagen NRt 1983.1451 fandt 3 dommere, at dette var afgørende for i den senere sag at anvende betinget straf, medens 2 dommere lagde vægt på, at udgangspunktet stadig måtte være ubetinget straf.

I sagen NRt 1981.1199 henviser flertallet til praksis, men mindretallet diskuterer denne tidl praksis og kommer til det resultat, at det ikke er bundet heraf, jfr også NRt 1990.1217, hvor førstvotende i en sag om utugtig omgang med mindreårig pige indgående diskuterer forskellen i forhold til tidl afgørelser.

### C. Kendskab til præjudikater

Respekten for præjudikater har som anført været svingende gennem tiderne. Dette skyldes ikke alene den almindelige indstilling til, om man ud fra generelle overvejelser bør tillægge dem større eller mindre vægt, men også helt praktiske årsager. Hvis domme ikke publiceres eller kun publiceres i begrænset omfang, er muligheden for at tage dem i betragtning naturligvis ringe. Før

vi fik almindelige domssamlinger, beroede det derfor på tilfældigheder, om dommerne – og advokaterne – var bekendt med fortifælde, hvorfor retshistorien da også kan påvise eksempler på, at man har fraveget tidligere retsafgørelsers resultat, simpelthen fordi man ikke var bekendt hermed.

Konsekvensen heraf er da, at en avanceret teknik, der muliggør offentliggørelse i videre omfang end tilfældet er nu, kan medføre, at præjudikater får større betydning. Selv om man nu bestræber sig for kun at offentliggøre domme, som har principiel betydning, kan der være områder, hvor andre fortifælde kan få betydning. Dette gælder f.eks kendskab til strafudmålingspraksis, da det er almindelig bekendt, at strafudmåling mere er udtryk for en traditionel end en rationel vurdering. Hvis en avanceret edb-teknik medfører, at et betydeligt større antal domme gøres tilgængelige for dem, der har interesse i at påberåbe sig fortifælde, kan dette altså medføre større anvendelse af præjudikater i retsanvendelsen.

Se hertil *Elling Øyehaug Oss*: Rettstidende som informasjonssystem, 1984 .50-57 og hertil *Bjørn Stordrange* i Lov og Rett 1985.479 f samt *Blume* i U 1989 B.212.

Ved proceduren i U 1986.340 HKK om anvendelse af Rpl § 172, stk 1 på journalister ved radio og fjernsyn henvises til en utrykt ØLK 10/9 1984, 16. afd kære nr 116/1984. Det er uheldigt, når der ikke findes nærmere redegørelse herfor. U 1982.81 H viser ligeledes, at parterne påberåbte sig en utrykt landsrettsdom, som var forelagt under domsforhandlingen. Sø- og Handelsretten og Højesteret kom til samme resultat, men henviser ikke til landsrettsdommen.

Et særlig problem om »ukendskab« opstår, når den trykte gengivelse i en domssamling er ufuldstændig i forhold til selve afgørelsen, jfr f.eks NRt 1988.712.

Om kendskab til retskilder i det hele se ovenfor i § 1 V.

#### *D. Omtale af præjudikater i domspræmisser*

I tidligere fremstillinger, der har belyst præjudikatspørgsmål – herunder også tidlige udgaver af dette værk – stodte man på den vanskelighed, at præmisser, navnlig i danske domme, var meget fåmælte om vurderingen heraf. Kun et nærmere studium af præmisserne sammenholdt med tidligere domme, suppleret med redaktionsnoter til domme i domssamlinger og dommerkommentarer kunne bidrage til at belyse spørgsmålet ud fra realistiske betragtninger. Der er imidlertid sket en væsentlig ændring i affattelse af præmisser, idet nylig tids domme i langt højere grad bekender kulør om de betragtninger af retskildemæssig karakter, som ligger til grund for afgørelserne.

En meget udførlig gennemgang af retspraksis findes i NRt 1983.389, der drejer sig om erstatning efter genanskaffelsesprincippet ved ekspropriation af ubebyggede grunde, idet det fremhæves, at det ikke er let at forene præmisserne i tidligere afgørelser, navnlig NRt 1969.357, hvor princippet anvendtes i et tilfælde, hvor genanskaffelsesværdien var større end omsætningsværdien, medens NRt 1973.576 i et lignende tilfælde kom til det modsatte

resultat. Dommen i NRt 1983.389 fulgte den førstnævnte afgørelse, som mentes at have de bedste legislative grunde for sig.

*Strömholm* .335 ff, jfr også *Curt Olsson* i Lakimieslehdestå, 1984.1189, påviser, at der er sket en udvikling i udföring af præmisser i retning af større diskussion om de betragtninger, som har været afgørende, endog således at dette kan minde om diskussion i et litterært værk og med stillingtagen til anvendelsen af de forskellige retskilder. Det anføres, at dette kan blive en risiko for retsautoriteten, idet der hermed tilkendegives, at der blandt de voterende har været stærk tvív om det rigtige resultat. Det er imidlertid et spørgsmål, om denne måde at skrive domme ikke tværtimod psykologisk virker heldigt. Når den tabende part ser, at hans standpunkt deles af flere dommere, og at flertallet også har vist sympati herfor, kan det være lettere at bære et nederlag, end hvis dommen blot autoritativt fastslår et eller andet resultat.

Der må imidlertid udvises forsigtighed med at udlede faste standpunkter vedr præjudikatvirkning af afsagte domme.

Ved vurderingen af præjudikater af en afgørelse må det mærkes, at retten naturligvis anvender som begrundelse det synspunkt, som med sikkerhed fører frem til resultatet, og derfor afstår fra at tage stilling til retsspørgsmål, som ikke er blevet klarlagt med samme sikkerhed. Dette kan eventuelt komme til at bero på proceduren, som ikke har fremdraget tilstrækkeligt til belysning heraf, jfr *Møgelvang-Hansen* i U 1982 B.86-94 om afgørelsen i U 1981.221 H om de særlige forbrugersynspunkter, som kunne være uddybet nærmere, se om dommen *Munch*: Renteloven 1983.45, og afgørelsen i U 1986.143 H og bemærkninger hertil ved *Mogens Munch* i U 1986 B.136 ff om de særlige synspunkter efter planlovgivningen, som ikke var tilstrækkeligt belyst.

Anførelse af tidligere retsafgørelser i noter til domme skal ligeledes behandles med forsigtighed. Ofte henvises i proceduren til et betydeligt antal domme, som ikke direkte har nogen betydning for den foreliggende sag, men blot tjener til illustration af det foreliggende problem. På sikker grund er man derfor kun i de tilfælde, hvor dommen i sine præmisser direkte henviser til tidligere retsafgørelser som led i begründelsen, enten ved i almindelige vendinger at henvise til tidligere (fast) praksis eller ved at nævne ganske konkrete afgørelser, evt ved hjælp af sidehenvisninger til domssamlinger. Herudover kan dommerkommentaren være næsten lige så oplysende. Men selv om man kan genkende vendinger i senere domme som identiske med, hvad der er utalt i tidligere afgørelser, kan man ikke uden videre slutte, at den tidl dom har virket i kraft af at være et præjudikat. Den senere dom har måske selvstændigt fundet frem til betragtningen og har for nemheds skyld – eller fordi man ikke har kunnet finde et mere rammende udtryk – benyttet sig af den samme formulering, som den ældre dom har gjort.

Det var hensigten ved gennemgangen af de afgørelser, som kunne belyse præjudikatproblemet, også at medtage afgørelser, hvor referatet af proceduren eller noter til domssamlinger viste hen til tidligere afgørelser. Resultatet

blev imidlertid, at kun få af disse afgørelser er blevet inddraget i gennemgangen. Kun hvis særlige momenter gjorde det sikkert, at fortilfælde direkte har medvirket i domsbegrundelsen, er de blevet medtaget.

Den måde, hvorpå domme, afsagt af landsretter og Sø- og Handelsretten, udvælges til offentliggørelse i domssamlinger, bevirket i øvrigt, at et sikkert betydeligt antal domme, hvor fortilfælde har haft betydning, ikke medtages. Hvis et principielt spørgsmål allerede er fastslået ved en enkelt og i hvert fald ved nogle få afgørelser, vil dom om det samme spørgsmål ikke blive optaget.

Når hertil føjes, at undersøgelsen har efterladt det indtryk, at en række domme – som følge af citater i noter til domssamlinger eller i dommens gengivelse af proceduren – meget muligt er afsagt under hensyn til tidligere retsafgørelser, må konklusionen blive, at der ikke ved undersøgelsen er sket en fuldstændig afdækning af præjudikatproblemet, således som det reelt virker i praksis. Det er derfor ikke afgørende, at et gennemsyn af trykte afgørelser kun viser et begrænset antal, hvor der er lagt vægt på tidl praksis, jfr *Blume* i U 1989 B.201 ff (i 1985-1988 158 af ialt 1409 domme – iøvrigt et betydeligt tal, når der udskilles afgørelser, hvor retskildeproblem ikke foreligger).

Om *svensk* praksis' stillingagen til anvendelse af præjudikater se *Strömholm* .333-344, samme i SvJT 1984.923-945, der bl a fremhæver udviklingens retning af større bunderhed til præjudikater, men også nævner, at den efterhånden friere argumentationsstil kan virke i retning af at mindske præjudikatværdien, idet det bliver vanskeligere at uddrage en almindelig regel heraf, men at dette til gengæld har den fordel, at domstolene ikke så let »skrriver sig fast« ved et standpunkt, som senere viser sig at måtte modificeres. Se i øvrigt *Strömholm* i Festskrift til Johs Andenæs, 1982 .659-661 med omtale af praksis. Se endvidere *Jacob W Sundberg* i SvJT 1975.538, *Bernitz* i SvJT 1976.89-91.

Om *finsk* retsopfattelse se *Curt Olsson* i *Lakimieslehdestå*, 1984 .1182-1200, hvorefter Højesterets præjudikater nu almindeligt anses for bindende endda i en sådan grad, at dommere i lavere instanser kan anses for at have begået tjenestefejl ved ikke at iagttage dette, se endvidere *Ahti Saarenpääs* i *Scandinavian Studies in Law*, 1984.

Om *norsk* retsopfattelse se endvidere *Johs Andenæs*: Innføring i rettsstudiet, 1979 .85-86, 108-115, hvorefter der har været varierende opfattelser gennem tiderne; ligesom i svensk retsopfattelse betones faren ved at fremkomme med for principielle opfattelser, som der senere kan være trang til at modificere. Se endvidere *C A Fleischer*: Anvendelse og forklaring af dommer, 1981 særligt .30,36 om forholdet mellem præmisser og konklusion og kritik af, at Højesteret i videre omfang styrer retslivet med præjudikater, se derimod *Carsten Smith*: Statsliv og retsteori, 1978.328 ff.

#### E. Udenlandske præjudikater

Selv om det ligger længere ude at benytte udenlandske retsafgørelser som retskilde, så ses det dog, at parterne undertiden påberåber sig udenlandsk praksis. Dette kan naturligvis højst få betydning, hvor der findes f eks fællesnordiske regler, eller det drejer sig om retsområder af international karakter, hvor

en stillingtagen til et problem kan få en vis, omend meget begrænset betydning, jfr således kommentaren i U 1983 B.50-52 til U 1982.1137 H og *Koktvedgaard*: Lærebog i Immaterialret, 1988 .40.

## II. Almindelige synspunkter for præjudikaters bindende virkning

Til støtte for, at præjudikater bør have bindende virkning, er der særlig blevet henvist til, *at* retsautoriteten nedbrydes, hvis domstolsafgørelser bliver tilside sat ved senere domme, *at* der rent praktisk opnås en processparende funktion, når man kan stole på, at retsafgørelser står fast, *at* der påføres parterne unødige procesomkostninger, når underordnede domstoles afgørelser skal appelleres for at få dem i overensstemmelse med appelinstansernes praksis, og *at* der kan opstå en betænkelig ulighed, hvis der følges forskellig retsopfat telse i forskellige retskredse.

### A. Retsautoriteten

Det er sikkert rigtigt, at folk i almindelighed går ud fra, at der på ethvert retsspørgsmål findes én og kun én rigtig løsning. Man nærer tillid til, at retsordenen ligger fast. At samme spørgsmål kan blive påkendt helt forskelligt i forskellige konkrete sager, står folk uforstående overfor. Dette gælder i særlig grad, hvis det er den samme ret, som påkender de forskellige sager, og endnu mere grelt bliver forholdet, hvis denne ret er Højesteret.

I almindelighed overvurderer man sikkert betydningen af disse momenter. Det virker måske endnu mere stødende, at man ikke vil erkende begåede fejl. Allerede i retskraftslæren har man indset, at det argument, som bygger på hensynet til retsautoriteten, ikke er særlig holdbart. Samme spørgsmål kan meget vel – uden at man kommer i strid med den traditionelle udformning af retskraftslæren – blive bedømt forskelligt i forskellige sager. Efterhånden ved folk meget vel, at domstolene kan se meget forskelligt på de samme spørgsmål, og sagernes vandring gennem instanserne afslører ubarmhjertigt, at dommere kan vurdere det samme problem meget forskelligt. Med genoptagelsesreglerne i straffesager er der sket en udvikling, som er endt i, at nøjagtig samme sag kan underkastes fornyet prøvelse og dermed få forskelligt udfald ved forskellige dommere, uanset at afgørelsen i den første sag har vundet retskraft og således er blevet den endelige i sagen. Selv om man anerkender en vid adgang til at til sidesætte præjudikater, vil dette dog aldrig føre til kaos i retssystemet. Den altovervejende hovedregel vil dog blive, at domstolene i en ny sag kommer til samme resultat, da de argumenter, som har kunnet overbevise det første sæt dommere, normalt også vil virke overbevisende på et andet

sæt dommere, ja, man har jo nu det yderligere argument til støtte for sin sag, at andre dommere er blevet overbevist af argumentationen. Selv om man derfor ikke vil gå så vidt, at man ligefrem opstiller en formodning for, at den ældre afgørelse må stå ved magt, vil præjudikaterne under alle omstændigheder virke med en faktisk tyngde. Der er derfor ingen grund til at tro, at retsautoriteten vil blive svækket på betænkelig måde, selv om man principielt anerkender en vis adgang til at tilsidesætte præjudikater. I sagen refereret i NRt 1924.1141 udtales en af de voterende, at det ville føre til alt andet end ønskelige tilstande, om det skulle blive en ikke sjælden foreteelse, at man fik højesteretsdomme med forskellig løsning af samme retsspørgsmål. Dette er i sig selv rigtigt. Men kampen føres mod vejrmøller. Praksis viser, at der ikke består nogen fare for, at det skulle blive »en sjælden foreteelse«.

#### B. Procesbesparende hensyn

Det må erkendes, at såvel domstolene som borgerne er interesseret i, at man undgår unødige processer. Hvis domstolene gang på gang i realiteten skulle tage standpunkt til de samme retsspørgsmål, ville dette føre til en betænkelig udvidelse af domstolenes arbejde. Det ville være særligt uheldigt, om Højesteret skulle spilde sin tid på at høre den sammen procedure gentaget i flere på hinanden følgende processer om sådanne spørgsmål. Også for borgeren og for dem, der som advokater skal rådgive om, hvad der er gældende ret, er det af indlysende betydning, om man kan stole på, at tidlige afgørelser ikke bliver fraveget.

Også disse synspunkter kan dog blive overdrevet. Man undgår under ingen omstændigheder, at kværulantisk indstillede borgere forsøger med deres egen proces. Konsekvensen af et præjudikat kan jo aldrig – således som tilfældet er i retskraftslæren – blive afvisning, men kun en realitetetsafgørelse på linie med den tidlige trufne afgørelse. Men naturligvis vil der blive *noget* flere processer om samme problem, når man afsvækker præjudikaternes betydning. Rådgivningen vil blive mindre sikker, når man ikke kan stole på, at præjudikaterne vil blive fulgt. Hertil må imidlertid bemærkes, at juridisk rådgivning må få en vis usikker karakter, når da ikke spørgsmålet ligefrem direkte er afgjort ved positiv lov. Det er sjældent, at to retssager er nøjagtig ens såvel i faktisk som i retlig henseende. Rådgiveren må analysere ældre afgørelser, fortolke dem og sætte dem i relation til den foreliggende sag.

Resultatet bliver da formentlig, at en regel om præjudikaters ubetinget bindende virkning nok vil spare processer, men slet ikke i den udstrækning, man kunne forestille sig.

Et særligt hensyn kommer som anført frem over for *Højesterets* afgørelser. Man kan sige, at der med dette dommerkollegiums deltagelse i alle sager bør

udvises en særlig sparsomhed ved beslaglæggelse af rettens tid. Det vil derfor være særlig uheldigt, om man i videre udstrækning skulle kunne indbringe de samme spørgsmål for retten. Frygten herfor er vel noget overdrevet. Så længe man skal overbevise de samme eller dog delvis de samme mennesker, der engang har taget standpunkt til problemet, vil man vise en særlig tilbageholdenhed, når man står over for at indbringe en ligeartet sag for Højesteret. Så længe der ikke er sket et *generationsskifte*, skal man nok holde sig tilbage. Retten har i øvrigt også i sin magt ved hjælp af bøder for unødig trætte at sætte en bremse i, hvis tendensen til at bringe ligeartede sager ind for Højesteret skulle blive så udpræget, at det kom til at betyde en ulempe for retten.

### C. Appelomkostninger

Dette rent praktiske hensyn bør naturligvis føre til, at underordnede instanser viser megen beherskelse i retning af at respektere tidligere afgørelser ved overordnede instanser, jfr. Ørsted: Haandbog I.120-22, Bentzon: Retskilderne .106. Ellers gør de den part, der vinder ved underinstansen, en bjørnetjeneste. Dette hensyn gør sig imidlertid ikke gældende for den overordnede ret, og selv for de underordnede retter må synspunktet ikke overdrives. Dommeren er ikke en automat, som kritikløst accepterer alle retsudtalelser; han må afgive sin selvstændige begrundelse. Når man har argumenteret ud fra appellomkostningssynspunktet, har man særlig tænkt på situationen, som den foreligger, når en underrettsdommer stædigt fastholder sin opfattelse, uanset at han fuldt ud er klar over, at den er blevet underkendt ved en eller flere klare afgørelser i højere instans, uanset at sagerne er helt parallelle, og uanset at der ikke er fremkommet afgørende nye synspunkter, som kan tænkes at føre til ændring i opfattelsen. Udmalet på denne måde er man ikke i tvivl om, hvorledes underinstansens dommer bør optræde.

Helt anderledes er forholdet, hvis der kan være tvivl om, hvor meget der egentlig kan anses for afgjort ved de tidlige afgørelser, hvis sagerne ikke er helt parallelle, eller hvis der er fremkommet nye synspunkter, som ikke kan antages at have været fremme i de tidlige sager. I disse tilfælde må underinstansens dommer i principippet danne sig sin egen mening om sagens afgørelse. Det kan ikke være meningen, at dommeren skal føle sig som optrædende i en art gættekonkurrence, hvori han prøver at træffe den afgørelse, som overinstansen kan forventes at ville billige. Der er ikke grund til at tro, at dette vil føre underinstanserne til at tiltage sig for store friheder. Det er de færreste underrettsdommere, som føler trang til at samle på væltede afgørelser ved overinstansen, jfr. Schlyter i SvJT 1947.287. Hvis underinstansen viser for stor tilbageholdenhed og blot slavisk følger overinstansens afgørelser, kan det fø-

re til, at overinstansen kommer til at mangle grundlaget for at tage stilling til nye synspunkter og vurderinger.

#### D. Retsulighed

Det må erkendes, at det er uheldigt, hvis der føres forskellig praksis i forskellige retskredse. Alligevel må man affinde sig hermed i kortere perioder. Det kan ikke være rigtigt, at en dommer skal følge en tidligere afgørelse i en sideordnet instans, blot fordi denne afgørelse er kommet først. I dette tilfælde må den sideordnede dommers stilling være endda ret fri, måske endda så fri, at man kan nøjes med at lade den tidligere afgørelse virke alene med vægten af de argumenter, som er fremført til støtte for resultatet, jfr ovenfor under I.

Når man kan anerkende dette, skyldes det den ordning, man har med apelinstanse. Det må netop være en vigtig opgave for de overordnede instanser at udrydde en sådan retsulighed, hvis den opstår.

Man kan sammenfatte de synspunkter, som er anført til støtte for, at præjudikater skal have bindende virkning, således, at de vel indeholder momenter af afgørende betydning, men at de dog ikke kan føre til en *ubetinget* benægtelse af, at præjudikater kan fraviges. De anførte betragtninger må stilles op over for betragtninger, som fører i modsat retning.

### III. Almindelige synspunkter for at frakende præjudikater bindende virkning

Det vægtigste generelle synspunkt til støtte for, at præjudikater ikke kan have ubetinget bindende virkning, ligger i, at man *ikke bør læse samfundsudviklingen fast*. Enhver retsafgørelse er baseret på den faktiske og retlige samfundsordning, som består i det øjeblik, dommen afsiges. Når man skal vurdere dommens praktiske konsekvenser, er det ganske nødvendigt at tage udgangspunktet i de faktiske forhold, som består. Men er retsafgørelsen motiveret ud fra sådanne synspunkter, ville det være urigtigt at fastholde den, når de faktiske forhold har ændret sig. Denne betragtning bliver temmelig afgørende i et retssystem, der som det danske tilstræber at finde frem til praktiske, velmotiverede afgørelser. I samme forbindelse må også nævnes, at de i samfundet herskende synspunkter om, hvad der må tilstræbes, indgår som elementer i den vurdering, som foretages. Sker der afgørende ændringer i samfundsopfattelse, vil det uundgåeligt føre til, at andre synspunkter må anlægges ved domstolenes afgørelser. Det kan næppe bestrides, at den sociale udvikling, som er sket gennem de sidste menneskealdre, også har afspejlet sig i de domme, som er afsagt. Det ville virke som antikveret og derfor betænklig for sel-

ve retsautoriteten, om domstolene fastholdt synspunkter, der vel harmonerede med den sociale vurdering for 100 år siden, men nu måtte betragtes som forladt af alle.

På tilsvarende måde er enhver afgørelse indfældet i det retssystem, som gælder på det tidspunkt, da retsafgørelsen træffes, jfr *Victor Hansen*: Retsplejen ved Højesteret .207. Det er netop en vigtig opgave for domstolene at finde frem til en afgørelse, der harmonisk indpasses i det retssystem, der gælder ved dommens afgørelse, således som det nu er fastlagt af lovgivningen, ved retssædvane eller på anden måde. Det ville derfor være urigtigt, om domstolene fastholdt en afgørelse, blot fordi den for lang tid siden passede ind i retssystemet, når det måtte anerkendes, at dette ikke er tilfældet længere, f eks fordi der i mellemtiden er kommet ny lovgivning på det pågældende eller på et beslægtet område.

Velkendt er den udvikling, som er sket i lovgivningen og i retspraksis under påvirkning af den friere stilling, som indtages vedrørende visse *sædelighedsforbrydelser*, herunder navnlig StrfL §§ 232 og 234, se udviklingen hos *Waaben*: Strafferettens specielle del, 1983 .92 ff, Betænkning nr 435/1966, FT 1966/67 A, 2. samling sp 2470 ff. Tilsvarende udvikling findes naturligvis i andre lande. Men selv om der sker en udvikling, kan man stadig iagttage domstolenes forsigtighed med ikke at gå videre, end de mener kan motiveres med den udvikling, som er sket i samfundet, se f eks NRt 1987.1537, hvor det om en pornografisag udtales, at afgørelserne i NRt 1978.111 og 1984.1016 fremdeles må anses for at give et dækkende udtryk for den norm, som her skal anvendes.

Det er temmelig klart, at frifindelsen i sagen om »Fanny Hill«, U 1965.415 H havde været utænkelig for nogle generationer siden, og lige så utænkeligt ville det være, om man havde forsøgt at få Herman Bang dømt nu, således som man faktisk fik gjort ved U 1882.615 (»Haabløse slægter«).

Velkendt er den udvikling i samfundet, som har ført til en anden vurdering af arbejdsskader, jfr herved navnlig den principielle dom i U 1989.1108 H om asbestskader, som særligt kunne støtte sig på forarbejderne til Erstatningsansvarsloven, FT 1983/84 A sp 57, hvorefter der ved denne lov var tilsigtet en yderligere udligning af forskellen mellem skader, omfattet af Skadeforsikringsloven og skader, falder uden for denne lov, se hertil *Nørgaard og Vagner* .118 f.

Lige så velkendt er den udvikling, som er sket vedr erstatning for *forsørgeratab*, som er endt med – i modsætning til tidligere – at forsorgelse kan komme på tale, hvad enten forsørgelsen sker ved indtægtsgivende arbejde eller ved arbejde i hjemmet, og at der også kan gives erstatning for tab af forsørger blot på grundlag af faktiske samlivsforhold, jfr nu Erstatningsansvarslovens § 31. Herom kan henvises til de erstatningsretlige værker, jfr *A Vinding Kruse*: Er-

statningsretten, 5. udg, 1989 § 26, *Nørgaard og Vagner*.218 ff, *Bo von Eyben: Kompenstation for personskade*, II, 1988 .585 ff.

Det er også samfundsudviklingen, der ligger bag ved ændringerne i retspraksis vedrørende pålæggelse af *objektivt erstatningsansvar*, jfr herom nedenfor i § 16 II.A., hvor retslitteraturens indflydelse herpå nævnes. Men bagved ligger naturligvis tekniske og andre ændringer i samfundsforholdene, således som de også efterhånden gav sig udtryk i lovgivning på spredte områder.

Lige så velkendt er den udvikling, som er sket i retspraksis vedrørende problemet om i større eller mindre grad at ligestille langvarigt faktisk samliv med ægteskab, når det drejer sig om at tilkende den kvindelige part et vist beløb ved samlivet ophør, jfr herom den udførlige gennemgang af *Jørgen Nørgaard* i Højesteret 1661-1986 .97-113. Ændringerne i samfundsforholdene har afspejlet sig i praksis. Særlig skal nævnes, at i U 1984.166 H, der blev afgjort med 5 stemmer mod 4, nævnte mindretallet, at sagen adskilte sig fra de tidl sager, U 1980.480 H og 1982.93 H, og lagde i øvrigt vægt på, at spørgsmålet burde afgøres af lovgivningsmagten og henviste i den forbindelse til Ågteskabsudvalgets betænkning 8, 915/1980. I den senere sag U 1985.55 H jfr U 1983.494, var stemmerne 4-1, mindretallet, en enkelt dommer, der var den eneste dommer, som også i den tidl sag var i mindretallet, henviste påny til lovgivningsmagten. U 1985.607 H var enstemmig, men der var denne gang ingen dommer med fra det tidl mindretal. Men man kan konstatere, at efterhånden et betydeligt antal dommere i H har sluttet sig til den principielle opfattelse.

Et led i samfundsudviklingen er også den økonomiske udvikling. Det er derfor ganske naturligt, at der ved udmåling af erstatningskrav tages hensyn hertil, jfr f eks U 1982.13 H, hvor det udtales, at det efter lønudviklingen over en årrække og lovgivningen om forsøget erstatning for arbejdsskader findes påkrævet at hæve niveauet, jfr også tidl U 1980.475 og senere U 1987.338 H (omtalt af *Blume* i U 1989 B.205, men citeret som U 1987.388).

Det samme gælder udmåling af bødestraf, se herom nedenfor under III.I.

Et klart eksempel på, at Højesteret har ændret retsopfattelse findes ved afgørelsen i U 1982.24 H om modregning, omtalt i § 6.II.B. Som begrundelse herfor henvises til den samfundsmæssige udvikling og hvad der er anført herom i den retsvidenskabelige litteratur.

At der udvises forsigtighed med at fravige præjudikater på grund af samfundsudviklingen fremgår imidlertid klart af mange afgørelser, jfr f eks 1967.507 H om lejemål med arbejdspflichter, samt af U 1947.851 H, U 1962.922 smh med U 1930.646 H om radioudsendelser, jfr fra norsk praksis NRt 1966.1532, 1950.831, 1939.299, 1936.801, 1934.625 – men dog U 1954.57 H smh med U 1908.318 H og 1912.177 H (om indskud som betingelse for at der foreligger lotteri).

U 1977.634 H (flertallet) fastslår ved at stadfæste landsrettens dom i hen til grundene, at Boligfællesskabslovens § 6 om igagtagelse af visse former ved overdragelse af »en andel i en andelsforening«, ikke kan anvendes ved overdragelse af hele ejendommen til et sameje.

Denne afgørelse antages at stå ved magt stadig, jfr *Blok*: Ejerlejligheder, 2. udg, 1982.664, 678, 680. Lovgivningen havde nok forsøgt at dække nogle huller, men som det siges af Blok anf sted, hvor ikke vitale menneskelige eller samfundsmæssige interesser står på spil, skal domstolene ikke træde hjælpende til, det må være lovgivningens sag.

U 1980.688 viser den brydning, som kan bestå mellem respekten for et tidligere præjudikat og motiver til en senere lovændring. Sagen drejede sig om den såkaldte erklæringsregel i lov nr 239 af 8/6 1979 om andelsboligforeninger og andre boligfællesskaber, og spørgsmålet var, om denne regel også gjaldt i de tilfælde, hvor en enkeltperson overdrager hele sin ejendom til flere anpartshavere. Tinglysningsdommeren argumenterer for den bekræftende besvarelse ud fra en »nærlænsning af loveteksten med dens motiver«, men landsretten fastslår blot, at bestemmelsen fortsat skulle fortolkes overensstemmende med U 1977.634 H (en utrykt VLK var ifølge noten til U 1980.688 kommet til samme resultat). Senere har man i 1980 ved en ny lovændring søgt at dække dette hul i lovgivningen, men påny uden synderligt held, jfr *Blok*: Ejerlejligheder, 2. udg, 1982.678-681, idet ændringen stadig ikke fremgår klart af ændret lovetekst eller motiver (Blok taler om »en sådan grad af sjuskeri og/eller udygtighed«).

Fra norsk ret se NRt 1988.276 og 295 (plenumafgørelser) om fortolkningen af Aftl § 36. I stedet for at bygge på læren om bristende forudsætninger anvender Højesteret § 36 til regulering af fæsteafgifter, som havde tabt sin værdi som følge af den almindelige inflation gennem en længere årrække. Hermed anlagde Højesteret nye synspunkter i forhold til den tidl afgørelse i NRt 1958.524, hvor der ikke blev spørgsmål om sådan regulering. Se hertil Lov og Rett 1989 .3-17 (*Helge M Svarvar*) og 18-25 (*Niels Moe*).

Fra svensk ret se NJA 1969.285 smh med NJA 1949.609, hvor der henvises til den ændrede brug af standardvilkår, se *Heumann* i Finna rått .111f.

Det iagttages ofte, at Højesteret ikke klart giver udtryk for, at en retsafgørelse ændrer retstilstanden i forhold til tidl afgørelser. Ændringen bagatelliseres, jfr om Højesterets stilling til anvendelsen af de gamle bestemmelser om vindikation ved tyveri efter DL 6-17-5, U 1972.746 H og 1975.381 H og hertil *Trolle* i U 1972 B.252 ff og U 1975 B.393 ff, hvor der tales om »et lille hul« og »et yderst beskedent hul«. Det er imidlertid forståeligt, at man advarer mod at drage for drastiske slutninger, før domstolene har fundet sig til rette med de nye vurderinger. Højesteret nedtoner afvigelsen, jfr. *Strömholt* .343 f ved omtalen af afgørelsen i NJA 1965.33, ikke som i visse andre lande med »brutal åbenhed«, jfr *Hellner* .76.

Som et særligt almindeligt synspunkt, som fører til, at præjudikater ikke ubetinget kan være bindende, kan henvises til den jævne betragtning, at fejl nu engang er uundgåelige ved alt menneskeværk, og at retsafgørelser er resultatet af menneskelige overvejelser og ikke udslag af en overmenneskelig visdom. Dette kan fremgå af den diskussion, som opstår, efter at en retsafgørelse er truffet. Hvis den ganske almindeligt bliver kritisert som uholdbar, vil det være et urimeligt konsekvensmageri, om man dog fastholdt afgørelsen i andre tilfælde og føjede flere fejl til den allerede begåede fejl, blot for at være konsekvent. Denne betragtning får særlig vægt, hvis afgørelsen anses som værende i strid med almindeligt anerkendte principper, jfr *Arnholm* i TfR

1933.173, og hvis man urigtigt har dømt for overtrædelse af straffelovgivningen. Man bør ikke gøre uret mod én mand, fordi man tidligere har gjort uret mod en anden.

Som afgørelser, der muligvis kan henføres til denne kategori, kan henvises til nogle ældre retsafgørelser, se f eks U 1937.91 H (om regreskrav i panteforhold) smh med U 1904 B.266 H, hvor forskellen ifølge note til dommen beror på forskelle i de faktiske forhold, se hertil *Hurwitz* i U 1937 B.19 (»en isoleret højesteretsafgørelse fra 1904, hvis rigtighed var bestridt af en række forfattere«), U 1939.48 H smh med U 1923.852 HKK (om fortolkning af den tidl bestemmelse i Rpl § 561, stk 2), men derimod U 1934.1108 smh med U 1934.662 H (muligheden for betinget straf i militære straffesager).

Smh fra norsk praksis NRt 1916.695 smh med NRt 1916.545, jfr *Gaarder*: Domstolene og den almindelige rettsutvikling, Oslo .1966.246 f om et vægtigt retsplejeprincip.

Når domstolene ved udformning af præmisser er utilbøjelige til at anerkende, at der med en afgørelse er sket en fravigelse fra tidligere præjudikater, skal man være forsiktig med at foretage optællinger for at konstatere, hvor ofte et præjudikat er blevet fraveget. Når man f eks i norsk diskussion har været inde på, at der kun sker en sådan fravigelse én gang hvert andet eller hvert fjerde år, bør dette ikke tillægges afgørende vægt, se *Bjørn Stordrange* i Lov og Rett 1985.479 over for *Elling Øyehaug Oss*: Retstidende som informasjonssystem, 1984 .25-50.

#### IV. Særlige synspunkter for at fastholde præjudikater

##### A. *Sideløbende retsforhold*

Selv om man ud fra almindelige overvejelser måtte komme til det resultat, at de fleste grunde talte for, at man forlod en ældre afgørelse, vil dette virke meget uheldigt, hvis det forhold, som tidligere er pådømt, *stadic består*. Man kunne da komme til det resultat, at to helt ens forhold *samtidig* måtte underkastes forskellig regulering. Dette vil blive følt som en utilstedeleg retsulighed.

Netop et sådant forhold kom til at foreligge i sagen U 1948.72 H. Spørgsmålet var, om en regel i Kommuneskatteloven, hvorefter gensidige forsikringsforeninger er fritaget for skat, når de er oprettet »i henhold til lov«, også omfattende et forsikringsselskab, der var anerkendt som berettiget til at overtage forsikringer i henhold til arbejdsulykkesforsikringen. Ved afgørelsen i U 1915.393 H besvaredes dette bekræftende. I den senere afgørelse udtaler flertallet: »Efter at det tidligere af retten er antaget, at udtrykket ... (i den tidlige lov) må forstås som omfattende et selskab af den heromhandlede art ... finder syv dommere, at (den tilsvarende bestemmelse i en senere lov) må forstås på samme måde«. Det oplyses af *Drachmann Bentzon* i TfR 1948.342, at

der under voteringen var flertal for at forlade den gamle opfattelse. Men forholdet var særlig grelt, fordi dommen fra 1915 angik et endnu bestående selskab, således at der ville opstå en »uforsvarlig retsulighed«, såfremt man pålagde et ganske tilsvarende selskab skattepligt, jfr hertil *Victor Hansen* i Retsplejen ved Højesteret .205.

I denne situation er forholdet altså det, at der ikke blot er tale om at foretage en sammenligning med retsforhold, hvor man faktisk har indrettet sig på en vis måde, fordi man har affundet sig med en vis resttilstand, men hvor det oven i købet er således, at man er retligt forpligtet til at indrette sig på denne måde. Der gives ingen vej ud.

Spørgsmålet har også været fremme i sagerne om de bülowske villaservitutter, se Miljøretens Grundbog, 1986 § 22.II. Problemet var, hvem påtaleretten tilkom, om servitutterne var personlige, kun til fordel for den oprindelige sælger, rådmænd Bülow, eller om de var reelle, tilkommende ejere af andre grunde i det samme kvarter, altså om der var gensidig påtaleret. Afgørelsen i U 1895.932 H fastslog, at påtaleretten alene var af personlig natur, og at en anden ejer af en ejendom, til hvem Bülow havde overdraget påtaleretten, derfor ikke kunne følges i sin påstand om, at et ekstra beboelseshus på ejendommen skulle nedrives. Denne dom blev imidlertid kritiseret i artikler i U 1896.249 ff (*N H Bache*) og U 1896.361 ff (*Skitsted*) og de senere afgørelser U 1909.423 H og 1909.954 lægger til grund, at der ved salg af sådanne parceller foreligger et løfte om, at sælgeren vil lægge tilsvarende indskrænkninger på de øvrige parceller i et sådant omfang, som køberen har interesse af. Synspunktet var fremført i U 1899.906 H vedrørende de samme servitutter, men godkendtes ikke, bl.a fordi samme sælger i andre dokumenter havde benyttet vidererækende udtryk.

Men så sker der det, at man vender tilbage til de bülowske grunde i en ny sag. I U 1935.1053 H argumenterer de procederende med udtrykkelig henvisning til U 1895.932, hvorved – siger man – det er fastslået, at servitutter at denne art er personelle.

Proceduren i 1935-sagen kunne give indtrykket af, at Højesteret var blevet låset inde mellem en ældre praksis, som refererede sig til servitutter i det samme område, og en nyere praksis, som kun havde givet sig udtryk ved servitutter i andre områder. Udtalelser i voteringsprotokollerne viser imidlertid, at retten ikke mener, at der er en så afgørende forskel mellem gammel og ny praksis, som undertiden antaget. Man antager ganske vist nu lettere gensidig påtaleret, men alligevel fandt man det rigtigt at fastholde det resultat, som blev antaget i 1899. Det kan derfor ikke fastslås, at Højesteret på dette område har villet fravige sin praksis.

Det interessante er imidlertid at få fastslået, at man ikke fulgte den ældre dom om de samme dokumenter, blot fordi den eksisterede, men fordi den havde dannet grundlag for, at man indrettede sig efter den med bygninger, som stadig bestod. Man kan muligvis skegne forskelligt i forskellige grupper af tilfælde og til forskellige tider, jfr førstvoterendes bemærkninger i 1935-sagen, men har domstolene vedrørende *et bestemt kvarter* fastlagt en bestemt linie, binder afgørelsen, fordi borgerne dér indretter sig efter afgørelsen. Så konkret kan altså skadevirkningen bedømmes.

Et problem, der ligger nær op ad dem, der er omtalt i denne gruppe, har foreligget i en række sager, som tog stilling til benytelsen af betegnelsen »bolighus«. Illums Bolighus A/S havde i 3 forskellige sager fået dom for, at andre firmaer måtte ophøre med at bruge betegnelsen »bolighus«, da udtrykket var af et sådant særpræg, at der var erhvervet eneret herpå, jfr SHT 1946.197, U 1948.566 og VLT 1949.58, men ikke desto mindre fastslog ØLD det modsatte i en sag mellem Illums Bolighus A/S og et fjerde firma. I disse tilfælde var

der tale om paralleltstående forhold. Det kunne derfor på forhånd synes ret uheldigt, om man behandlede disse forhold forskelligt. Men her måtte man tage hensyn til fordelene ved at få en hensigtsmæssig praksis i tilfælde, hvor man benyttede kombinationer med »-hus«. Dette hensyn ansås for mere tungtvejende end de skadenvirkninger, som indrådte i forhold til de ældre sager. Disse var ikke særlig store, idet det var oplyst, at der faktisk var indgået aftaler med Illums Bolighus A/S, hvorefter der på visse vilkår var givet tilladelse til fortsat at benytte kombinationen. Dette forhold fremhæves af Højesteret, der stadfæstede landsretten dom, U 1955.78 H.

Det kan virke uheldigt, hvis en domstol fastslår, at et firma har ret til at benytte en vis betegnelse, og denne derefter benyttes i adskillige år, hvis en domstol så senere fastslår, at benyttelsen har været uberettiget, fordi man ved den første dom har forstået lovgivningen urigtigt. En underordnet instans nægtede da også i 1925 at tage afstand fra en ældre dom fra 1914 ud fra en sådan betragtning. Men den sidste sag blev appelleret til Højesteret, som uden at nævne den tidlige afgørelse, fastslog, at der benyttedes en tilføjelse til navnet, som var uberettiget, U 1925.823 H. Hvis det som i denne sag drejer sig om en tilføjelse, som vel har konkurrencemæssig betydning (»Kgl Hof Pianofabrik«), men som dog ikke har betydning til individualiseringen af firmaet, kan man sige, at firmaet kun må være glad for, at det i en årrække har kunnet benytte sig af betegnelsen, skønt det var med urette.

Ved afgørelsen i U 1961.563 H blev der taget stilling til et fortolkningsspørgsmål vedrørende den dagældende Lejelovs § 80, stk 2. Som det fremgår at bemærkninger her, følte H sig ved nogle senere afgørelser i U 1965.863 og 864 bundet af den tidlige afgørelse, uanset at den kan virke temmelig hård over for lejerne. Det ville formentlig også være særlig uheldigt, om forskellige sideløbende lejeforhold skulle bedømmes forskelligt.

Man kunne diskutere, om der ikke i virkeligheden er tale om, at der bygges på en helt anden retskilde, når man tager så meget hensyn til indrettelsen på grundlag af retsafgørelser, nemlig en retssædvane, jfr herom i § 5.

Hvis man i vid udstrækning har indrettet sig på grundlag af en afsagt dom, er betingelsen for sædvanedannelsen vel i hvert fald opfyldt. Det er vel også rigtigt, at der på denne måde kan foreligge en bindende sædvanedannelse, således at det er denne, som danner det afgørende grundlag ved en ny pådømmelse. Synspunktet fremhæves undertiden i norske domme, jfr NRt 1924.18, 1958.1190.

Men indrettelssessynspunktet er langt fra identisk med sædvanesynspunktet. Indrettelsen behøver ikke at bestå i, at man indretter sig på en måde, som man føler sig retligt forpligtet til. Der behøver heller ikke at foreligge en almindelig fremgangsmåde. Den utilbørlige retsulighed kan også fremkomme, blot der er tale om to subjekter, der rammes af forskellige afgørelser. Selv om den foregående afgørelse er ganske ny, kan indrettelsen være af en sådan art, at den bør respekteres.

Synspunktet blev særlig trukket frem af en dissentierende dommer i NRt 1935.692 (*Paulsen*): »Når man har en sikker rettspraksis, måtte der efter min mening en direkte positiv bestemmelse til for at innføre en annen regel enn den som domstolene har fastslått, og som nu må betegnes som gjeldende sedvanerett«. Se herimod *Victor Hansen*: Retsplejen ved Højesteret .203 note 9.

### B. Korrelatforhold

Som en særlig gruppe af tilfælde kan anføres nogle *korrelatforhold*, hvor det karakteristiske er dette, at en retsregel på ét område modsvares af en retsregel på et beslægtet område. Heri ligger ikke, at den ene retsregel med logisk konsekvent skal modsvares af den anden retsregel. Tanken er blot den, at stærke reale grunde taler for sammenhængen mellem reglerne. I de grelleste tilfælde vil man vil tale om en anomali, hvis reglerne ikke bringes i overensstemmelse med hinanden. En ældre afgørelse kan derfor få en sådan betydning, at den ikke bør fraviges. Forholdet må ordnes ved lov.

Spørgsmålet belyses i afgørelser i U 1950.284 H smh med U 1941.563 H. Ved den ældste afgørelse havde man fastslået, at kurstab ved prioritering ikke kan anerkendes som fradragssberettiget udgift i forhold til skattevæsenet. Ved den senere dom blev det meget konsekvent fastslået, at gevinst ved udtrækning af obligationer ikke skal betragtes som skattepligtig indkomst. Den sidste dom blev kommenteret af det vindende selskabs advokat *H H Bruun* i Sagførerbladet 1950.186: »Højesteret har naturligvis følt sig bundet af den gamle dom fra 1941 og har derfor fastslået det i konsekvens af denne dom utvivlsomt rigtige: Rente til indtægt og rente til udgift må dække samme begreb. – Bedst havde det nok været, om dommen i 1941 var gået Finansministeriet imod, og rente til udgift og dermed naturligvis også rente til indtægt var blevet fortolket som sigtende til den effektive rente«. Retten henviser ikke i sin begrundelse til den tidlige afgørelse, men har nøjedes med henvisning til, at der ikke var hjemmel til at anse udtrækningsgevinsterne som skattepligtig indkomst, og den samme begrundelse gives i en senere sag, U 1955.251 H. Alligevel har den procederende advokat nok ret i sin opfattelse. Skattevæsenet kan ikke både puste og have mel i munden.

Problemet blev senere fulgt op ved U 1982.623 H, hvor det direkte udtales, at der ikke i Statsskattelovens § 4, jfr § 5 a er hjemmel til at beskatte de omhandlede kursavancer som indkomst, »jfr bl a Højesterets dom af 21. januar 1955 (Ugeskrift for Retsvæsen 1955 s 251)«.

### C. Tilbagesøgning af erlagte ydelser

Spørgsmålet om ændring i praksis kommer til at foreligge på en særlig måde, hvor retsreglen knytter sig til problemer om *betalingspligt*. Når erlagte pengeydelser søges tilbage, skyldes det ofte retsvildfarelser, og de såkaldte retsvildfarelser skyldes netop ofte, at retspraksis har ændret sig. Man kommer herved ind på *condictio-indebiti*-spørgsmålet fra en særlig synsvinkel. Det er et vigtigt hensyn bag ved formuleringen af reglerne om *condictio indebiti*, at disse regler ikke modvirker trangen til ændring i retspraksis, hvor afgørende grunde taler herfor. Hvis man derfor afskærer adgangen til tilbagesøgning i grupper af tilfælde, hvor en tilbagesøgning dog ikke fører til en fuldstændig retablering af tilstanden, idet tilbagesøgningen kun medfører skæve eller ufuldstændige resultater, da er betænkelighederne ved at ændre praksis ikke så store. Ganske vist kan resultatet ved en ændring i praksis blive, at parallello-

bende forhold bedømmes forskelligt. Men i de »gamle« forhold kan der være opnået goder for betaleren, hvad man ikke uden videre kan se bort fra. – Hvis man på den anden side tillader tilbagesøgning i grupper af tilfælde, hvor man fuldt ud kan »skrue forholdet tilbage«, er betænkelighederne ved en ændring i retspraksis heller ikke store. Man kan altså i det hele ved en hensigtsmæssig formulering af tilbagesøgningsreglerne holde mulighederne åbne for ændringer i retspraksis.

Når man i skatte- og afgiftssager er så forholdsvis utilbøjelig til at gå med til tilbagebetaling, hænger det vel i særlig grad sammen med, at udgifter af denne art ofte *væltes videre*, jfr *Troels G Jørgensen* i TfR 1928.387 og i 18 år af Højesterets historie .67, jfr U 1952.974 H og hertil *Frost* i TfR 1953.460, se også *Anders Vinding Kruse: Restitutioner*, 1950.252. Den tidi afgørelse i U 1927.980 var derfor næppe holdbar.

Hvis nu dette om overvæltningen anerkendes som det tungestvejende hensyn i sager af denne art, således at tilbagesøgning nægtes ud fra denne betragtning, kan man sige, at der ikke i disse tilfælde indtræder væsentlig skadevirkning for betaleren, selv om andre fritages for at betale de samme afgifter m v. Det er *aftagerne*, det er gået ud over. Men skal man til at tage hensyn til dem også, spredes virkningerne i så store kredse, at de efterhånden fortaber sig helt. Det vil i mange tilfælde være praktisk umuligt at finde ud af, hvad aftagerne har måttet betale af denne grund, og det afgørende er, at de ikke har nogen fornemmelse af, at der fremkommer retsulighed. Når »uretfærdigheder« udstykkedes tilstrækkelig meget, føles de ikke længere som uretfærdigheder.

I andre tilbagesøgningstilfælde er forholdet det, at det er umuligt at »skrue forholdet tilbage«, idet betalingsspørgsmålet kun er et enkelt, omend vigtigt moment blandt mange andre. Dette gælder f eks i sager om tilbagebetaling af underholdsbidrag i forbindelse med, at det fastslås, at et barn ikke kan være ægtebarn. Man kan ikke uden videre adskille de økonomiske poster fra den almindelige familieretlige status, jfr *Frost* i TfR 1952.300 i en kommentar til U 1951.213 H.

Når man altså netop i læren om tilbagesøgning er indstillet på, at man *nægter tilbagesøgning*, hvor der på grund af overvæltning ikke er tale om nogen væsentlig skadevirkning hos dem, der allerede har betalt, og når man ligeledes nægter tilbagesøgning, hvor dette vil give haltende eller skæve resultater, mens man omvendt *holder tilbagesøgningsmuligheden åben* i tilfælde, hvor man kan »isolere« skaderne og fuldt ud genoprette dem, er betænkelighederne ved at ændre praksis i hvert fald mindre, end de ellers ville være. Man kan også udtrykke det således, at skadevirkningerne ved en ændret praksis bliver af mere *abstrakt* karakter, man må såge over i de mere almindelige betragtninger over det uheldige i svingende og uberegtelig praksis.

Netop fordi man er tilbageholdende med tilbagesøgningskrav og krav på »efterbetaling« i faderskabssager, er betænkelighederne ved at ændre praksis ikke særlig store.

#### D. Vindikation – eksstinktion

Det er velkendt, at dansk ret vedr løsøreomsætning har taget udgangspunkt i retten til vindikation, jfr DL 6-71-5, 5-8-12, 5-7-4, men at man lidt efter lidt har modifieret dette standpunkt, jfr nærmere *Formuerettigheder § 12, Michael Elmer og Lise Skovby*: Ejendomsretten 1, 1988 kap 4. Allerede med afgørelsen i U 1929.262 H kom en modifikation heri, herefter udvikledes læren om forhandlergrundsnætningen sig, og den senere højesteretspraksis har endog modifieret den kvalificerede regel om tyveri i 6-17-5, jfr herom i § 6.II.D.2° b. Det er karakteristisk, at de senere afgørelser stærkt betoner – jfr kommentarerne hertil – at man ikke totalt bryder med den tidligere retsopfatelse, men kun modifierer ganske svagt.

#### E. Arbejdsretten

Betydningen af præjudikater inden for Arbejdsretten har været stærkt diskuteret, jfr herom bl a *Ole Hasselbalch*: Arbejdsretlige funktioner, 1979 .77-91, samme i U 1983 B.410 ff, *Per Jacobsen* i J 1985.157 ff, *Krarup* i J&Ø 1981.38 f, samme i U 1983 B.303-311, *Tore Sigemann*: Om rättsbildning och prejudikatläran i arbetsdomstolen, *Folke Schmidt*: Arbetsrättsliga föreninger, 1977.

Når man på dette område i særlig grad fastholder praksis, hænger det vist nok sammen med følgende forhold: Afgørelserne har stor praktisk rækkevidde, idet der udvælges egnede prøvesager, hvor afgørelsen ønskes for at få en fremgangsmåde, som kan dække et større livsområde, jfr *Gaarder* .254. Der er derhos det særlige, at sagerne normalt drejer sig om fortolkninger af overenskomster, som i forbindelse med de individuelle aftaler, som indgås, danner et kompakt hele, således at brud på en praksis på ét punkt som ringe i vandet breder sig til andre forhold. Der er altså i særlig grad mulighed for, at ændringer i praksis fører til konkrete skadevirkninger, som vanskeligt lader sig afværge.

Man har henvist til, at dommerne udsættes for ubehageligheder, eventuelt i form af, at genvalg ikke finder sted, hvis de ikke følger praksis på arbejdsrettens område. Hvis dette var den eneste eller den væsentligste begrundelse, var systemet meget betænkeligt. Det vil i realiteten sige, at en dommer forpligter sig til at følge en bestemt opfattelse, og tilsidesættelse af denne forpligtelse kan få pekuniære følger for dommeren. En dommer, der vil have sin samvittighed i behold burde i så fald nægte at påtage sig hvervet. Men da der som anført er gode grunde, der taler for, at praksis bør følges på dette område, foreligger denne kollosion mellem samvittighed og økonomiske interesser ikke.

Over for disse hensyn står på den anden side det forhold, at samfundsudviklingen netop på arbejdsrettens område faktisk har undergået en betydelig

ændring gennem den tid, Den fast Voldgiftsret (Arbeudsretten) har bestået, og der også fremtidig kan blive tale om betydelige ændringer. Hvad der er anført om, at samfundsudviklingen ikke må låses fast, gør sig derfor gældende på dette område med mindst samme styrke som på andre felter.

Resultatet af disse overvejelser bliver herefter, at der principielt må opstilles samme retningslinier for Arbeudsrettens område som for andre retsområder.

For svensk rets vedkommende hævdtes almindeligt en mere restriktiv opfattelse, se *Lennart Geijer og Folke Schmidt*: Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte, 1958.342, 345-48, 350-51 og hertil *Allan Rise* i U 1958 B.184 f. Der er dog næppe grundlag for at antage en noget friere adgang til at ændre praksis på dette område.

Om voldgiftsretsafgørelsens præjudikatvirkning og særligt om amerikanske afgørelser, der er præget af farens for ikke at blive genvalgt se *Allan Rise* i U 1967 B.104 ff.

Også i norsk ret sker kun undtagelsesvis ændringer i Arbeudsrettens praksis, jfr *Gaarder*.254.

#### F. Abstrakte udtalelser

Det er undertiden blevet gjort gældende, at præjudikatvirkningen er meget stærk, når der gives et generelt, fra den foreliggende sags konkrete omstændigheder løsrevet bidrag til en lovs fortolkning, jfr *Victor Hansen*: Retsplejen ved Højesteret .203, og om administrative afgørelser *Eilshou Holm*: Det kontradiktorske Princip i Forvaltningsprocessen, 1968.433.

Denne sætning er ubestridelig rigtig, hvis meningen hermed kun er den negative, at der ikke er knyttet nogen synderlig præjudikatvirkning til en afgørelse, bygget på en opregning af meget *konkrete* omstændigheder, som vaniskeligt kan tænkes at kunne komme til at forelægge igen i en anden sag. Ganske vist kan der forelægge en fast praksis for, at man ikke giver betinget dom i visse grupper af sager, f eks over for spirituspåvirkede bilister eller personer, der gør sig skyldige i vold over for politiet, idet man lægger afgørende vægt på de generalpræventive hensyn. Alligevel kan der til enhver tid dukke en sag op, hvor der foreligger så særlige konkrete omstændigheder, at man fraviger en ellers fast praksis.

I de nævnte tilfælde er forholdet altså blot det, at præjudikatvirkningen er svag, fordi de konkrete omstændigheder kan motiveres forskellige afgørelser. Men dette er kun en faktisk, om end en meget vigtig forskel, over for de tilfælde, hvor dommen udtaler sig i *generelle* vendinger. Man kan også udtrykke forholdet derhen, at det i virkeligheden kun er i den sidstnævnte gruppe af tilfælde, der kan opstå et virkelig præjudikatproblem, jfr *Victor Hansen*: Retsplejen ved Højesteret .206. Om man så i disse tilfælde kan fravige det tidligere præjudikat, beror netop på de momenter, som er opregnede i det foregående eller omtales nedenfor. At man fraviger det ældre præjudikat angående

en abstrakt lovfortolkning, er der adskillige eksempler på, jfr f eks U 1939.48 H smh med U 1923.852 HKK.

U 1986.501 H fastslår ganske som U 1985.203 H, at »garantiforsikring« ikke omfatter garantier for pantebreve. I præmisserne gentager den senere sag nogenlunde med samme ord, hvad der var udtalt i den tidl sag (ved stadfæstelse af landsrettens dom i hen til grundene), og der henvises udtrykkelig til den tidl afgørelse. I den senere sag forelå imidlertid andre anbringender, og der var også særlige processuelle spørgsmål i øvrigt. Havde det ikke været tilfældet, synes den sag at have været overflødig.

Der kan henvises til NRt 1981.939, der ophæver en herredsretsdom, fordi den ikke har forstået udtrykket »må forstå« i Vejtrafikloven § 22 overensstemmende med afgørelsen i NRt 1960.1409 og senere afgørelser: Heri ligger et krav om en kvalificeret grad af uagtsomhed, »vanlig« uagtsomhed er ikke tilstrækkelig.

*Trolle* anfører i U 1962 B.291 afgørelsen U 1962.59 H som et muligt eksempel på, at H har fraveget en abstrakt udtalelse om loves fortolkning. Det fremgår ikke af det foreliggende, hvori denne fravigelse fra ældre præjudikat nærmere består, se om dommen TfR 1962.137-42, *Jørgen Hansen* i U 1962 B.47-49.

#### G. *Ændringer af administrativ praksis*

En særlig skadevirkning opstår i de tilfælde, hvor der i tilslutning til en retsafgørelse er dannet en *omfattende administrativ praksis*.

Dette synspunkt er blevet fremhævet i U 1961.888 H, der i en sag om fortolkning af Lejeloven lægger vægt på, at afgørelsen »er i overensstemmelse med en af Vestre Landsret ved upåanket dom af 4/2 1957 truffet afgørelse (UFR 1957.602), som efter det oplyste har været lagt til grund i huslejenævnernes praksis og ikke har givet anledning til enændret affattelse af den omhandlede bestemmelse ved udarbejdelse af Lejeloven nr 355 af 27/12 1958«. Det anførte kommer som et tillæg til underinstansens begrundelse – som tiltrædes – og som i realiteten er identisk med den, som blev fremført i den ældre afgørelse. Der lægges også vægt på, at lovgiveren har haft anledning til at tage stilling til spørgsmålet i mellemtiden, men dog ikke har ændret loveteksten. Afgørelsen kan altså ikke ses som en ren »præjudikatafgørelse«, men det er dog væsentligt, at man ikke har nøjedes med at anføre den samme begrundelse, som i sin tid blev givet.

Ved en landsretsafgørelse i U 1944.958 blev det fastslået, at den tidl Aktieselskabslovs §§ 35 og 37 om nedstættelse af aktiekapitalen, som medfører udbetaling til aktionærerne, også måtte omfatte lån til aktionærerne. Denne afgørelse blev kritiseret fra forskellig side, jfr *H H Bruun* i U 1948 B.42 ff, *David* smst .105 ff, *C B Christoffersen* i U 1949 B.55 ff, *Klerk* smst .61 ff, men blev taget i forsvar af *Estrid Jacobsen* i U 1948 B.237 ff, mens et mellemstandpunkt blev indtaget af *Jørn Thomsen* i U 1948.286 f. Aktieselskabsregisteret gjorde en vid anvendelse af denne dom (jfr oplysningen i U 1948 B.43). Efter denne kritik af dommen var der anledning til fornyet prøvelse ved domstolene. Dette skete ved afgørelsen i U 1952.30 (hvor landsretten frifinder, og Højesteret, der ikke kan prøve bevisernes vægt, fast-

slår, at forholdet ikke direkte omfattes af loven, og at der ikke er fastslået sådanne omstændigheder, at forholdet ganske kan ligestilles med overtrædelser af lovbestemmelserne).

De konkrete skadenvirkninger i dette tilfælde ligger i, at der i 1944-sagen var idømt bøder, som formodentlig forlængst er betalt. Skader af denne art er imidlertid ikke omfattende, i hvert fald langt mindre end de skader, som opstår ved at følge en allerede fastlagt praksis om domfældelse, ikke fordi man føler sig overbevist om rigtigheden heraf, men fordi man nu engang har denne praksis. I øvrigt kan skader af denne art repareres ved benådning eller genoptagelse. De civilretlige skader er uden større betydning. Man har altså hidtil ikke kunnet gennemføre sådanne aktionærslån. Det åbner dommen mulighed for. Sagen fra 1944 blev i øvrigt genoptaget, hvorefter der blev frifundet, jfr U 1954.116. Administrationen sejrede for så vidt i det lange løb, som en ændringslov til Aktieselskabsloven, lov nr 232 af 7/6 1952 forbød aktionærslån, jfr Betænkning 362/1964.128 ff, jfr nu Aktieselskabslovens § 115.

Spørgsmålet om en fortolkning af Jernbaneforordningens § 20 blev afgjort ved U 1950.801, der fastslog, at indløsningsretten (som nu er ophævet) også omfattede stationsarealer. Uanset dette gennemførte jernbanerne i de følgende år den praksis, at indløsningsretten ikke omfattede stationsarealer. Ved U 1964.426 kom VLR til det modsatte resultat af det, der blev fastslået ved U 1950.801, og denne afgørelse blev stadfæstet ved U 1965.19 H, jfr om dommen *Spleth* i U 1965.154-56, *Jørgen Mathiassen* i J 1965.82-89. Begge afgørelser finder deres grundelse i ordvalget og bestemmelsens forhistorie. Afgørelsen er bemærkelsesværdig, også fordi man endte i et resultat, som var det ugunstigste for borgerne. Administrationens praksis havde været svingende, men var altså endt med det resultat, som domstolene nu anerkendte. Afgørelsen kunne ikke få nogen væsentlig betydning for fremtiden, da reglen omrent samtidig forsvandt fra lovgivningen.

Synspunktet har også været anført i afgørelsen i NRt 1952.566, der drejede sig om grund ejerens stilling over for kommunen. Spørgsmålet var, om kommunen ved gadeanlæg kan benytte refusionskrav til modregning over for grundejerens krav på erstatning. I modsætning til afgørelsen i NRt 1936.269 nægter man kommunen adgang til modregning. Førstvo terende anfører til støtte herfor, at der var tale om at stille grundejeren bedre, ikke ringere. Omrent samtidig blev der truffet afgørelse i en anden sag, hvorved man vendte sig imod en fast administrativ praksis, der var bygget op på en tidligere retsafgørelse, jfr NRt 1952.536, der antog, at staten var ansvarlig for en konsuls opbevaring af nogle effekter, jfr *Gaarder* .252-253, smh tidligere NRt 1925.526, der dog muligvis var konkret grundet.

Når det undertiden anføres, at man særlig let kan bryde administrativ praksis, der er ugunstig for borgerne, må det vel forsvares, med, at det påhviler domstolene som en hovedopgave at værne borgerne mod overgreb fra administrationens side, og at der på den anden side er betænkeligheder ved at angribe en administrativ praksis, som borgerne har indrettet sig i tillid til. Denne grundelse er dog ikke uden videre acceptabel. Særlig er det klart, at afgørelser, som begunstiger enkelte borgere med penge ud af offentlige kasser, er ugunstige for alle andre borgere, der betaler skat.

Dette spørgsmålet tages op i § 4 III.A. i forbindelse med analogiproblemerne, hvor synspunktet underkastes kritik.

Spørgsmålet var fremme i U 1953.82 H, jfr *Frost* i TfR 1953.460 ff. Fra 1915 til 1950 har det været retspraksis i København, at politiet godkendte den, der købte et droskenummer af in dehaveren, uden nærmere begrundelse. I anledning af et særlig grelt tilfælde ændrede man

praksis. Noget tilslagn om at ville lade droskenumrene gå videre forelå ikke, og landsretten og Højesterets flertal henviser til, at der kun forelå en *midlertidig tolerancetilstand*, og i Højesteret fremhæves specielt, at der ikke kan støttes nogen ret på den fra 1915 til 1950 fulgte praksis. Mindretallet – 4 dommere – fandt derimod, at man ikke på grundlag af en ændret fortolkning kunne betage en indehaver af droskenummer retten til overensstemmelse med hidtidig praksis at råde over nummeret.

Hvis derimod de administrative afgørelser er udtryk for, at man har anset sig for *forpligtet til at følge en bestemt praksis*, således at der ikke er tale om en billighedsordning, kan en langvarig praksis derimod føre til, at en retsregel må anses dannet.

Dette var tilfældet i afgørelsen NRt 1952.932 (plenum), hvor en 60-årig praksis, hvorefter suspenderede tjenestemænd fik løn under suspensionen, blev betragtet som afgørende.

I denne forbindelse opstår spørgsmålet, om man kan ændre ved de af *forvaltningen trufne afgørelser* under henvisning til senere præjudikater. Selv om man fremtidig kan træffe afgørelser i overensstemmelse med den trufne afgørelse, er det et spørgsmål, om man kan ændre ved allerede trufne afgørelser. Som hovedregel kan det lade sig gøre. Retsvildfarelses ses under en anden synsvinkel end faktiske vildfarelses. Men der tages reservation for *begunstigende* forvaltningsakter, *Poul Andersen*: Forvaltningsret, 3. udg, 1966.502, jfr herved U 1892.258 H og 1890.637. Hvis forvaltningsakten ikke bliver lige-frem materielt ulovlig, mente han, at man måtte beskytte den begunstigedes interesse.

U 1986.898 H udtales, at nogle afskedigelser bl.a strider »mod den forvaltningsretlige lig-hedsgrundsætning, der har været bragt i anvendelse tidligere, jfr Højesterets dom af 13. juni 1978 (U 1978.626)«. Som omtalt i § 6 II.L.1° drejer det sig om en grundsætning, som der hersker tvivl om, både mht dens principielle anerkendelse og dens anvendelse i det konkrete tilfælde.

#### *H. Ordensforskrifter*

Man kan diskutere, om der bør ændres praksis, hvor man i og for sig føler sig overbevist om, at den ældre afgørelse er urigtig – hvis man ellers fortolker loven ret – men hvor det egentlig kan være nogenlunde ligegyldigt, om man følger den ene eller den anden regel, blot man følger en fast regel, idet reglen må karakteriseres som en ren ordensforskrift, jfr *Arnholt* i TfR 1933.173, *Trolle* i 1953.127, *Bentzon*: Retskilderne .116. Hvis man forudsætter, at der ikke bliver tale om nogle konkrete skadenvirkninger ved ændringer af praksis, kan man sige, at vægtskålene hermed er i balance. I tilfælde af denne art skulle man måske tro, at de generelle skadenvirkninger blev de dominerende. Her foreligger dette spørgsmål rent.

I Sverige er der i øvrigt eksempler på, at man har ændret praksis i tilfælde, hvor det drejede sig om rent formelle spørgsmål, jfr NJA 1896.1 og 1895.600 smh med NJA 1889.521, der endog var en plenumsafgørelse. Her drejede det sig om, hvorvidt man i en proces kunne nøjes med en genpart af rettergangsfuldmagten.

Ved en plenumsafgørelse i norsk Højesteret, NRt 1947.680 ændrede man en fast praksis om fortolkningen af en bestemmelse i Straffeproceslovens § 382, hvorefter det ved forkynELSE af påtalemyndighedens anke skal tilkendegives domfældte, at sagen vil blive foretaget uden særligt varsel. Ved lang praksis var det fastslået, at denne tilkendegivelse måtte være givet samtidig med forkynelsen eller senest inden udløbet af ankefristen. Med 18 stemmer mod 3 forlod retten denne praksis. Afgørende for flertallet var det, at *ingen interesse blev krænket* ved, at man forlod en i og for sig urimelig praksis, jfr *Gaarder* .252. I afgørelsen NRt 1952.574 fremhæver førstvoterende, der går ind for at fravige en tidligere afgørelse, at der ikke var grundlag for at konstatere, at den praksis, som en dom fra 1936 kunne have skabt, havde været *særlig omfattende*. Se hertil *Eckhoff* .161-162.

Konklusionen må vel blive, at der må advares mod en overdreven fastholden af præjudikater på formelle områder. Vel kan der foreligger en falsk varebetegnelse, idet der i virkeligheden foreligger materielle spørgsmål, men der kan selv på formelle områder være tale om, at der opnås væsentlige fordele ved at skifte praksis.

Til denne gruppe af tilfælde kan henføres regler om den administrative behandling af retskonflikter, og dette kan også dække regler af ren processuel karakter. Dette spørgsmål vil blive behandlet i § 4 II.F. om anvendelsen af analogier på dette retsområde, idet retspraksis tyder på en ret fri anvendelse heraf. Men det må understreges, at mange regler i Rpl går ud over det rent ordensmæssige. I U 1977.23 H angik fortolkningen af den tidl regel i Rpl § 533, stk 2 om besiddelsesfratagelse efter opnået udlæg. Spørgsmålet, om dette også gjaldt, når skyldneren gik fallit, havde været omstridt i retslitteraturen, men var besvaret bekræftende i retspraksis, og med en bemærkning herom fastholdt H denne praksis.

### I. Straf

Om straffeproblemet kan der særlig være grund til at fremhæve den betydning, som ændring af samfundsforholdene kan få. Når der således er henvist til den ændrede opfattelse af seksuelle spørgsmål som baggrund for ændringen af retspraksis vedrørende sædelighedsforbrydelser, er dette et eksempel herpå.

Problemet er så, om dette gælder ændringer i såvel formildende som skærpende retning. Ved gennemgangen af analogianvendelse i § 4, jfr navnlig under III, er denne sondring blevet fremhævet som væsentlig. Derimod synes sondringen ikke med sikkerhed at have haft betydning ved anvendelse af lov-motiver, jfr herom i § 2 II.A.2° g. og § 2 II.B. h. og § 2 C.

Spørgsmålet blev i sin tid diskuteret, da der i den politiløse tid fra 19/9 1944 skete en skærpelse i strafudmålingspraksis over for f eks tyveri og røveri. Reelt føltes dette som en skærpelse i praksis uden støtte i ændrede lovregler. Men synspunktet er principielt det samme som den ændrede praksis i værnemagersager, omtalt foran under V.C.2°: Der sker blot det, at domstolene inden for de skønsmæssige rammer, som lovene har afstukket, kommer til ændrede resultater, men simpelthen ved anvendelse af de synspunkter, som ligger fast i lovbestemmelserne. De faktiske forhold, som nu ligger oplyst, bevirket, at domstolene må komme til et andet resultat. På tilsvarende måde har H skærpet strafudmålingen i narkosager, U 1988.682 H.

Det ville imidlertid være i tråd med de grundsætninger, som har givet sig udslag i reglerne om genoptagelse af straffesager, jfr RpL §§ 976 og 977, om der blev lagt afgørende vægt på, at der er tale om ændring i den ene eller den anden retning. Efter praksis er Rpl § 977, stk 1 om gentagelse til fordel for domfældte også anvendt analogt på nye retlige vurderinger, jfr U 1952.256 og U 1954.116. Uanset at U 1944.527 H havde frifundet er redaktør for benyttelse af ulovligt optagne fotografier i et retsmøde, jfr Rpl § 31, anvendte U 1980.378 H denne bestemmelse direkte i et sådant tilfælde, men lod straffen bortfalde efter StrfI § 84, stk 2, jfr stk 1, nr 3 (vildfarelse), men en dissens fandt ikke, at der var oplyst omstændigheder, som kunne begrunde ændring i forhold til den tidl dom. Herefter synes Højesteret ved afgørelse om strafansvar at have anlagt en ny fortolkning ud fra en ny argumentation.

Det synes noget urimeligt at fastholde et standpunkt, blot fordi der tidlige-re er blevet dømt for et vist forhold, når det senere erkendes, at dette er sket med urette. De tidlige dømte kan ganske vist føle sig uretfærdigt behandlet, når de ser, at der senere frifindes for forhold, som de er blevet dømt for. Men de har dog mulighed for genoptagelse – således som det netop skete i et betydeligt antal værnemagersager – og for benådning, hvis straffen ikke er fuldt afsonet.

Spørgsmålet er herefter, om disse synspunkter har givet sig udslag i retspraksis.

U 1989.340: Da der i andengangstilfælde efter fast praksis ikke sker absolut kumulation af frakendelsestiden i tilfælde, hvor to eller flere kørsler foreligger til samtidig pådømmelse, fastsattes frakendelsestiden til 5 år i et tilfælde, hvor der for promillekørsel og spirituskørsel 3 gange i prøvetiden enkeltvis ville være sket frakendelse af førerretten i 3 år.

U 1987.369 har med udtrykkelig henvisning til U 1969.162 H (i modsætning til tidlige U 1967.932) foretaget værdikonfiskation efter StrfI § 75, stk 3 i stedet for konfiskation af anvendte fiskeredskaber. Se hertil *Waaben*: Straffe og andre retsfølger, 1983.106 (»alternativ værdikonfiskation«) og *Blume* i U 1989 B.207.

I U 1987.363 forelå bl a spørgsmålet om anvendelse af StrfI § 269 på udbredelse – altså ikke fremsættelse – af sigtelser. Under proceduren henvistes til teori og praksis, hvorefter dette skulle kunne besvares bekræftende. Landsretten nøjes med at fastslå, at betingelserne for anvendelse af grundsætningen i § 269 ikke var opfyldt og holdt hermed muligheden

åben, jfr ligeledes U 1959.762 H, hvor dette også synes at være sket. Jfr om dommen § 6.II.F.2° og § 4.III.A.,

U 1980.897 H udtales, at der ikke består en hævdvunden ret til i en arbejdskamp at anvende en blokade, der ikke i den arbejdsretlige teori og praksis er anerkendt som et retmæssigt kollektivt kampmiddel. Herefter blev der idømt bøde for overtrædelse af politivedtægt uden nedsættelse efter StrfL §§ 84 og 85.

Om strafniveau for bilkørsel trods frakendt kørekort, jfr Færdselslovens § 117, stk 5, henviser byretten i U 1987.714 til at det »så vidt ses er fast praksis inden for Østre Landsrets område i et tredjegangstilfælde« at idømme hæfte i 20 dage – uanset at enkelte nyere Vestre Landsrets domme havde takseret til hæfte i 30 dage. Denne afgørelse stadfæstedes uden kommentarer, ud over at det anføres, at det drejede sig om et ukompliceret tilfælde. Se om dommen *Blume* i U 1989 B.207. I sagen U 1988.219 udtales landsretten, at det må anses for fast domspraksis, at gentagelsesvirkning for så vidt angår straf for spirituskørsel ophører, når 5 år er forløbet fra endelig dom. U 1980.793 udtales, hvad resultatet om fortagelse af førerret ville være blevet, »hvis den i dag gældende retspraksis havde været gældende ved afsigelse« af den tidl dom.

U 1988.320 H fastholder »i overensstemmelse med hidtidig praksis« ubetinget fængselsstraf for udeblivelse af religiøse grunde fra civilt arbejde i stedet for militærtjeneste og henviser herved til U 1987.834 H (samme begrundelse) og U 1977.860 H (trods afvigelse i landsrettsdom U 1985.987). De to sidste højesteretsdomme havde dog dissens (henholdsvis en enkelt og sidst 2 ud af 5 dommere).

U 1988.290 H ændrer en fast praksis ved de underordnede domstole vedr fortolkningen af Lejelovens § 49, stk 4, således at etårsfristen ikke – som tidligere antaget – hindrer fastsættelse af en leje, der er lavere end den, der blev betalt ét år forud for sagsanlægget, se *Preben Bang Henriksen* i U 1988 B.212, *Niels Grubbe* i Advokaten. Fagligt Nyt 1987 nr. 10.67.

En noget speciel form for henvisning til praksis findes i U 1979.782, idet det siges, at domstolene hidtil ikke havde taget afstand fra tiltalepraksis efter StrfL § 217, som havde til formål at undgå nævningesager ved tiltale efter § 216.

U 1982.337 H udtales om vidnepligt, at der ikke er tilstrækkelig grund til at fravige den ved U 1975.14 H antagne hovedregel, hvorefter de i Rpl hjemlede vidnefritagelsesgrunde ikke kan gøres gældende af en sigtet, efter at sagen er afsluttet med tiltalefrafald eller dom.

I NRt 1982.436 findes en udførlig gennemgang af den praksis, der vedrører fortolknin gen af Straffelovens §§ 90 og 91 om at sætte sig eller andre i besiddelse eller åbenbare, hvad der bør holdes hemmeligt af hensyn til rigets sikkerhed. Ved gennemgang af retspraksis fastslås, at der herefter kræves, at forholdet skal være lidet kendt, og at åbenbaringen må være til skade for rigets sikkerhed. Dette projiceres så over på det konkret foreliggende for hold.

Sondringen mellem ændringer til fordel for eller til skade for de tiltalte kan altså ikke siges at have fundet klart udtryk i retspraksis.

#### *J. Kritik i retslitteraturen*

Som det nærmere skal gennemgås i § 6 har retslitteraturen i hvert fald en vis indflydelse på en kommende retspraksis. Ved sine overvejelser kan den bane vej for ved retsafgørelse at få fastslået, hvad der gælder på et retsområde, hvor stillingen hidtil har været uklar. Den er altså på denne måde fremadrettet.

Men der kan dog også påvises tilfælde, hvor retslitteraturen søger at virke korrigende over for allerede afsagte domme, som underkastes kritik. For så vidt kan man sige, at den er bagudrettet. Men selvfølgelig er formålet med denne kritik at få ændret retstilstanden enten ved, at lovgivningen giber ind, eller også ved, at domstolene tager kritikken til følge, næste gang der bliver lejlighed til at vurdere spørgsmålet.

Det er naturligvis ikke den blotte kendsgerning, at afsagte domme kritiseres, som får betydning, men kvaliteten af de argumenter, som fremsættes. En enkelt kritisk røst virker meget naturligt ikke med samme vægt, som hvis der fremkommer en mere bastant og omfattende kritik.

Et eksempel herpå foreligger i U 1982.4 H om modregning, omtalt i § 6.II.B. Det betegnes i dommen som tvivlsomt, om den vidtgående modregningsadgang, som var fastslået ved U 1955.13 H, burde fastholdes og det tilføjes herved: »som anført i den retsvidenskabelige litteratur«.

En lignende klar afstandtagen fra en tidligere afgørelse findes ganske vist ikke udtalt i U 1937.91 H, hvor note 2 fremhæver, at tilfældet her på flere punkter var forskelligt fra et ved U 1904 B.266 H påkendt forhold. Men *Hurwitz* i U 1937 B.19 understreger, at den af den tabende part påberåbte praksis »bestod af en isoleret højesteretsdom fra 1904, hvis rigtighed var bestridt af en hel række forfattere (*Bentzon, Cohn, Sindballe, Ussing*), og hvis betydning som præjudikat, dens konkrete rigtighed ufortalt, i hvert fald måtte være tvivlsom, allerede ifølge de til den knyttede bemærkninger af *Niels Lassen* i TfR 1904.295 f.«

U 1982.513 om fortolkningen af Tinglysningslovens § 40, stk 4 sidste pkt fastslog, at reglen om, at rentehenstand ikke finder anvendelse på skadesløsbreve, ikke kunne anvendes på ejerpantebreve. Der henvises til ordlyd, motiver og senere anvendelser i retspraksis. Henvisningen til retspraksis er måske nok noget usikker, jfr nærmere *Panterettigheder* .276 og omtalen i § 6.II.C.1°.

Gennemgangen i det foregående skulle vise, at man står frit ved afvejningen af skadevirkninger og fordele, og at det mere er de konkrete end de generelle skadevirkninger, som skal opvejes over for fordelene ved at skifte praksis. De synspunkter, som kan uddrages fra nyere afgørelser, harmonerer med denne opfattelse. Det er ikke usandsynligt, at opfattelsen herhjemme har drejet på samme måde som i Norge og vel endda inden for samme tidsrum. Der er blot den afgørende forskel, at man vanskeligere kan komme til en erkendelse heraf i Danmark, fordi man efter den tidligere tradition nødigt udtalte noget i præmisserne om, at man har truffet sin afgørelse under påvirkning af ældre retsafgørelser. Man er ikke længere så tilbageholdende med at udtale sig om præjudikatspørgsmål. Herved har man sat sig ud over den advarsel, som *Victor Hansen* fremsatte i Retsplejen ved Højesteret 1959.213: Ved at udtale sig for meget herom, kunne man friste det praktiske retsliv til at danne sig en for-

stemt mening om Højesterets opfattelse herom. Tværtimod må man anføre, at det praktiske retsliv også har behov for at få Højesterets mening om disse principielle spørgsmål. Det drejer sig jo ikke om enkelte isolerede spørgsmål, men om problemer, som stadig er genstand for diskussion og retsafgørelser, således at Højesteret efterhånden må have dannet sig en mening om sådanne centrale spørgsmål.

Det har været diskuteret, om man i tvivlstilfælde skal opretholde resultatet i en ældre retsafgørelse, og det er blevet anført, at der er en *formodning* for den tidligere afgørelsес rigtighed, jfr. *Bentzon*: Retskilderne .117, men herimod Paal Berg i Norsk Forsikringsjuridisk Forenings publikasjoner, Oslo 1948.13-14: Det anses for urimeligt, om den, der tilfældigvis kommer som nr 2 med samme spørgsmål for retten, ikke skulle have krav på at få spørgsmålet påkendt lige så primært som nr 1. Selv om man ikke kan opstille en sådan formodningsregel, er der dog det rigtige i synspunktet, at der skal udvises forsigtighed med at fravige tidlige praksis. Herfor taler de almindelige synspunkter, som er anført foran under II.

## V. Sekundære hensyn

### A. *Præjudikaters antal*

Man ser ofte det synspunkt gjort gældende, at der er forskel mellem vægten af et enkelt præjudikat og vægten af en længere retspraksis, jfr *Bentzon*: Retskilderne .110 f, *Trolle* i J 1953.120 f, *Arnholm* i TfR 1933.170, *Eckhoff*.161, *Blume* i U 1989 B.209.

Det praktiske resultat af betragtningen er nok rigtig. Når flere afgørelser virker med større vægt, skyldes dette forskellige grunde. For det første får man et objektivt udtryk for, at argumenterne har været rigtige, når flere domme har bøjet sig herfor. For det andet bliver de konkrete skadevirkninger desto større, jo flere forhold der er blevet påkendt i overensstemmelse med den tidlige retsopfattelse.

U 1980.665 anvendte Boligreguleringslovens § 9 (nu § 8), således at henvisningen til rimeligheden u h t ejendommens beskaffenhed og det lejedes karakter også gælder administrationsudgifter, og begrunder det med, at det findes i overensstemmelse med hidtidig praksis.

Der må efter redaktionsnoten være sigtet til U 1977.598, 1978.229, 579 og 583, der angik ganske tilsvarende spørgsmål, behandlet på samme måde.

U 1981.1046 fastslår, at dansk ret skulle anvendes vedr et ejendomsforbehold over en bil, da den hele tiden havde befundet sig her i landet. I proceduren var der henvist til, at dette stemte med, hvad der var »fast antaget i teori og praksis«, jfr *Allan Philip*: Dansk international Privat- og procesret, 2. udg .372, 3. udg .398 og dommene i U 1961.148 H og 1972.138, medens U 1977.507 H ikke havde taget stilling hertil.

Et meget illustrerende eksempel på, at man bøjer sig for en fast og omfattende praksis, findes i U 1975.97 H, der henholder sig til det i »retspraksis og juridisk teori siden århundredeskiftet anerkendte konkursregulariseringsprincip«, og som eksempel fra norsk retspraksis NRt 1988.880, hvor der henvises til en »festnet rettsopfatning at bestemmelsen har denne rekkevidde«.

Netop når det drejer sig om retsforhold, hvor der er en løbende omfattende praksis, f.eks. om strafudmåling og sagsomkostninger, nøjes domstolene ofte med blot at henvise til »retspraksis« eller »fast retspraksis« uden nærmere at præcisere, hvilke afgørelser, der sigtes til, jfr f.eks. U 1974.794, 1975.137 (landsrettens præmisser), 1975.946 H, 948 H, 949 H, 1976.100 H, 1977.293 H, 1978.973, 1978.209, 1979.232, 1980.793, 1981.28 HKK, 1982.513 H, 1982.890, 1983.514 HKK, 1983.730 H, 1983.637, 1987.957 H, 1987.714 (byrettenes præmisser), 1988.219.

Afgørelsen i NRt 1984.605, hvorefter retsværn for andelsobligationer vedr forretningslokaler sker ved deponering af andelsobligationen, udtaler, at der herfor foreligger »en fast og langvarig praksis«. Motiverne, jfr Ot prp nr 39 1977/78.70 og Innst 0 nr 19 for 1979/10.21 omtaler kun boliger, men dette antages at hænge sammen med, at kun spørgsmål om boliger blev taget op under behandlingen. Nogen grund til forskel mellem boliger og forretningslokaler forelå ikke.

Anerkender man, at der må udvises forsigtighed med at lægge en enkelt afgørelse til grund, afsvækker man præjudikatets værdi i de tilfælde, hvor præjudikatets sejr har været ubetinget, jfr *Arnholt* i TfR 1933.168. Hvis præjudikat virkelig må antages at have virket således, at man i vide kredse har indrettet sig efter afgørelsen, er der ikke særlig grund til at afsvække præjudikatets betydning under henvisning til, at der kun foreligger den ene afgørelse, *Victor Hansen*: Retsplejen ved Højesteret, 1959.209.

For dansk rets vedkommende kommer der det særlige synspunkt frem, at adskillige sager bliver forligt i retten, fordi der henvises til et præjudikat, som retten ikke finder nogen anledning til at fravige.

Hertil kommer i øvrigt, at der ikke altid haves klarhed over, hvor mange afgørelser der foreligger om et eller andet spørgsmål. Ganske vist trykkes de fleste højesteretsdomme. Men blandt landsretternes domme foretages der en kraftig udvælgelse. Det beror da på redaktionens skøn, om man vil medtage afgørelser om spørgsmål, hvorom tidsskriftet allerede forud har bragt en afgørelse. Tidsskrifterne giver altså ikke sikker oplysning herom. Specialister på forskellige områder kan have et indgående kendskab til afgørelser på deres særlige område.

Det klassiske eksempel på, at domstolene har ændret praksis uden at være bekendt hermed, har man i den højesteretsdom, som dannede opslægget til fr af 9/2 1798, nemlig en højesteretsdom fra 1796, der fortolkede bestemmelsen i DL 5-14-56 derhen, at kvitteringer på gældsbreve ikke behøvede at være påført selve dokumentet. Dette var i modstrid med en

afgørelse fra 1766. Det fremgår af votingen, at en dommer direkte fremhævede, at det var ham ubekendt, om der var ældre praksis vedrørende dette fortolkningsspørgsmål, jfr *Thøger Nielsen*: Studier over ældre dansk formueretspraksis .149 note 62. Til gengæld var 1766-dommen velkendt i banker og sparekasser, hvilket fremgår af forakterne til 1798-forordningen. – Det er oplyst, at man under landsrettens behandling af sagen i U 1940.713 havde overset, at landsretsafgørelsen i U 1924.613 varændret af Højesteret, jfr U 1926.239. Under højesteretsproceduren blev afgørelsen i U 1926.239 påberåbt som præjudikat, men noget tyder på, at man ikke har villet følge dette præjudikat.

### B. Præjudikaters alder

Det anføres ofte, at præjudikaters vægt beror på deres alder. Men der anføres et dobbelt synspunkt. Dels siger det, at man bedre kan tilslidesætte meget gamle domme, men dels anføres det også, at man bedre kan tilslidesætte nye domme. Der er altså noget med, at domme har en manddomsalder, hvor de virker med al deres kraft, jfr også *Eckhoff* .160. Men først skal de over en barndomsperiode, hvor modstandskraften ikke er stor, og de ender som alderdomssvækkede individer, hvis livslyst let kan pustes ud.

Der er sikkert noget reeligt rigtigt i disse opfattelser. Men det afgørende er grundelsen for opfattelserne.

1° Der findes eksempler på, at selv meget *gamle* domme er blevet respektet fuldt ud.

En overrettsdom i JU 1869.152, der frifandt hartkornsejerne fra Reersø for at betale landskat af kongetinden, støttede sig på en sjællandsk landstingsdom af 1686, der angik ejeren af Reersøjord. Da den gamle dom var »usvækket og upåanket«, kunne der ikke anstilles undersøgelser om præmisserne. På den anden side har U 1898.443 H tilslidet den fortolkning, som nogle islandske domme fra det 16. århundrede havde fastslået angående pligten til at betale afgang for græsning, selv om retten hertil ikke blev benyttet. Hovedargumentet for at tilslidesætte disse meget gamle domme lå altså i, at man faktisk ikke havde indrettet sig efter dem. Tilsvarende problem var i øvrigt fremme i en anden islandsk sag, HRT 1858.734, hvor overretten diskuterer betydningen af en altingsdom fra 1629.

Afgørelsen i U 1925.916 H (1924.301) angår et tilfælde, hvor der var spørgsmål om, hvorvidt det påhvilede en kommune fortsat at udrede en afgang til en anden kommune til delvis dækning af udgifter til lærer. Dette spørgsmål var allerede påkendt ved en upåanket dom, afsagt af Fejø Birk i 1887, der antog, at pligten fortsat bestod. Højesteretsdommen kom til det modsatte resultat, idet det nu oplyses, at afgangten var pålagt i henhold til DL 2-15-13 (om degnenes pligt til at yde pension til skolerne); herefter var afgangten bortfaldet i henhold til lov af 23/4 1850. I dette tilfælde var der endog tale om et brud på retskraftprincippet, idet det drejede sig om samme mellemværende mellem samme parter. Der var imidlertid ikke nedlagt påstand om afvisning, og det drejede sig alene om en upåanket underrettsdom.

U 1975.639 angik fortolkningen af Skiftelovens § 65. Ud over henvisning til forarbejder og litteratur nævner flertallet, at et resultat kunne være støttet på en noget tvivlsom fortolkning af nogle ældre domme (1883.275 og 1904.174), som dog ikke findes afgørende, hvorimod dissensen henviser til disse domme. I dette tilfælde forelå der imidlertid en senere lovændring med motiver, jfr Betænkning nr 305/1962 om skifte mellem ægtefæller .13 og 25.

Ved afgørelsen HRT 1858.406 blev det fastslået, at de ældre adkomstdokumenter vel ikke hjemlede Viborg kommune ejendomsret til Viborg søs vestlige del, men de godt gjorde dog, at nytten og brugen tilkom kommunen fra ældgammel tid. Kommunen havde herefter ret til fiskeri og rørskær. U 1942.356 H fastslår, at højesteretsdommen i sin tid anerkendte nytten og brugen i *almindelighed* for kommunen. *Derfor* kunne der ikke støttes noget på, at badebroens anbringelse var i strid med en lodsejeren tilkommende ret. (Derpå gik man over til at diskutere naboretssynspunkter).

På samme måde kunne man måske underbygge en opfattelse, gående ud på, at gamle præjudikater snarere har vægt i tingsretten, som er en mere statistisk disciplin end f.eks. familieretten, jfr *Trolle* i U 1953.125. Det er det rigtige i opfattelsen, at domme, der angår *udstrækningen af rådigheden over faste ejendomme*, må tillægges særlig vægt, fordi man ellers kan blive utsat for, at forskellige *permanent løbende forhold* bedømmes på forskellig måde. Netop dette synspunkt voldte særlige vanskeligheder i sagerne om villaservitutterne, jfr ovenfor under IV.A.

I ejendomsretlige forhold vedrørende fast ejendom kan et præjudikat let komme til at præge forholdene andetsteds, jfr NRt 1958.1, hvor det fremhæves, at NRt 1887.369 »har vært kjent for folk i bygden«. NRt 1962.1145 (plenumafgørelse) fraviger derimod den fortolkning, som ved NRt 1877.73 blev lagt til grund vedrørende odelsloven. Det fremhæves, at den gamle dom ikke sås at have givet sig faktiske udslag ved overtagelse af odelsgårde, jfr *Eckhoff*.162. Se derimod NRt 1956.1063 smh med NRt 1902.95, *Gaarder*.253.

Om ældre retsafgørelsers betydning se *Blume* i U 1989 B.209-210.

Når ældre afgørelser i højere grad tilsidesættes, skyldes det navnlig følgende forhold: 1. Der vil sjældnere være tale om konkrete skadenvirkninger, idet de forhold, som er blevet vurderes efter de ældre afgørelser, snarere kan forventes at være ophørt. 2. Samfundsforholdene kan lettere have undergået en udvikling, således at en ændring i praksis er påkrævet. 3. Lovgivningen på beslægtede områder kan lettere være undergået en ændring. 4. Den ældre afgørelse kan bero på en forladt teoretisk opfattelse, *Arnholm* i TfR 1933.170 med eksempel fra norsk ret (NRt 1931.1254 smh m NRt 1844.401 – »pant og ejendomsret kan ikke være på samme hænder«). 5. Dommerskifte kan gøre det sandsynligt, at man kan få forholdet vurderet af jurister, der ser anderledes på spørgsmålene.

Undertiden ses udtalelser, hvorefter domme, der ikke ligger lang tid tilbage, frakendes præjudikatværdi, se *Trolle* i U 1967 B.274-276, der anfører, at en over 20-årig afgørelse, U 1944.485 H, næppe af nogen af de voterende har været følt som et bindende præjudikat. Den ældre afgørelse var imidlertid ikke truffet af Højesteret efter alm regler, men af Højesterets ankeudvalg.

Noget andet er, at der selvfølgelig må bortses fra ældre domme, afsagt af

underordnede instanser, hvis der senere er afsagt en højesteretsdom, der bryder med denne praksis, jfr *Jørgen Nørgaard* i U 1988 B.246, men dette har principielt intet at gøre med selve problemet om dommes alder.

2° Men man har altså også været inde på, at ganske *nye* domme er lettere angribelige. Dette har navnlig været fremme i nogle norske højesteretsdomme.

Om vekselerers frempantsætning af kunders værdipapirer henviser U 1985.719 H udtrykkelig til den blot 1½ år ældre afgørelse i U 1984.123 H.

I almindelighed må sikkert nye præjudikater virke med deres fulde vægt, jfr f eks U 1986.449 H om forsikringsselskabers bevisbyrde for, at der ikke foreligger indbrudstyveri, der udtrykkeligt henviser til de få måneders tidlige-  
re afsagte domme, U 1986.125 og 129 H, se hertil *Blume* i U 1989 B.204. Netop fordi der ikke er forløbet længere tid, siden spørgsmålet blev dyrket ved domstolene, er det ikke særlig sandsynligt, at samfundsforholdene kan have udviklet sig på en sådan måde, at der kan være grund til at fravige præjudikatet, eller at der kan være fremkommet nye synspunktet i øvrigt, som taler for en fravigelse. På den anden side kan det ikke så let som ved ældre retsafgørelser fastslås, at retslivet i det hele har indrettet sig på grundlag af dommen.

Fra norsk retspraksis kan anføres nogle ældre afgørelser i NRt 1916.695, hvor førstvoterende fremhæver, at det drejede sig om at tilsidesætte en ny afgørelse, og at der i øvrigt forelå spørgsmål om et betydningsfuldt princip, jfr også NRt 1908.631 smh med U 1906.177, men på den anden side NRt 1892.828. *Paal Berg* .11-12 kritiserer den ældre opfattelse. *Aage Spang-Hanssen* i U 1966 B.78 anfører, at præjudikatværdien er større, jo yngre præjudikatet er.

### C. Præjudikaters autoritet

1° Det er særlig blevet diskuteret, hvorvidt *underinstanser* ubetinget eller dog som altovervejende hovedregel bør følge overordnede instansers afgørelser. Resultatet må formentlig blive, at underinstanserne vel ikke ubetinget er bundet af de overordnede instansers afgørelser, men at de dog i hvert fald må stå frit, hvis der kan være tvivl om, hvad der er afgjort ved overinstansen, og at der også i øvrigt må være en begrænset adgang til at fravige appelinstantens afgørelser.

U 1984.848 ophævede et udlæg for skattekrav og lagde herved udtrykkeligt højesteretsdommen i U 1981.473 H til grund, idet denne dom gjorde op med principippet om, hvorvidt der skal tages hensyn til indeholdt, ikke afregnet A-skat for ansatte i anpartsselskab, hvilket beror på de ansattes nærmere tilknytning til selskabet.

Et spørgsmål om fortolkning af Tinglysningslovens § 42 a afgjordes først ved en underetsdom, U 1974.782 U, derefter ved U 1976.304 H, og senest ved U 1979.232, der henviste dels til forarbejder, dels til retspraksis. Sagerne er omtalt i § 2.II.A.2° (motiver), og i §

6.II.C.I° (teorien). Når Højesteret først havde fastslået resultatet, var der næppe tvivl om, at landsretten senere måtte følge trop – uanset kritikken mod standpunktet.

U 1977.857 H ændrede en tidl praksis ved boligretter om forhøjelse af leje, hvilket i øvrigt afføede en retssag om et forlig, indgået på grundlag af en dommertilkendegivelse, som havde fulgt den tidl praksis, jfr U 1978.973, se herom *von Eyben*: Dommertilkendegivelser, 1987.150.

U 1983.810 anvendte Lejelovens § 6 på andelslejligheder, idet det i præmisserne klart fastslås, at bestemmelsen »efterspraksis finder anvendelse også ved erhvervse af andelslejligheder«. Efter redaktionsnoten må der være sigtet til U 1963.544 H, 1964.615 H og 1965.552. Navnlig kommentaren til den første dom, *Spleth* i 1963 B.247-250, viser de overvejelser, som ligger til grund for standpunktet, herunder bl a den betragtning, at regler om social beskyttelse af lejere bør anvendes i alle tilfælde, hvor der i disse forhold er trang hertil. Her var altså tale om en efterhånden fast praksis, indledet af en højesteretsdom. Afgørelsen opfattes – ikke helt korrekt – som udtryk for anvendelse af en analogi af *Hans Henrik Edlund* i U 1991 B.115 og kritiseres, fordi afgørelsen burde have henvist til mere nærliggende analogi fra andre bestemmelser.

U 1989.899 fastslog, at provenu ved salg af edb-udstyr, hvori der var udøvet tilbageholdsret, kunne anvendes primært til dækning af efterstillede rentekrav i boet. Sø- og Handelsretten støtter sig herved på afgørelsen i U 1982.81 H om forholdet ved ejendomsforbehold, som parterne var enige om måtte sidestilles med pant. Herefter finder retten, at principperne i højesteretsdommen kan anvendes ved tilbageholdsret.

Ofte klarer underinstanser uden om overordnede domstoles afgørelse ved at påvise forskelle mellem sagsforholdene (»distinguish«, jfr ovenfor under I), jfr f eks U 1955.607 smh med U 1954.442 H, jfr TfR 1955.436 om skade på minkfarme som følge af motorstøj fra fly, se videre afgørelsen i U 1956.742 H med *Trolles* kommentar i U 1967 B.208-209 om landsrettens oprør efter den første afgørelse.

Se om ældre praksis på dette område ovenfor under I.B. Fra nyeste praksis se U 1988.403 om fortolkning af Rpl § 575, hvor landsretten »finder i overensstemmelse med Højesterets kendelse af 21. december 1981, gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1982, pag 122«, at der kræves samtykke til ophævelse af auktion fra panthaver, der havde fået andel i auktionssummen ved 1. auktion og derfor som højstbydende kunne kræves hammerslag.

I tinglysningsafgørelser ses undertiden henvisning til tidl retsafgørelser, jfr f eks U 1981.1043 med henvisning til U 1978.148 HKK, se hertil *Formuerettigheder* .347, 371. Navnlig ses det ofte, at tinglysningsdommeren i sine bemærkninger under kære henviser til tidl retsafgørelser, se f eks U 1976.761, 1977.772, 1977.1048, 1949.491, 1980.1055.

Man lægger mærke til, at den norske Højesterets kæremålsudvalg i talrige tilfælde udtrykkeligt henviser til tidl højesteretsdomme. Det er vel også naturligt, at dette udvalg betragter sig som »Højesterets forlængede arm« og derfor i højere grad end ved afgørelser i Højesteret efter alm regler henviser til sådan praksis.

Om problemerne efter svensk ret se *Heumann* i Finna rätt .110 f.

2° Det er på den anden side temmelig sikkert, at overordnede instanser anser sig ubundet af den praksis, som er fulgt ved underinstanserne, og dette selv om den er blevet nok så fast (noget afvigende *Bentzon*: Retskilderne .108 ff).

Der er i det foregående nævnt adskillige tilfælde, hvor der har foreligget afgørelser ved underinstanserne, som Højesteret på ingen måde har følt sig bundet af. Fra den seneste tid foreligger der afgørelser på to områder, hvor den danske Højesteret har ændret en vist nok temmelig fast praksis ved underinstanserne.

Det ene område omfatter *værnemagersagerne*. Der havde dannet sig en nogenlunde fast praksis ved underinstanserne, men ved U 1949.817 H frifandtes i et tilfælde, hvor der ved landsretten var dømt i overensstemmelse med den almindelige praksis. Dette skyldes vel, at der blev forelagt Højesteret nye oplysninger om regeringens holdning til de danske entreprenører, hvorfor samarbejdet i det foreliggende tilfælde ikke kunne betegnes som »utilbørligt«. Herefter måtte en række sager genoptages. I TFR 1950.423 udtales Frost: »Det må dybt beklages, at en sag af denne art først på så sent et tidspunkt er blevet forelagt Højesteret til prøvelse. Dommen har fået og vil få konsekvenser for en lang række sager af lignende art«. Man kan sige, at der ikke er tale om at forstå nogle lovord på anden måde end tidligere antaget, men de faktiske forhold viste sig at ligge anderledes end først antaget, således at lovens anvendelse på det foreliggende tilfælde måtte give et andet resultat.

Ved en ganske fast og omfattende praksis ved underretter og landsretter havde man for tolket den tidl *Beværterlovs* § 35, stk 3, jfr § 33, stk 2, således, at en beværter kan straffes, når en tjener skænker spiritus for en person, som må antages at være beruset, selv om der ikke i det pågældende tilfælde kan bebrejdes værten noget. Der tales i loven om den, der skænker eller »lader skænke« sådanne drikke for personer, som må antages at være berusede. Højesteret kom til det modsatte resultat, U 1948.849 H. Det kan ses, at landsretterne straks ændrede praksis i overensstemmelse hermed, jfr U 1949.473 og 683. 1 disse tilfælde var det vel også særlig ubetænkligt at fravige selv en fast praksis, da det drejede sig om en gunstigere fortolkning for de tiltalte.

U 1988.858 H tog klart afstand fra en tidl landsrettsdom, U 1985.423, som ved fastsættelse af erstatningen for en arbejdssulykke havde taget hensyn til, at en løbende ydelse efter arbejdsskadeforsikringsloven var beskattet: »Hverken bestemmelsens ordlyd eller almindelige princippet for fastsættelse af erstatning findes at give grundlag for ved nedstættelse af erstatningen at tage hensyn til, om og i hvilket omfang ydelserne er beskattet.« Hermed ændredes landsrettsdommen, som havde fremhævet overensstemmelsen med den tidl afgørelse.

Se om dommene *Blume* i U 1989 B.205.

U 1986.9 H om anvendelse af samfundstjeneste som vilkår for en betinget straf kom ind på betydningen af en eksisterende omfattende praksis, som en af dommerne ville tillægge afgørende betydning, idet den foreliggende sag efter hans opfattelse svarede til tidl afgørelser af lignende karakter, men flertallet tiltrådte altså ikke denne begrundelse.

I sagen U 1990.611 H om fortolkningen af Funktionærlovens § 5 havde Sø- og Handelsretten dels henvis til den naturlige sprogbrug, dels den ubestridte praksis, men dette sidste udgik i Højesterets begrundelse for resultatet.

U 1990.248 H viser, at Højesteret vedr spørgsmålet om panterettens udstrækning ved ejerpante breve til også at omfattede den i pantebrevet foreskrevne rente ikke ville fravige den hidtidige praksis, selv om der var betænkeligheder herved, som også fremhævet i teorien, det måtte være et lovgivningsproblem. Flertallet reddede imidlertid sagen ved at henvise til, at der i det foreliggende tilfælde – hvor det drejede sig om tredjemandspant – ikke forelå den fornødne klarhed i panteaftalen.

På den anden side kan der foreligge tilfælde, hvor en underinstans' afgørelse har givet anledning til en omfattende administrativ praksis, således at der foreligger andet og mere end selve afgørelsen, se U 1961.888 H. I denne sag kom der også et andet moment til ved fortolkningen, idet lovgivningen i mellemtíden havde haft anledning til at gøre ind, hvis man havde ønsket ændring i retstilstanden.

U 1988.352 H udtales, at staten efter langvarig praksis var berettiget til at betinge stadeplads på Dyrehavsbakken af afgiftsbetaling til et hospital »jfr Østre Landsrets dom af 29. september 1958 (U 1958.1275)«. Den 30 år ældre landsrettsdom havde fastslået, at polititil-ladelse var nødvendig. I den nye sag blev fremført en række betragtninger, som koncentrede sig om afgiftsspørgsmålet. Baggrunden herfor var altså den samme som i den ældre sag, men landsrettsdommen ansøres kun som et sidemoment.

Undertiden er henvisningen til tidl praksis udtrykt i så generelle vendinger, at henvisning til praksis blot indgår som et moment ved siden af andre, jfr f eks U 1988.919 H, der fortolkede en aftale om ferietillæg på 1½ % – i stedet for Ferielovens 1% – således, at den pågældende, der ved sin fratræden havde 2 af sine 5 ugers ferie tilbage, skulle acceptere et fradrag også for det yderligere tillæg på ½ %. Dette fandt Højesteret »bedst stemmende med Ferielovens regler og den praksis, der er udviklet i tilslutning hertil«. På tilsvarende måde henviser U 1989.654 om beregning af stempelafgift efter Stempellovens § 57, stk 4 til ØLD 18.1.1984 (utrykt) og Skattedepartementets cirkulærskrivelse af 30.10.1984, der accepterede dette resultat.

Et særligt problem foreligger, når fogedretter eller tinglysningskontorer har fulgt en vis praksis, som ikke har været prøvet ved højere instans. U 1990.207 tager klar afstand fra en tinglysningspraksis, som førte til komplikationer ved ekspeditionen af dokumenter og for parterne, og på samme måde tog U 1990.796 afstand fra tinglysningspraksis, som anerkendte lysning af pant i goodwill uden nærmere konkretisering heraf; kun en dissens ville holde sig til den faste praksis. På denne måde tog U 1988.254 afstand fra fogedpraksis, hvorefter udlægsforretning udsættes, når dommen er anket, medmindre der foreligger særlige omstændigheder, som gør Rpl § 502, stk 2 anvendelig.

Ved forhandlinger på det 30. nordiske juristmøde, 1984, del II. 50 ff tager Selmer afstand fra at tillægge andre afgørelser end Højesterets særlig retskildeværdi, idet dette kun bør ske efter nærmere dokumentation for, at retslivet har indrettet sig herefter. Der henvises bl a herved til vanskelighed med udvælgelse til trykte domssamlinger og forligsmæssige ordninger, efter at afgørelserne er truffet. Der er i hvert fald det rigtige i disse betragtninger, at der bør udvises den største forsigtighed med at bygge på utrykte afgørelser, som kun bliver kendt inden for snævre kredse. Men også trykte afgørelser af denne art føler Højesteret sig frit stillet overfor, og det selv om der har været en omfat-

tende og fast praksis ved underinstanserne, og at en ændring fører til omfattende revisioner og genoptagelser af tidligere afgjorte retstilfælde.

Lignende synspunkter er også i øvrigt fremført fra norsk side, jfr *Fleischer* i Jussens venner, 1965.152-153, *samme* i Lov og Rett 1964.459-460, Grunnlovens grenser .186-191, *Brækhus* i Arkiv for Sjørett 1955.488, se derimod mere positivt *Carsten Smith*: Studier i garantiretten, 1963.10-14 og *Eckhoff* .155. Der kan være særlig grund til at fremhæve underordnede instansers praksis på områder, der forholdsvis sjældent kommer til højere instanser, f.eks Færdsels-, skifte- og fogedsager, idet der på sådanne områder kan udvikle sig en praksis, som tilfiles efterhånden overensstemmende med det praktiske livs tarv.

Uden for præjudikatlæren findes sager, hvor Højesteret har henvist til de oplysninger, som har foreligget i en tidl landsretssag, jfr U 1984.123 H, der henviser til oplysninger om sædvane i børskredse, »jfr Østre Landsrets dom af . . . (U 1983.467)«, jfr om dommen i § 5.IV.

3° Der findes talrige eksempler på, at *sideordnede retter* i hvert fald i en periode ikke følger samme praksis, og man har endog set, at forskellige landsrettsafdelinger ikke har fulgt samme praksis. Dette søges imidlertid afværget ved gensidig orientering, og såfremt der ikke opnås afklaring på denne måde, må der ses hen til en højesteretsafgørelse.

Særlig når der er fremkommet noget nyt i retslivet, kan der i en periode konstateres en sådan vaklen, jfr således under retsopgøret efter 1945, og ligeledes da gældssaneringsordningen blev gennemført, og da ejerlejlighedsinstituttet blev indført. Også på tinglysningsområdet har der været lignende problemer, som dog synes at være blevet afklaret forholdsvis hurtigt. Om problemerne ved ejerlejligheder se *Blok*: Ejelerligheder, 2. udg .78 f om fortolkningen af Ejelerlighedslovens § 10, stk 3, som fortolkedes forskelligt af landsretterne. I 1982 blev bestemmelsen ændret, således at problemet hermed faldt bort.

I sagen U 1979.804 henviser Østre Landsret udtrykkeligt til, at Vestre Landsret havde fastslået, at politivedtægten ikke omfattede private opgange, jfr U 1979.201 note 2, hvor denne afgørelse omtales. Som følge heraf admitteredes anke trods overskridelse af ankefrist. U 1979.439 havde vel dømt i et sådant tilfælde, men ladet straffen bortfalde efter Strf § 84, stk 2, jfr stk 1, nr 3, da der ikke på gerningstidspunktet var taget standpunkt til spørgsmålet ved endelig dom.

U 1990.574 Østre Landsrets kendelse nægter at anerkende en kreditforenings adgang til at opkræve gebyr ved overgivelse af terminsydelse til inkasso med samme begrundelse som U 1989.1035 (Vestre Landsrets kendelse), men med en vis tilføjelse.

4° Det har været diskuteret, om *mindretal* senere er pligtig til at følge flertallets opfattelse i senere retssager, jfr således *Troels G Jørgensen*: 18 år af Højesterets historie, 1947.160. Denne opfattelse kan ikke tiltrædes, og er da sikkert heller ikke den almindelige. Fulgte man den, ville man modvirke den udvikling, som kan ske ved, at en ny retsopfattelse først accepteres af et mindretal, men efterhånden udbreder sig til at blive almindeligt antaget, jfr *Taxell*: Rätt och demokrati, Åbo, 1976.185, *Andenæs*: Innföring .84. Retssager fra provisorietsiden viser, at overstemte dommere undertiden bøjede sig for flertallet,

men også at de har fastholdt deres standpunkt, jfr *Claus Ulrich* og *Sven Skovbo Larsen* i J 1973.265-277. Dette skete også i 1700-tallet, jfr *Torben Jensen* i U 1990 B.441.

På den anden side kan et mindretal efterhånden skrumpe ind, jfr U 1984.166 H smh med U 1985.55 H og 1985.607 H omtalt foran under III. Men i denne relation var mindretallet repræsentant for en mere konservativ indstilling, idet det komplicerede spørgsmål om retsstillingen for den kvindelige part efter ophør af et langvarigt faktisk samlivsforhold efter mindretallets opfattelse burde overlades til lovgivningsmagten, hvorimod flertallet fandt frem til en løsning ud fra alm retsgrundsætninger.

I den norske Højesteret har man vel set eksempler på, at mindretallet har bøjet sig, men først når det anså det for formålsløst at give udtryk for dets afvigende mening. I nogle ældre retssager om inddragning uden indstævning af ejeren af det inddragelede gik det således: Afgørelsen i NRt 1916.545 indlod inddragningen – stemmerne stod 4 mod 3 – to måneder senere fravæg man dette standpunkt med 4 stemmer mod 3, NRt 1916.695, men to dage efter bøjede det sidste mindretal sig for flertallet, NRt 1916.702, og ved afgørelsen i NRt 1923.487 betragtedes spørgsmålet som bindende afgjort, jfr *Gaarder*.246-247. – I 1921 procederedes to ganske ensartede sager: De drejede sig begge om, hvorvidt ejeren var ansvarlig for, at en hund stikker af fra hjemmet, i det ene tilfælde 3 dage i træk, i det andet tilfælde 3 dage med enkelte dages mellemrum. Sagerne var i den grad ensartede, at ejeren i begge tilfælde var advokat. Ejeren blev dømt i sagen. NRt 1921.287 med 4 stemmer mod 3; også i den følgende sag, NRt 1921.292 dømtes der, men 5 af dommerne udtalte sig for, at man, hvis den første dom ikke havde foreligget, ville have været tilbøjelig til at frifinde. I afgørelsen NRt 1925.544 udtalte en dommer, som i en tidligere sag havde været i mindretal, at han ikke ønskede optaget nogen dissens. På tilsvarende måde har en dommer i sagen NRt 1931.605 om forståelsen af dokumentfalskbegrebet bøjet sig for en afgørelse i en ganske tilsvarende sag, NRt 1931.603, afsagt samme dag, i hvilken den samme dommer afgav dissens. Men i sagen NRt 1988.1186 fastholdt en dissentierende dommer sin særlige opfattelse i en færdelssag, jfr tidl NRt 1987.368 og 1524.

De særlige regler om plenumsbehandling i Norge medfører ikke, at plenumsafgørelser er bindende, men der gives udtryk for den opfattelse, at såvel de enkelte afdelinger som plenum må følge en tidligere plenumsafgørelse, medmindre det er helt åbenbart, at den er urigtig, eller den ikke længere stemmer med en ny tids retssyn, *Paal Berg*.23, jfr *Arne Vislie* i Tfr 1957.284, *Andenæs*: Innføring .111-112. Det synes plenum at stille sig ret frit over for tidligere afdelingsafgørelser, jfr f eks NRt 1962.1145, se Festskrift for Carl Jacob Arnholm .39-40, hvor det ganske vist drejede sig om at tilslidesætte en 90-årig afgørelse, men denne var blevet fulgt i retsopfattelsen og lagt til grund ved senere lovgivning, se også NRt 1983.477. Se hertil *Blume* i U 1989 B.205-206.

Plenumsafgørelsen i NRt 1987.80 fastslog, at fredningsvedtagelse efter Naturværnsloven ikke er ekspropriation, men en regulering, som ikke medfører krav på erstatning. Herved udtales klart, at der tages afstand fra en modsat udtalelse i NRt 1978.442, som betegnes som uholdbar og i det væsentlige senere er fraveget i praksis, jfr NREt 1980.94 og 1982.850.

En plenumsafgørelse i NRt 1983.477 om fritagelse for værnepligt gik ud på, at retten ville følge den retningslinie, som var anlagt ved tidligere afgørelser, jfr først NRt 1969.1285, hvoraf fremgik, at den pågældende skulle have den alvorlige overbevisning, at han ikke kunne gøre militærtjeneste af nogen art, altså ikke blot fordi han er modstanden af en anvendt atomkraft. Se om udviklingen i praksis på dette område ovenfor under I.B.

En plenumsafgørelse i NRt 1990.284 om tomtefeste blev afgjort med 9 stemmer mod 8.

I Sverige synes man at indtage en fri stilling over for plenumsafgørelser, jfr NJA 1896.1, hvor en afdeling tilsidesatte en plenumsafgørelse. At resultatet vil blive, at man plejer at følge plenumsafgørelsen, er en selvfolge, jfr NJA 1923.602. En ændring heri synes at være sket ved nye bestemmelser i RB.

Spørgsmålet hænger sammen med et andet problem. Man har diskuteret, om man ved afstemninger skal følge det princip, at der anordnes subsidiær afstemning, når flere end to meninger gør sig gældende under en voting, eller om man da skal stemme efter resultaterne. I praksis følger man som hovedregel det princip, der lægger vægt på resultaterne, men af hensyn til præjudikatværdien kan det undertiden være nødvendigt, at der tages stilling til enkelte principielle spørgsmål, jfr U 1940.36 H (*Rump* i TfR 1940.452) og U 1948.119 H, 1956.215 H, 1960.576 H, 1966.847 (*Trolle* i U 1967 B.67).

Som et skoleeksempel på mindretallets fortsatte kamp for en opfattelse og den gradvise ændring, som – tildels ved nye dommerudnævnelser – skete i kollegiets opfattelse, kan man henvise til den amerikanske Højesterets stilling til prøvelse af forfatningsstridige love, jfr *Ernst Andersen*: Forfatning og sædvane .28-41, *Ross* i TfR 1947.453.

5° Det gøres ofte gældende, at en afgørelse med dissens, særlig en afgørelse med stærk dissens, ikke har den samme betydning som andre præjudikater, jfr *Arnholm* i TfR 1933.169, *Eckhoff* .160, *Fleischer* .13, *Blume* i U 1989 B.209 f. Synspunktet er undertiden fremhævet af voterende i den norske Højesteret, jfr f eks NRt 1908.631 (*Vogt*, hvis opfattelse tiltrædes af *Thinn* i NRt 1916.695), jfr også udtalelser i plenumsafgørelsen NRt 1939.875 og førstvoterrendes udtalelse i NRt 1959.1194 og NRt 1955.136 (149). Det nævnes ikke sjældent i teoretiske fremstillinger, idet man herved afsvækker betydningen af præjudikatet.

Bag ved denne opfattelse ligger det utvivlsomt rigtige, at det i første række er på denne måde, at man får et objektivt indtryk af, at den *vindende parts argumentation* har været relativt svag, jfr *Victor Hansen*: Retsplejen ved Højesteret .210. Når man ikke kan se selve diskussionen af retsspørgsmålene i dommens præmisser, må man tage til takke med sådanne objektivt fremtrædende udtryk for, at vægten af domsmotiveringens er svagere. Den, der studerer dommen, kan ikke selv danne sig et indtryk af argumentationens styrke, men får i stedet herfor et udtryk for, hvorledes argumentationen har virket på den dømmende rets dommere. – Hertil kommer den kølige beregning af, at udfaldet lettere kan blive et andet, når et mindretal ikke har villet slutte sig til dommen. Nye dommere kan komme til, og man kan lettere få en enkelt dommer til at skifte opfattelse end få samtlige dommere hertil. – Endelig kan det tænkes, at den åbenbarede tvivl i rettens dom har ført til, at retslivet ikke uden videre har bøjet sig for afgørelsen.

I en kommentar til U 1966.847 H anstiller *Trolle* betragtninger om præjudikatværdien af afgørelser, hvor dommerstemmerne har stået omrent lige, U 1967 B.67, idet forholdet til den ældre afgørelse i U 1961.43 H belyses. Der advares mod at tillægge afgørelser under stærk dissens alt for meget vægt, jfr også *Trolle* i J 1953 .131-138, *Jørgen Mathiassen* i U 1976 B.65-70.

Alt dette fører til, at afgørelser med dissens har mindre vægt end andre afgørelser. Men *hvis* man i retslivet trods dissensen faktisk har indrettet sig på grundlag af dommen (og dette er naturligvis i særlig grad tænkeligt, hvor dissenser ikke offentliggøres), så må de almindeligt anførte betragtninger om betydningen af retslivets indrettelse på grundlag af dommen få deres fulde vægt.

## VI. Afslutning

Man har undertiden kritiseret de danske domstole, fordi de ikke viser smidighed nok til at tilpasse sig nye tider og nye opfattelser. Selv i den tale, som på Universitetet blev holdt i anledning af Højesterets 250-årige beståen, fandt *Torp* anledning til at iblænde en kritik heraf (U 1911 B.55): »Vel er det af største betydning for retssikkerheden, at Højesteret ikke uden meget vægtige grunde fraviger tidligere afgørelser. Selv en noget overdreven forsigtighed er her vel at foretrække for en for stor hurtighed i vendingen, navnlig i tilfælde, hvor den betragtning vejer stærkt, at folk har indrettet sig i tillid til en tidligere afgørelse. Det er vel også vanskeligt for den, der ikke selv har ansvaret, her at dømme uhildet. Men jeg står dog næppe ene med den mening, at Højesteret uden fare her kunne strække sig noget videre.«

Om *Torp* havde ret i sin ganske vist mildt formede kritik dengang, må stå hen. Men den udvikling, som har kunnet følges i tiden derefter, giver i hvert fald ikke grundlag for lignende udtalelser. Domstolene med Højesteret i spidsen har fundet en rimelig balance mellem hensynet til respekten for trufne afgørelser på den ene side og den praktiske trang til at ændre retstilstanden på den anden side. Dette lader sig nu studere ret nøje som følge af den friere form for præmisser, som har udviklet sig.

Alligevel har undersøgelsen efterladt det indtryk, at domstolene – i langt flere tilfælde end de fremdragne viser – har tillagt fortilfælde betydning. Der er derfor al anledning til at anbefale en videre udvikling i retning af udtrykkeligt i præmisser at henvise til fortilfælde. Fremfor at der drages mere eller mindre korrekte slutninger fra citater i noter til domme eller i dommes gengivelse af proceduren.

## § 4

# Analogi, udvidende fortolkning og modsætningsslutning

### I. Begreber

Ved analogislutning forstås traditionelt anvendelse af en retsregel på tilfælde, der ikke omfattes af lovens ord, men af de samme grunde, som ligger bag ved lovbestemmelsen. Anvendelsen af denne retskilde forudsætter altså, at der er et hul i lovgivningen, og at der er lighed i årsagerne. Fuldstændig lovanalogi forudsætter, at der er stor lighed i årsagerne, partiel analogi til gengæld, at der kun er svagere lighed i årsagerne.

Modsætningsslutning forudsætter, at lovbestemmelsen må antages at have gjort helt op med de tilfælde, som kan komme i betragtning, således at der må gælde en anden – evt en direkte modsat – regel på tilfælde, som ikke omfattes af lovens ord, uanset at der er en vis lighed i årsagerne.

I retsafgørelser benyttes undertiden andre udtryk i stedet for at tale om analogisk anvendelse. Det siges ofte i stedet, at forholdet må *sidestilles* – eller lige-stilles – med det, der er omtalt i loven, evt tilføjes, at forholdene *ganske* må sidestilles. Hermed kan der gives udtryk for, at der foreligger en fuldstændig lovanalogi, jfr Strfl § 1. Selv om der ikke uden for straffesager kan stilles krav om en så stor lighed i årsagerne, kan udtalelsen være motiveret med, at der ved retsanvendelsen ikke har været nogensomhelst tvivl om det berettigede i at drage analogislutning. Men om der anvendes udtrykket analogi eller blot sidestilling er formentlig blot udtryk for en sproglig nuance, der kan skyldes ønsket om at bruge et mindre juridisk præget dansk ord i stedet for det noget kunstigt klingende: analogi. Eksempler herpå findes i U 1987.766 H, 1986.280 H, 1984.1105 H, 1983.620, 1982.331 H, 1980.121 H, 1980.22 HKK, 1980.13 H, 1979.287, 1978.941 H, 1978.743, 1976.330 H.

Der findes lovregler, der i selve bestemmelsen inddrager forhold, der kan »sidestilles« med, hvad loven iøvrigt omhandler, jfr Konkurslovens § 42, stk 4. Når en domstol på grundlag heraf henfører et forhold under bestemmelsen, er der altså ikke tale om en analogi, men en direkte anvendelse af loven, jfr herom U 1982.538 H, der omtales i § 2.II.C.

Undertiden anvendes den vending, at forholdet omfattes af *grundssætningen* – eller princippet – i en lovbestemmelse. Hermed udtrykkes formentlig noget andet end, hvad der ligger i udtrykket analogi. Ved hjælp af analogislutninger hægtes nogle yderligere tilfælde på en lovbestemmelse, typisk således at der er tale om mere specielle eller ikke så ofte forekommende tilfælde. Grundsætningen eller princippet i en lovbestemmelse taler man derimod snarere om, hvis lovbestemmelsen antages at give udtryk for en særlig anvendelse af retsregler, hjemlet ved andre retskilder end loven – retspraksis, sædvane, forholds natur. Lovbestemmelsen har altså på dette specielle område nærmest kun kodificeret, hvad der generelt måtte antages at gælde.

Set under denne synsvinkel kan det altså tænkes, at et betydeligt antal tilfælde kan blive ramt af samme regel, som udtrykket i lovbestemmelsen, ikke blot nogle relativt få tilfælde, som knyttes op til denne.

Eksempler herpå findes i U 1985.403 (principperne i Strafl § 51, stk 2 om fortjenestens betydning ved bødefastsættelse), 1984.219 (princippet i Arvelovens § 49 om bortfaldt ved separation anvendt på retten til andel i livsforsikringssum), 1983.20 H (grundssætningen i Kmsl § 68 om krav på kommission for handelsrejsende anvendt på en salgsingeniør), 1980.644 (grundssætningen i Rpl § 560, stk 2 om tvangsauktion, der stilles i bero, anvendt på en situation efter anmeldt betalingsstandsning), 1983.388 H (grundssætningen i Rpl §§ 511 og 512 om begrænsninger for, hvad der kan foretages udlæg i, anvendt på modregning), 1987.363 (grundssætningen i Strfl § 269, stk 1), 1987.407 (principperne i Forsikringsaftalelovens § 116 og Rpl § 531, stk 1). I 1980.242 og 1986.211 kombinerer ved både at henviser til »grundssætning i eller analogi af en lovbestemmelse«.

Om almindelige retsgrundssætninger se nedenfor i § 10 I.

Der hersker nogen usikkerhed om, hvor grænsen mellem analogislutninger og *fortolkninger* går. Det understreges ofte, at der ikke er nogen principiel forskel mellem en simpel udvidende fortolkning og en analogislutning, jfr Ross .176. Dette fremgår også af definitionerne i Juridisk Ordbog, hvor man ved udvidende fortolkning forstår anvendelse af en lovregel på tilfælde, der ikke dækkes af den naturlige sproglige forståelse af lovens ord, men dog sprogligt *kan* rummes af disse, såfremt de samme grunde taler for at anvende lovens regel også på det videre område, Juridisk Ordbog, 8. udg, 1991. Analogi defineres i Juridisk Ordbog som anvendelse af en retsregel på tilfælde, der ikke omfattes af ordene, selv om der anlægges en meget vid sproglig forståelse af dem, såfremt de samme grunde taler for at følge lovens regel i begge tilfælde (der er årsagernes lighed). De anførte definitioner giver næppe holdepunkt for nogen afgørende sondring. Det fremhæves af Ross anf sted, at man med udvidende fortolkning hentyder til de mere beskedne udvidelser, især hvor der foreligger specielle holdepunkter for, at et ord er anvendt med videre sigte end dets normale sproglige betydning dækker, mens analogislutning bruges som betegnelse for de videregående udvidelser, der i øvrigt kan blive tale om. Det understreges, at grænsen er flydende, jfr .132 ff, 157 f.

For at få et vist indtryk af, om man virkelig kan tillægge ordenes sproglige betydning nogen afgørende vægt, har en række eksempler været forelagt for 60 sprogstuderende, jfr nærmere J 1967.41 ff. Det drejer sig om nogle af de retssager, hvor domstolene har taget stilling til, om en bestemmelse var anvendelig, direkte eller analogt. Men »forsøgspersonerne« havde ikke noget kendskab hertil, endlige til domstolenes vurdering i det enkelte tilfælde. Det er blevet pålagt dem udelukkende at besvare spørgsmålene rent sprogligt, altså uden hensyn til, om det forekom dem mere eller mindre rimeligt at udstrække lovteksten til at omfatte det forelagte tilfælde. De er alene blevet gjort bekendt med lovteksten (dvs den pågældende bestemmelses ordlyd; sammenhæng med andre regler i samme eller andre love er altså holdt udenfor) og en beskrivelse af det faktisk foreliggende forhold. Der er blevet stillet to hovedspørgsmål: Dels om forholdet ud fra en naturlig sproglig forståelse dækkes af lovteksten (spørgsmål A), dels om det ligger inden for den videst mulige sproglige forståelse af teksten (spørgsmål B). Der kunne svares med et ja, et nej eller med tvivlsomt.

En væsentlig del af spørgsmålene angik tilfælde, hvor domstolene inden for Straffelovens område har anvendt en analogi, jfr Straffelovens § 1.

Det væsentlige i disse svar var den betydelige usikkerhed, de udviste. Det er muligt, at jurister ikke vil føle den samme usikkerhed. Dels er jurister måske mere end sprofolk vant til at operere med udtryk af den art, som forekommer i lovtekster, dels lader jurister sig ved vurderingen af det rent sproglige påvirke af sammenhængen med andre regler i lovene og af den juridiske tradition. Men dette ændrer ikke afgørende ved den betragtning, at den sproglige forståelse er særlig usikker i de tilfælde, som kommer i betragtning, hvad enten der lægges vægt på den »naturlige« eller »den videst mulige« forståelse. Selvfølgelig er der en kerne, der er så sikker, at næppe nogen overhovedet vil anfægte, at lovens tekst dækker direkte, men i disse tilfælde er der ganske enkelt ikke noget fortolkningsproblem. Dernæst fremgik det af svarene, at et betydeligt antal anså forholdene for omfattet af den naturlige sproglige forståelse, og den overvejende del af svarene gik ud på, at forholdene i hvert fald kunne rummes inden for den videste sproglige forståelse af teksten.

I tidens løb er der fremsat meninger med mange nuancer i forhold til den traditionelle opfattelse. *Bentzon*: Retskilder .335 sondrer mellem, om man anlægger en subjektiv eller en objektiv fortolkning. Efter en subjektiv fortolkning tales der om en udvidende fortolkning overalt, hvor lovgiveren med de snævrere ord har villet udtrykke en vidererækende tanke, efter en objektiv fortolkning tales om en fortolkning, ikke en analogi, når det er naturligt at se de snævre udtryk som en nem betegnelse for en større helhed, jfr også .330 smh .226-28, hvor der tales om ordgrænsen, der angiver de mulige sproglige betydningers ramme.

*Augdahl*: Retskilder .138 ff tager afstand fra de ældre norske opfattelser, der taler om fortolkning, hvor man vel er uden for lovens ord, men inden for lovgiverens mening, men ellers benytter analogislutninger. Medens denne forfatter i 1. udg forsøgte at sondre mellem

udvidende fortolkning og analogislutning, blev dette opgivet i de senere udgaver, i stedet bruges det neutrale udtryk »udvidet anvendelse«.

*Ahlander:* Om rätt och rättslämpning, Stockholm (2. udg 1952) .136 taler om tolkning, när loven användes på fakta, som efter almindelig eller juridisk sprogbrug kan betegnes med de använde ord eller uttryk, ellers anses det oftest mere hensigtsmæssigt at tale om en analogi, *Ekelöf* i SvJT 1966.501 lägger vægt på, om forholdet klart falder uden for lovtekstens mening.

*Eckhoff* .137-138 lägger principielt vægt på, om retsspørgsmålet dækkes af lovteksten på den måde, som lovteksten giver anvisning på, men uddyber dette derhen, at det afgørende er, om man befinner sig inden for *reglen* – i så fald foreligger der en tolkning, ellers en analogi. Denne tankegang videreføres: Man siger at befinde sig inden for reglen, hvis argumentationen for resultatet sker ved henvisning til forarbejder, forhistorie eller formål, medens man taler om analogi, hvis analogislutningen er det eneste eller vigtigste argument for resultatet.

*Johs Andenæs:* Innføring i retsstudiet, 1979.100 fremhæver, at der ikke er nogen klar grænse mellem udvidende tolkning og analogisk anvendelse. Jo længere man kommer bort fra den naturlige sproglige forståelse af lovteksten, des mere tilbøjelig vil man være til at tale om analogi.

*Lars Erik Taxell:* Rätt och demokrati, Åbo, 1976.292-293 taler om ekstensiv tolkning, hvor den aktuelle situation rummes inden for normen, men om analogi, hvor der findes et hul, som udfyldes ved at anvende en for andre situationer gældende bestemmelse på grund af ligheden.

Se endvidere *Åke Frändberg*: Om analog användning av rättsnormer, Stockholm, 1973, *Niels Kristian Sundby* i SvJT 1975.528-532, se hertil *Per Olof Ekelöf*: Supplement till Rättegång, 1990 .54 ff, om »restriktiv« og »extensiv« fortolkning, analogi, modsætningsslutning og reduktionsslutning.

I svensk ret synes man at anvende analogi nogenlunde som i dansk retspraksis, jfr *Strömm* i Festschrift til Johs Andenæs, 1982.661-662, hvilket også er antaget vedrørende en skatteretlig bestemmelse, jfr NJA 1978.452.

Særlig har man inden for Strafferetten diskuteret afgrænsningen mellem udvidende fortolkning og analogi, jfr oversigten hos *Waaben*: Strafferettens ansvarslære, 1987 kap 3, hvor det fremhæves, at domstolene på dette område foretrækker at anvende lovbestemmelserne direkte, selv om man fjerner sig en del fra straffebestemmelsens ordlyd, og således betragter analogi som en noget ekstraordinær retskilde. Jfr ligeledes *Gomard* i Festschrift til Alf Ross, 1969 .125 ff.

## II. Almindelig analogi

### A. Obligationsret

Flere af de obligationsretlige love har givet anledning til diskussion, om hvorvidt bestemmelserne heri kan anvendes analogt uden for deres direkte område. Anvendelsen af visse af *Kbl's* regler på handeler om fast ejendom er velkendt, men der tages stilling hertil ved fortolkningen af de enkelte regler. *Ussing*: Køb .160 giver udtryk for, at *Kbl* er delvis analogt anvendelig, fordi den for en stor del er udtryk for alm grundsætninger. Der anstilles ret frie overve-

jelser over, hvorvidt en analogi er berettiget eller ej, jfr f eks udtalelser hos *Ussing*: Køb .160, *Vinding Kruse*: Ejendomskøb, 5 udg, 1990 .15 f. Vanhemmelsreglerne vil nok blive anvendt analogt i et vist omfang, jfr *Ussing*: Køb, 3. udg ved *Vinding Kruse*, 1962 .164, men der kommer navnlig det særlige frem, at retlige mangler kan skyldes generelle bestemmelser i lovgivningen og altså ikke er noget individuelt for den enkelte ejendom, jfr *Vinding Kruse*: Ejendomskøb 5. udg, 1990 .243, jfr U 1978.478 H, der netop afviser en analog anvendelse af Kbl § 59 ud fra denne betragtning.

Også *Gbl* anvendes analogt på områder, som ikke direkte omfattes af lovens ord. Dette er måske mere udtryk for, at man opfatter mange af denne lovs bestemmelser som udslag af almindelige grundsætninger, se ovenfor under I, jfr U 1988.821 om modregning, *Gbl* § 28. Men U 1984.123 H anvendte ligefrem analogien af *Gbl* § 11, stk 2, nr 3 på ejerpantebreve, idet disse blev anset som omsætningsgælds breve »jfr Gældsbrevlovens § 11, stk 2, nr 3 eller denne bestemmelses analogi«. Twivlen skyldes navnlig, at et ejerpantebrev i sig selv ikke giver sikkerhed for et bestemt beløb, men fastsætter en ramme for sikkerhed i ejendommen, som senere præciseres ved benyttelsen af ejerpantebrevet. Før *Gbl* klarede man sig med et »festfyrkeri« af analogislutninger, som *Ross* udtrykte det i Ret og retfærdighed .182. U 1989.165 afviser derimod anvendelsen af en analogi fra *Gbl* § 7 om betaling af krav i fremmed mønt på erstatningskrav, jfr Erstatningsansvarslovens § 15, stk 3. Afgørelsen lægger vægt på erhvervsindtægten året før skadens indtræden og tilføjer, at det må anses for uden betydning, at kronekursten senere erændret. U 1982.1047 fastslog, at *Forældelseslovens* § 1 nr 4 og 6 hverken direkte eller analogt var anvendelig på et tilbagesøgningskrav mod skattevæsenet. Nr 4 var uanvendelig, da ordlyden hindrede det, og nr 6 var uanvendelig, da der ikke forelå betaling i urettig formodning om skyld. Dette blev endda fastslået uanset forudsætninger i Rigsdagstidende 1908-09 B sp 31 ff. Det kan måske anføres, at betingelsen: »hul i loven« ikke var opfyldt. Kan *Forældelsesloven* ikke anvendes, falder man nemlig tilbage på 20-års reglen i DL 5-14-4, hvad afgørelsen da også gjorde.

U 1989.561 H anvendte principippet i *Afl* § 39, 2. pkt til støtte for annullation af slutseddel vedr køb af en ejendom dagen efter at den var underskrevet, jfr om dommen *Wendler Petersen* i U 1990 B.29-32, der i denne forbindelse henviser til motivudtalelser, Forslaget til loven .35, jfr 98.

*Kbh* § 59 om objektivt ansvar for vanjemmel gælder kun i forhold mellem sælger og køber og kan ikke anvendes analogt i forhold til titl omsætningsled, jfr U 1989.986, hvor efter den, der havde ejendomsforbehold ved salg af en bil undlod at oplyse om et udlæg i bilen, ikke var omfattet af § 59 eller dens analogi, hvorimod ansvar blev pålagt efter alm erstatningsregler.

Om analogi i den internationale Konvention om løsøresalg se *Jan Hellner* i Festskrift til Lars Hjerner, Stockholm, 1990 s 219-233 (Gap-filling by Analogy).

U 1990.640: Godtgørelse tilkendt en skadelidt, der ved en ansigtslæsion, hvis følger bedredes væsentligt, dels spontant, dels ved operative indgreb i tiden indtil tilstanden blev stationær, var påført gener i form af psykisk ubehag ved ansigtets udseende. Det anføres, at psykisk ubehag ved ansigtets udseende måtte *sidestilles* med de midlertidige gener, som omtales i forarbejderne til *Erstatningsansvarslovens* § 3, stk 2, som kun omtaler fysiske gener eller indskrænkninger i de normale legemsfunktioner. Der er altså tale om en analog anvendelse af, hvad der er omtalt i motiverne.

*Funktionærloven* har givet anledning til overvejelser om analogi, bl a bestemmelserne i § 2 a, stk 2 om bevaring af fratrædelsesgodtgørelse uanset folkepension, jfr U 1975.661 og

U 1981.784. Spørgsmålet var, om dette også gjaldt i forhold til invalidepension og ved efterlønsordninger, men sådanne problemer måtte finde deres løsning ved lovgivning. Højesteret har ved U 1978.941 »sidesillet« en tilkendegivelse om, at en funktionærers arbejde ville ophøre ved en vis dato med uberettiget bortvisning efter lovens § 3 – altså en analogislutning. U 1986.818 kom ikke til at tage stilling til evt analogi fra Funktionærlovens § 2 b, da sagen blev afvist fra domstolene som hørende under faglig voldgift.

Om *modregning* har U 1983.388 H anvendt grundsætningen i Rpl §§ 511 og 512 over for Lønmodtagernes Garantifond, der ville modregne et krav mod en lønmodtager, der tidl havde været arbejdsgiver.

*Lejelovgivningen* har givet anledning til overvejelser om analogislutninger, jfr U 1963.392 H og 544 H og hertil *Spleth* i U 1963 B.246-250, *Kallehauge* i U 1971 B.86-98, *Preben Hertz* i U 1971 B.263-264, U 1961.777 H – og hertil *Stuer Lauridsen* i Studier .618-620 – samt U 1950.596 om de tidl bestemmelser om dusør. Se også U 1983.766 om anvendelse af Lejelovens § 107 eller dennes analogi om boligretternes kompetence i et tilfælde, hvor en andelsboligsforenings bestyrelse i henh til vedtægterne krævede, at lejligheden skulle anvendes som forretning.

Efter *Godstransportlovens* § 20, stk 1 bortfalder en tilladelse, såfremt indehaveren dør eller kommer under konkurs. U 1978.743 fastslår, at likvidation som insolvent »må sidesilles« med disse tilfælde.

Vedr den tidl *Kreditkøbslovs* § 31 om afvisning af fogedforretning, når kreditor ensidigt tager det solgte tilbage, fandt U 1988.206 det betænklig at anvende en analogi i et tilfælde, hvor sælgeren havde fået det solgte tilbage til reparation, og hvor køberen havde tilkendegivet, at han ikke ville vedstå handelen – fogedretten havde derimod fundet, at forholdet »ganske må ligestilles« med det i § 31 omtalte.

U 1988.426 nægter at anvende den tidl Kreditkøbslov § 27, stk 2 eller dens analogi, når det med ejendomsforbehold solgte er stjålet hos køberen, hvilket stemmer med den opfattelse i teorien og i forarbejder, og i øvrigt følger af, at § 27, stk 3 direkte taler om tilfælde, hvor det solgte ikke findes hos køberen.

U 1989.442 H udtales, at almindelige forvaltningsretlige principper medfører, at tilbudspligt vedr ejendomme, jfr *Tilbudspligtlovens* § 1, stk 2, forudsætter som betingelse for opfyldelse heraf, at der er givet meddelelse herom.

Retspraksis på dette område synes at vise, hvordan domstolene har forståelse for at anvende de regler analogt, som har været gennemarbejdet ud fra almindelige formueretlige overvejelser, og at de til gengæld viser forsigtighed med at drage analogislutninger fra regler, som er etableret på specialområder og derfor kan være motiveret af de særlige synspunkter, som må anlægges på hvert af de omhandlede områder.

## B. Tinglysning

Der har været tvivl om, i hvilket omfang tinglysningsdommeren er berettiget til at lyse med *frist*, idet TL § 15, stk 3 begrænsede denne mulighed til nogle få opregnede tilfælde. Men praksis gik ofte videre. U 1981.360 om unøjagtig matrikelbetegnelse i en fogedbog – der dannede grundlag for lysning af udlæg – fastslog imidlertid, at dette var muligt i medfør af analogien af § 15, stk 3,

og U 1982.1174 benyttede ligeledes analogien vedr en mindre fejl i matrikelangivelsen i et pantebrev. U 1980.242 og U 1986.211 om manglende påtegning om ejendomsværdi henviste begge ganske enslydende til grundsætningen i § 15, stk 3 eller dennes analogi, altså en dobbelt anvendelse, jfr herom ovenfor under I. I det sidstnævnte tilfælde havde tinglysningsdommeren endda henvist til »den klare regel« i Stempellovens § 38. Disse problemer er dog nu klaret på forskellig vis, jfr den smidigere regel i Tinglysningsbekendtgørelsen § 39 *Formuerettigheder* § 17.C.

Tinglysningslovens §§ 34 og 35 om berigtigelse af *ansvar for fejl* ved tinglysning har som følge af bestemmelsernes afgrænsning af ansvarsreglerne givet anledning til tvivl. U 1981.742 om genindførelse af en servitut, der fejlagtigt var slettet, anvendte § 34, medens tinglysningsdommeren havde henvist til § 34 eller dennes analogi.

Praksis på dette område er formentlig udtryk for, at analogi anses for forsvarlig, hvor det drejer sig om at finde frem til praktisk virkende regler, og at man har haft besvær med de særlige regler om ansvar, som søges afpasset med almindelige regler om erstatningsansvar på tilsvarende livsområder.

Problemet illustreres også af afgørelsen i U 1983.465. Problemet var her, om §§ 34 og 35 om objektivt ansvar for tinglysningsfejl kan anvendes analogt ved tinglysning af løsøre. Denne analogi blev ikke accepteret. Det nævnes særligt, at der ikke i den opregning i § 43, stk 4 af bestemmelser, som også finder anvendelse på tinglysning vedrørende løsøre, findes en henvisning hertil. Der blev derimod pålagt ansvar for personalets uagtsomme handling, jfr DL 3-19-2.

Der er altså fsv ikke noget hul i lovgivningen. Dansk ret har almindelige regler om ansvar for uagtsomme handlinger, så dem kan man altid falde tilbage på. Men hvis dommen var kommet til det resultat, at personalet ikke havde handlet uagtsomt, kunne man måske hævde, at der var et hul i lovgivningen, nemlig vedrørende muligheden for at pålægge objektivt ansvar.

Det afgørende er altså ikke så meget, at der ikke findes lovregler om et sådant objektivt ansvar i det foreliggende tilfælde, som den omstændighed, at lovgivningen ved sin opregning i § 43 har taget stilling til spørgsmålet. Problemet falder derfor sammen med spørgsmålet om anvendelse af analogi fra undtagelsesregler, jfr nedenfor under V.

Der har i teorien været diskussion om, hvilke slutninger der kan drages fra Tinglysningslovens § 42 om, at pant i fast ejendom ikke forældes, jfr. *Panterettigheder* .156 ff, *Rørdam og Carstensen*: Pant 1986 .121 ff, *Vinding Kruse*: Ejendomsretten, 3. udg 1951, III.1447 ff. Den overvejende opfattelse er blevet, at der i det hele må udvises forsigtighed med at drage slutninger fra § 42, være sig analogt eller modsætningsvis. Når bestemmelsen er begrænset til panteretten for hovedstolen if tinglyst pantebrev i fast ejendom for en bestemt angiven sum, kan der næppe siges mere, end at reglen ikke gælder renter, ska-

desløsbreve, pantebreve i løsøre og utinglyste pantebreve i fast ejendom. Om alle disse spørgsmål, der falder uden for den udtrykkelige afgrænsning i § 42, står fortolkeren frit.

Se hertil *Nørgaard og Vagner*.135 med note 22.

### C. *Familieret*

Forskellige afgørelser viser ret tydeligt, hvor stor tvivl der er om den rette sproglige forståelse. Man får indtrykket af, at henvisningen til den sproglige forståelse bliver et dække for andre og forhåbentlig mere fyldestgørende betragtninger. Eller man kan måske befrygte, at de har dannet grundlag for en afgørelse, fordi der nu engang skulle træffes en afgørelse, og fordi man forgæves har ledt efter afgørende fortolkningsdata af anden og mere betyggende karakter.

En afgørelse vedrørende forståelsen af *Myndighedslovens* § 27 i dens tidl formulering viste divergenserne om den sproglige forståelse af denne bestemmelse. § 27 bestemte: »Den af forældrene, hvem forældremyndigheden ikke tilkommer, har ret til personligt samkvem med barnet . . .« Spørgsmålet var, om denne bestemmelse også gjaldt i det tilfælde, at den ene ægtefælle er død, og forældremyndigheden er overgået til dennes forældre. I U 1958.1084 H siger flertallet, at bestemmelsen »efter sin ordlyd« kan forstås som hjemlende samkvemsret også i dette tilfælde, medens mindretallet udtaler, at bestemmelsen »efter en naturlig sproglig forståelse« forudsætter, at forældremyndigheden tilkommer den ene af forældrene. Om dette sidste kan strides, uden at nogen kan følde en sproglig afgørende dom.

U 1975.166 H afviser at anvende *Myndhl* § 35, stk 1 uden for det, der omfattes af ordlyden, underinstanserne havde derimod anvendt bestemmelsen direkte. Man kunne få det indtryk, at analogimuligheden end ikke eksisterer. U 1968.217 H var så meget trykket af en motivudtalelse, at et – knebent – flertal ikke vovede at anvende en i øvrigt nærliggende analogi og derved kom til et beklageligt – eller »istidigt« – resultat.

Bestemmelsen i *Myndhl* § 63 om lempelse af børnens erstatningsansvar har givet anledning til omfattende diskussion i forskellige fremstillinger og i retspraksis. Som et moment nævnes til slut i bestemmelsen udsigten til at få skaden godtgjort hos andre. Den alm opfattelse går ud på, at der ikke lempes, hvis barnet er dækket af en ansvarsforsikring, men lempelse eller helt bortfald er dog sket efter en analogi af § 63, 2. led i tilfælde, hvor skaden kunne dækkes hos andre ansvarsforsikringer, U 1983.952 (en anden medansvarlig drengs ansvarsforsikrer) og U 1982.463 (bortfald af barnets medansvar, ansvarsforsikring for bilist).

Overgangen fra de traditionelle ægteskaber til *papirløse ægteskaber* eller *samlivsforhold uden ægteskab* har givet anledning til overvejelser over, hvorvidt visse regler om ægteskaber kan anvendes analogt. En udvidende fortolkning kunne ikke komme på tale. I mange relationer klares forholdet derved, at nogle af de familieretlige regler er udslag af almindelige retsgrundsnininger, f eks reglerne om fuldmagt og tildels sameje, således at man vælger at

lægge vægt på disse grundsætninger. U 1990.348 anvender dog Arvelovens § 49 om bortfald af gensidigt testamente analogt på et samlivsforhold. Men i andre relationer er der taget afstand fra en analog anvendelse, f eks om retsvirkningslovens § 11 og § 56 i loven om ægteskabs indgåelse og opløsning. Fra den seneste tid viser U 1980.480 H, at H har taget afstand fra at anvende analogier af reglerne om deling af formuefællesskabet mellem ægtefæller og i stedet slættet ind på en linje, hvorefter der tilkendes den hjemmearbejdende husmoder et kompensationsbeløb, jfr U 1982.93 H, 1985.607 H, se herom i § 3.III. og § 10.I.C. Sporadisk er der i lovgivningen taget stilling til betydningen af et samlivsforhold, som har varet en vis længere tid, typisk 2 år, jfr Lejelovens § 75, stk 2 og gave- og arveafgiftslovens § 2 A.

Når analogier er blevet afvist, kan dette begrundes med, at lovgivningen i hvert fald ved de senere revisioner af lovgivningen, der berører disse forhold, har været klar over denne udvikling, men alligevel har afstået fra at give regler herom bortset fra visse særlige relationer, hvor man har kunnet overskue problemet, og hvor reglerne har kunnet gives uden at tage stilling til intrikate spørgsmål, som først kan finde deres løsning ved en almindelig lovgivning herom.

Medens skifteretten i U 1983.494 ville anvende principperne i Ægteskabslovens § 56 om tilkendelse af beløb til fraskilt eller frasepareret ægtefælle, blev dette nægtet af landsretten bl a under henvisning til betænkning nr 915/1980.

Når der udvises forsigtighed med analogislutninger på dette område, hænger det vel sammen med, at det drejer sig om personlige forhold, som det er vanskeligt at bedømme. Det kræver grundige undersøgelser og overvejelser, som ligger på et almindeligt samfundsplan – altså er lovregler ønskelige.

#### D. Arveret

*Arveafgiftslovens § 14 A, stk 1* giver hjemmel til at udsætte afgiftsplichtens indtræden for en længstlevende ægtefælle, såfremt førstafdøde ikke efterlader sig livsarvinger. I sagen U 1987.390 efterlod førstafdøde sig vel et særbarne, men dette havde mod vederlag givet arveafkald. Afgiftsmyndighederne gik imod at anvende en praksis om analog anvendelse af § 14 A, når førstafdødes livsarvinger havde givet arveafkald uden vederlag, på dette tilfælde, da formålet mod bestemmelserne alene er at ligestille barnløse ægtefæller med dem, der kan hensidde i uskiftet bo. Resultatet blev afslag ved domstolene under henv til forarbejder og det i øvrigt anførte.

Arvelovens § 36, stk 1 om fortabelse af arveret efter forsæltigt drab af arvelader må antages at være anvendt analogt ved U 1983.121 H på retten til som begunstiget at oppebære livsforsikringssum. Anklagemyndigheden havde påberåbt sig denne analogi, og H fastslår blot uden at komme ind herpå, at denne ret var bortfaldet. Tilsvarende afgørelse fandtes i U 1979.499 H om udbetalning af livsforsikringssum, (landsrettens begrundelse: Forsikringsaftaleloven § 18, stk 1, analogien af denne lovs § 105, stk 5 smh med analogien af Arvelovens § 36, stk 1), se hertil *Jørgen Nørgaard* i J 1974.2-9.

*Arvelovens § 44, stk 1* om anerkendelse af nødtestamenter, som er egenhændigt skrevet og underskrevet, blev af flertallet i U 1982.313 H anvendt på et testamente, som var maskinskrevet, men forsynet med håndskrevet underskrift, idet forholdet ganske kunne sidestilles med lovens grundregel. Mindretallet (3 af 7) nægtede dette under henvisning til forarbejderne, litteratur og den betragtning, at det håndskrevne testamente giver mulighed for sammenligning.

*Arvelovens § 49* bestemmer, at gensidige testamenter bortfalder ved separation og skilsomisse. U 1984.219 anvender principippet i denne bestemmelse om andelsret i livsforsikringssum. Ligesom i Familierten vises der forsigtighed med analogislutninger, men bag ved overvejelser ligger vel et hensyn til, at der søges opnået resultater, som harmoniserer med, hvad arvelader kunne ønske sig i forhold til de efterladte.

#### E. Immaterialret

Afgørelsen i U 1978.42 H demonstrerer den forsigtighed, der udvises, når der skal tages stilling til fortolkning af udtryk i lovgivningen, som sprogligt kan opfattes på forskellig måde. Ophavslovens § 45 om beskyttelse af »udøvende kunstnere« blev anvendt på sceneinstruktører. Underretten ville sidestille med udøvende kunstnere. Landsretten fandt dette hjemlet ved § 45, stk 1 »eller i hvert fald dens analogi« – hvad en dissens gik imod. Højesterets flertal (4 af 7) udtales, at det sproglige udtryk »udøvende kunstner« i § 45 findes at kunne anvendes om sceneinstruktører – også på baggrund af udtalelser i forarbejder til den norske og den svenske lov, hvorimod mindretallet vil stadfæste dissensen i landsretten. Se hertil *M Koktvedgaard: Lærebog i Immaterialret*, 1988 .47 ff samt *Bent Rothe: Ophavrets stedbørn*, 1987.125 og samme i TfR 1957.191-215. Sagen angik alene vederlag for transmission i radio og var derfor ikke typisk.

Dommerne måtte langt omkring for at nå til resultatet. Det sproglige giver ikke nogen hjælp.

#### F. Retspleje

Dette område er karakteriseret ved et betydeligt antal tilfælde, hvor der har været problem om anvendelse af analogi.

*Rpl § 41, stk 2* er ved U 1990.714 HHK anvendt analogt på rettens udlån af fremlagte dokumenter i afsluttet retssag.

*Rpl § 60, stk 2* om dommeres inhabilitet som følge af tidl behandling af begæring om varægtsfængsel blev ikke anvendt analogt på en anklagers dokumentation fra en anden landsrettsafdeling, hvorved tiltalte var blevet fængslet, U 1989.201 H. Denne afgørelse er vel ret selvfølgelig, idet der er betydelig afstand fra lovens ord til den her omhandlede situation.

*Rpl § 172, stk 1* fritager redaktører, redaktionssekretærer og journalister ved et trykt periodisk skrift for vidnepligt, men stk 2 gør undtagelse for visse tilfælde, der bl a forudsætter, at hensynet til offentlige eller private interesser afgørende taler herfor. U 1986.340 HKK om en journalist ved radio afviser u h t forarbejdernes fremhævelse af forholdet til presse-loven, hvorefter redaktører er ansvarlige for unavngivne artikler. Landsretten havde anvendt analogi under henv til tidl (etrykt) Østre Landsrets kendelse om tilsvarende forhold. Byretten havde med samme henvisning frifundet, fordi journalisten ikke var fast ansat.

Efter *Rpl § 245* kan parterne aftale, ved hvilken af flere ligeartede retter sagen skal anlægges. Denne bestemmelse eller dennes analogi er ved U 1989.511 anvendt på aftale om anvendelse af hovedtingsted.

*Rpl §§ 320 og 343* kan efter afgørelsen i U 1987.60 ikke anvendes analogt på syn og skøn efter Almindelige betingelser 1972.

*Rpl § 327* kan if HD 8/6 1988 ikke anvendes over for retshjælpsforsikrer, heller ikke – som ved landsretten – ved en »fuldstændig lovanalog«.

*Rpl § 367* om genoptagelse af civil sag efter domfældtes udeblivelse blev ved U 1982.143 HKK anvendt analogt, efter at landsretten havde afsagt en frifindelsesdom, uanset at dommen ikke ansås for stemmende med de i § 386, stk 2, 1. pkt angivne procesuelle virkninger af udeblivelse i ankeinstansen, idet det anføres, at domfældte ikke burde henvises til at anse om anketilladelse til Højesteret.

*Rpl § 456 I, jfr § 178, stk 1, nr 4*, »eller en analogi fra disse bestemmelser« indeholdt efter U 1988.430 hjemmel til at gennemtvinge blodprøve på et barn ved tvangsbøder mod moden. Under proceduren var der henvis til divergerende opfattelser i teorien (*Borum: Familieletten*, 2. udg, 1948.52 benægtende. Kommenteret *Rpl* 1982. 3. bd. 149 ff bekræftende).

*Rpl § 478, stk 1, nr 6* hjemler umiddelbart udlæg for ejerpantebreve og skadesløsbreve. U 1988.410 antager, at bestemmelsen kunne anvendes på ejerforeningsvedtægter, som var lydt pantstiftende for bidrag til fællesomkostninger m v, idet de »i hvert fald måtte sidestilles hermed«. Derimod nægter U 1989.510 at anvende denne bestemmelse analogt på forfaldne bidrag i henhold til en ejerforenings vedtægter, som var lydt pantstiftende for 15.000 kr i samtlige ejerlejligheder.

Efter *Rpl § 498, stk 2* kan fogeden anmode politiet om bistand til gennemførelse af en fuldbyrdesforanstaltung. Ved U 1978.248 blev det fastslået, at bestemmelsen eller dens analogi ikke indeholdt hjemmel til at pålægge politiet at eftersøge en vogn, solgt på afbetaaling, men bestemmelsen eller dens analogi hjemlede ret og pligt til at anmode politiet om at eftersøge bilen og fastholde den, indtil fogeden kom frem.

*Rpl § 509* om udlægsfritagelse for aktiver, der er nødvendige til opretholdelse af et besyndt hjem, angår efter U 1987.962 ikke tilgodehavender for erstatningssummer for tings-skade, men et passende beløb fandt landsretten dog kunne udtages efter bestemmelsens analogi.

*Rpl § 511* om udlæg i vederlag for personligt arbejde bestemmer, at vederlaget skal være fortjent, eller der skal være forløbet 7 dage efter den periode, hvor vederlaget er indtjent. U 1989.283 fastslår, at beskyttelsen mod udlæg ikke kan udstrækkes videre ud fra formåls-synspunkter, heller ikke ved en analogi i tilfælde, hvor et af bestemmelsen omfattet krav vil-le være fortjent 7 dage før forfalddagen.

*Rpl § 500, stk 2* bestemmer rækkefølgen af fogedrettens behandling af begæringer om tvangsauktioner. Senere indgive begæringer behandles ikke, før en tid er bortfaldet. U 1980.644 anvender grundsætningen i denne bestemmelse over for en begæring om tvangsauktion, efter at skifteretten i medfør af den dagældende regel i KL § 12 havde forhindret fyldestgørelse i boets aktiver, efter at der var anmeldt betalingsstandsning.

Efter *Rpl § 577, stk 2* kan fogeden kun under ganske særlige omstændigheder holde flere end to auktioner. U 1982.240 fandt, at fogeden under 2. auktion efter en analogi herfra kunne tillade, at yderligere bud blev givet, efter at han efter 3 forgæves opfordringer havde tilkendegivet, at opråbet var standset.

Efter *Rpl § 662, stk 2* skal anke efter et bos afslutning ske inden 4 uger efter slutningen. Justitsministeren kan dog efter stk 3 tillade anke et år efter afslutningen. U 1982.890 anså det for tilstrækkeligt, at ansøgning til ministeriet var indgivet inden årsfristens udløb. Bestemmelsen synes anvendt direkte, idet der ikke siges noget om analogi e l, men udelukken-de henvises til teori og retspraksis.

*Rpl* § 734 omhandler en række tilfælde, hvor en advokat ikke kan beskikkes på grund af hans særlige forhold til sagen, herunder at en dommer ville være inhabil. Ved U 1989.219 HKK blev denne bestemmelse eller dens grundsætninger anvendt i et tilfælde, hvor en advokat havde medvirket til tiltaltes flugt fra fængsel, hvormod der var rejst sigtelse.

*Rpl* § 825 jfr § 824 om beslaglæggelse efter retsbeslutning er anvendt analogt ved U 1988.203 hvor der forelå begæringer fra det amerikanske narkotikapoliti, konfirmeret af en amerikansk domstol. Bestemmelsen kunne måske have været anvendt direkte.

Om *Rpl* § 847, stk 2 har U 1988.114 HKK udtalt, at det forhold, at en tiltalt, der havde fast bopæl i London på en af anklagemyndigheden kendt adresse, og som havde udtalt, at han ikke ville møde, ikke »kunne sidestilles« med en undvigelse.

*Rpl* § 965 c, stk 3, 2. pkt giver hjemmel til avisning af domfældtes anke, når stævning ikke har kunnet forkryndes, fordi han skifter bopæl eller opholdssted uden at underrette herom. U 1976.601 angik et tilfælde, hvor stævningsforkryndelse var umulig; det var ikke muligt at komme ind i den villa, hvor han boede, og faderen havde tilkendegivet, at sønnen ville modsætte sig politiets opringninger. Dette måtte »ganske sidestilles« med det forhold, der omtales i § 965 c, stk 3, 2. pkt.

*Rpl* § 977, stk 1, nr 1 om genoptagelse kunne måske anvendes analogt på underrettsdomme, se U 1950.108 med note 1, og § 977, stk 1, nr 3 er anvendt analogt på retlig bedømmelse, jfr U 1952.256 og U 1954.116.

Se endvidere U 1966.245 HKK om den tidl bestemmelse i *Rpl* § 236, stk 2 og hertil *Trolle* i U 1966 B.251 f.

De nævnte afgørelser om anvendelse af analogi ved administration af *Rpl*'s bestemmelser kan muligvis ses under den synsvinkel, som er anlagt af *Robert Bech* i Retsplejeloven gennem 50 år, 1969.173-189, der fremhæver hensynet til den praktiske administration af *Rpl*'s bestemmelser og kritiserer domstolene for at have været overforsigtige og ikke gået vidt nok. Hvis domstolene nu og da tager tingene lidt i deres egen hånd og skaber regler, hvor lovgiveren umuligt kan have tænkt tingene igennem i detaljer, og hvor *Rpl* derfor tier, sker der næppe større ulykke derved, siger det. Men som det fremgår gælder det netop kun regler om praktisk administration, ikke regler, der tjener til at beskytte borgerne.

#### G. Konkursret

KL's regler om omstødelse (tidl afkræftelse) er i en del tilfælde anvendt analogt. Dette gælder også afgørelser efter den tidl KL fra 1872, men det ses også, efter den nye KL var trådt i kraft.

U 1982.62 H afkræftede efter den *tidl KL* § 24 eller dennes analogi en ejendomsoverdragelse, da erhververen på overdragelsestidspunktet måtte have været vidende om sælgerens insolvens, f s v angår det beløb, hvormed ejendommens værdi oversteg den aftalte købesum, og yderligere f s v angår nogle ikke-sikrede krav, for hvilke erhververen som led i købesummen havde opnået fuld fyldestgørelse. Derimod afslog U 1980.383 H at anvende den *tidl KL* § 28 eller dennes analogi på retshandler foretaget i fallentens hustrus navn i en periode op til konkursen – hvorimod landsretten havde anvendt KL § 28 eller dennes analogi.

Vedr den nye KL har U 1985.244 anvendt § 71, stk 1 eller dennes analogi om udlæg foretaget i de seneste 3 uger før fristdagen på et beløb – lånt midlertidigt hos en ansat – der blev benyttet til at afværge et udlæg.

U 1987.766 H anvendte *KL* § 67, stk 1 om betaling i de sidste 3 mdr før fristdagen med usædvanlige betalingsmidler på et firmas tilbagetagelse af varer, leveret inden for denne frist, idet dette »ganske måtte sidestilles« med betaling med usædvanlige betalingsmidler.

U 1982.295 anvender *KL* § 70 eller dennes analogi på en revisors tilbagetagelse af regnskabsmateriale inden for den i § 70 nævnte frist i det væsentlige til sikring af tidl stiftet gæld.

U 1985.232 fastslår, at hverken *KL* § 70 eller dennes analogi er anvendelig på tredjemandspant og støtter sig herved til motivudtaleser, jfr herom § 2.II.A.2°f.

Den opregning, som findes i Konkursloven af de forskellige konkursklasser, må vel efter det grundige arbejde forud for lovens vedtagelse betragtes som en udtømmende angivelse, således at analogier vanskeligt kan anvendes, jfr således U 1990.652, der ikke vil anvende analogien af § 96, stk 1 om løn, feriegodtgørelse og erstatning og godtgørelse for opsigelse eller afbrydelse af arbejdet på tab for tabt arbejdsfortjeneste efter arbejdsulykke.

Derimod har U 1990.799 omstødt beslaglæggelse af midler fra båndlagt kapital, foretaget inden for 3-mdr fristen, efter en analogi af § 71, stk 1, jfr § 75.

Det er bemærkelsesværdigt, at der stadig bliver spørgsmål om anvendelse af analogi fra KL's bestemmelser, uanset at der ved nordisk samarbejde for få år siden er søgt tilvejebragt udtømmende og hensigtsmæssige regler om omstødelse. Det er åbenbart vanskeligt trods århundreders erfaringer og sagkyndige overvejelser at fantasere sig frem til alle praktisk forekommende tilfælde.

Derimod har U 1988.421 nægtet at anvende *KL* § 60 om konkursboets pligt til at betale for en ydelse, når det indtræder i en aftale, analogt på det tilfælde, at der før konkursen er sket en delleverance, hvorefter boet nægter at indtræde i aftalen fremefter.

#### *H. Skatter og afgifter*

U 1980.121 H tog stilling til anvendelse af *Statsskattelovens* § 5, stk 1, a) om handelsfortjenester ved spekulationssalg. Flertallet fandt, at udbetaling af brandforsikringssum »ganske måtte sidestilles« hermed. En dommer dissenterede bl a, fordi affattelsen af bestemmelsen og forarbejderne ikke klart viste rækkevidden af bestemmelsen.

U 1982.331 H fastslog, at erstatning efter byreguleringslovens § 14 P (henførelse af et gods til yderzone) omfattedes af reglerne om *særlig indkomstskat*, idet det foreliggende tilfælde »ganske må sidestilles med fredningerstatninger efter den tidligere Naturfredningslovs § 22, stk 2«, og der henvistes til forarbejdernes udtalelse i FT 1968/69 A sp 244.

De fleste af de afgørelser på dette område, som beskæftiger sig med analogier, angår imidlertid *afgiftslovgivningen*.

U 1976.330 H angår Merværdiafgiftslovens § 7, der taler om oprettelsesafgifter og andre beløb, som leverandøren afkräver modtageren som betingelse for levering af varer og afgiftspligtige ydelser. Et indskud til finansiering omfattedes if dommen af udtrykket »andre beløb« og måtte ganske sidestilles med tilslutninger (en tilføjelse, som formentlig var overflødig).

U 1986.541 H fandt ikke, at det foreliggende forhold kunne sidestilles med overdragelse af en virksomhed eller en del af denne, jfr Merværdiafgiftslovens § 12, stk 5 – og det uanset at skattemyndighederne henviste til nogle alm udtalelser i FT 1968/69 A sp 2520 om formålet med bestemmelsen, smh senere U 1987.73 H og 1987.167 H.

U 1986.280 nægtede at anvende Stempellovens § 34, stk 4 og § 36 om stempelbegunstigelse på et tilfælde, som ikke omfattedes direkte af bestemmelserne, idet hverken landsret eller Højesteret fandt, at situationen kunne sidestilles med de tilfælde, der var omfattet af bestemmelserne.

En analogi lader sig ikke gennemføre, når der findes to love med beslægtede regler, f.eks om vareafgift, men kun det ene sæt regler indeholder en særlig modifikation i beregningsmetoden, medens dette ikke er tilfældet i det andet, jfr U 1980.170 H om forholdet mellem den alm Momslov og den særlige Lov om forbrugsbegrænsende foranstaltninger.

U 1975.870 kom til det resultat, at en institutionsbygning, der omfattede børnehaver og vuggestue, hverken direkte – heller ikke ved fortolkning – eller analogi kunne henføres under udtrykket »skoler« i *Afskrivningslovens § 18, stk 1 b*. Såvel efter forarbejder som efter en naturlig forståelse af ordene ansås opregningen i lovene for udtømmende.

U 1987.390 om *Arveafgiftsloven § 14 A*, om udsættelse med betalingspligt betinget af, at der ikke (trykfejl i UfR) efterlades livssarvinger. Der fandtes ikke i forarbejderne eller i det i øvrigt anførte tilstrækkeligt grundlag for analogi til tilfælde, hvor førstafdødes sær-barn har meddelt arveafkald mod vederlag. Der henvises i noten til Betænkning 1014/1984 (der dog ikke er et forarbejde), og til FT 1975/76 sp 55, 631, 9595 samt A sp 1 og B sp 1188, som dog ikke synes at indeholde klare udtalelser herom.

Undertiden foretages der en omskrivning af præmisserne i en dom, som tager direkte stilling til spørgsmålet, således at der i hovedet tales som »sidestilling«, jfr U 1989.892 H om de såkaldte »demonstratricer«, som ikke – bortset fra undtagelsestilfælde – optog ordrer og således ikke som de i Ligningsrådets anvisninger omtalte sælgere havde krav på visse standardsfradrag.

Retspraksis på dette område viser, at domstolene synes at vige tilbage fra at anvende analogislutninger overhovedet, medmindre der foreligger en fuldstændig lovanalogi (»ganske sidestilles«, jfr U 1980.121 H og 1982.331 H). Altså på et område, som ikke dækkes af en regel svarende til StrfL § 1. Men synspunktet kan til en vis grad begrundes med samme betragtning. På områder med stærke indgreb i den private sfære bør der herske fuldstændig klarhed over, hvilke regler der gælder. Noget andet er, at dette synspunkt ikke følges op af lovgivning og administration på dette område, hvor indviklethed og uoverskuelighed er væsentlige kendeteogn. Men så har domstolene dog gjort en indsats i en relation, hvor de har mulighed herfor.

### I. Forskellige lovbestemmelser

U 1979.287 anvender *Sømandslovens § 12*, hvorefter en sømand har ret til fratræden ved krigsfare og epidemi, på en situation, der var præget af sørøveri og piratvirksomhed. Sømanden havde påberåbt sig en analogi af § 12. Sø- og Handelsretten tiltrådte, at sømanden kunne kræve fratræden »under de ganske særlige omstændigheder, . . . som må antages at have været bestemmende for reglen i § 12«, hvilket i »hovedet« til dommen omskrives til,

at situationen var ligestillet med de i § 12 beskrevne tilfælde. Retten har altså ikke villet bruge udtrykket »analogi« eller »ligestilling«, men har svøbt begrundelsen ind i andre vender.

U 1984.972 H fastslår først, at *Vejlovens kap 9* alene angår nedlæggelse af offentlige veje, men finder det »naturligt« at anvende reglerne analogt på formindskelse af vejbredten, hvor færdselsmæssige grunde ikke taler herimod.

Et meget stort antal domme angående fortolkning af forskellige særbestemmelser har ikke villet anvende analogislutninger. Dette gælder således U 1981.613 om Registerlovens § 9 (en religiøs organisations påstand om destruktion eller fjernelse af bilag vedr dens forhold), U 1976.45 H om overgangsbestemmelsen i lov om registrerede revisorer § 12, stk 2, nr 3 (motiveret med begrundelsen for ændring af bestemmelsen i Folketinget), U 1981.897 om Folkepensionslovens § 7 (tegning af livsforsikring – ikke »udvidende fortolkning« af bestemmelsen), U 1956.400 om den dagældende regel i Banklovens § 13, stk 5 (bankers pligt til at give meddelelse til kautionister, ikke anvendt i forhold til tredjemandspanthaver, men henvisning til alm retsgrundssætninger, jfr om dommen *Morten Kjærum* i Justitia 3/1984.25), U 1951.290 H (ansvarsreglen i Jernbaneagens § 7 ikke anvendt på følger af gnisster fra en privat roebane – motiveret med ordførerudtalelse i Folketinget), U 1965.19 H, jfr 1964.426 (om den tidl Jernbaneforordnings § 20 om indløsningsret ikke anvendt på stationsarealer – motiveret med ordlyd og forarbejder, jfr *Spleth* i U 1965 B.154 ff).

Om bortfald eller nedsættelse af krav efter *Forsikringsaftalelovens* §§ 18 og 19 som følge af den sikredes optræden bestemmer § 85, at dette også gælder samlevende ægtefæller. U 1989.82 tog ikke stilling til, om bestemmelsen kunne anvendes på samlivsforhold, men afviste det i det foreliggende tilfælde. NRT 1975.50 anvendte derimod den tilsvarende norske bestemmelse vedr et 20-årigt samlivsforhold, se hertil *Lyngsø* i J 1981.20.

U 1988.892 H tog stilling til anvendelse af en skattemæssig praksis om standardfradrag for handelsrejsende for rejsegade. Problemet var, om dette også gjaldt personer, der demonstrerede varer i detailforretninger, men ikke formidlede salg, men resultatet blev, at de ikke kunne »sidestilles« med handelsrejsende.

En særlig anvendelse af principper kommer frem, når de henvises til praksis på andre områder end det foreliggende. U 1989.766 om beregning af feriegodtgørelse ved fratræden lagde vægt på det fra skatteretten kendte »udbetalingsprincip« i modsætning til »optjeningsprincippet«, der kan medføre besværligheder, hvis der som f eks for provisionslønneude skal gås længere tilbage i tiden. (En dissens og skifteretten var kommet til det modsatte resultat).

### III. Fuldstændig lovanalogi

#### A. Straffeloven

Efter Strfl § 1 kræves, for at der kan idømmes straf, at strafbarheden er hjemlet ved lov, eller at der ganske må ligestilles med et sådant. I den strafferetlige litteratur gøres der rede for denne regel, dens begrundelse og dens konsekvenser. En analogi skal herefter være, hvad man kalder »en fuldstændig lovanalogi«, men der er tvivl om, hvad der nærmere ligger heri. Det kræves traditionelt, at det foreliggende forhold i høj grad ligner det, der er beskrevet i straffebestemmelsen, og at der i alt væsentligt er lige så stærke grunde til at straffe

som dem, man finder bag lovens udtrykkelige kriminalisering, jfr *Waaben: Strafferettens ansvarslære*, 1987.56. Undertiden skærpes disse krav, jfr *Hurwitz: Alm Del.*, 4. udg, 1971.89 f, der omskriver kravet derhen, at det ville være en ren formalisme, om loven ikke blev udvidet. Der er almindelighed enighed om, at der ikke stilles tilsvarende krav ved anvendelse af regler til gunst for tiltalte, f eks strafnedsættelsesgrunde, straffriheds- og ophørsgrunde.

Det anføres også i strafferetslitteraturen, at domfældelse i medfør af analogi er en relativt sjælden afgørelse, og at lovgivningen, hvis det sker, må overveje en lovændring, således at forholdet fremtidig indføres udtrykkeligt under straffebestemmelsen.

En gennemgang af retspraksis viser imidlertid, at Højesteret som hovedregel helt undgår at anvende analogier, men i stedet henfører et forhold direkte under lovbestemmelsen, uanset at der undertiden nok kan rejse tvivl om, hvorvidt dette er umiddelbart forståeligt for den, der uden særlige forkundskaber læser teksten heri. Derimod synes underinstanserne at være mere tilbøjelig til at anvende analogier.

Undertiden udtrykker H sig således, at man synes helt at udelukke analogi på grundlag af StrfL § 1. I sagen U 1986.183 H om bødeansvar efter Kildeskattelovens § 77 for kommuner fastslår landsretten, at forholdet ikke omfattes af ordlyden i § 77, og at betingelserne efter StrfL § 1 for analogisk anvendelse ikke er opfyldt. H nøjes med at fastslå, at § 77 »som ved dommen antaget« ikke indeholder hjemmel for at pålægge en kommune ansvar.

U 1986.69 synes at anerkende anklagemyndighedens standpunkt, hvorefter et konfiskationskrav måtte »sidestilles med et tingligt krav« og dermed begrunde en særstilling over for et proklama i et gældsfragåelsesbo, jfr herved StrfL § 76, stk 3 om særligt sikrede rettigheder. Det kan dog diskuteres, om dette standpunkt virkelig er korrekt, og en fuldstændig analogi har ikke været på tale.

Jo mindre gennemarbejdet, og jo mere kortfattet en straffelov er, desto større grund er der til at anvende analogier, jfr *Andenæs i NTfK 1981.83*. Lovgiveren står altså over for et dilemma: En straffelov bør være så klar og udtømmende, at borgerne let kan se, hvad der er strafbart. Men til gengæld bliver konsekvenserne, at domstolene stiller sig mere avisende over for at anvende en sådan bestemmelse analogt. Der må altså udvises megen omhu ved udformning af strafferegler, og ved udformning må koncipisten være meget forudseende. Men det er ikke altid let at forudse, hvilke situationer der kan opstå i praksis, og – navnlig inden for skattestrafferetten og i øvrigt også andre specialområder – ledes der ofte efter huller i lovgivningen, således at denne kan omgås. Analogislutninger får derfor en særlig betydning i omgåelsestilfælde.

Den norske Grundlov § 96 fastslår, at ingen kan dømmes – hvorved sigtes til straffedomme – uden efter lov. Dette var tænkt som en skærpelse i forhold til tidl ret, men det antages, at

udviklingen i retspraksis ville være gået på samme måde, selv om denne bestemmelse ikke var blevet gennemført. Den omstændighed, at man har fået et mere gennemarbejdet strafesystem, bevirker, at det nu f eks ikke er nødvendigt – som tidligere – at straffe vanrøgt af børn efter en analogi af regler om vanrøgt af dyr. Ved anvendelse af meget gamle bestemmelser står praksis stadig ret frit, jfr NRT 1897.727 om straf for Frelserarmeens musiceren ud fra en analogi i politiforordning fra 1701 om »forfængelig lystighed og det deslige« efter kl 10 aften, jfr hertil *Eckhof*.109.

Se hertil *Johs Andenæs*: Alminnelig strafferet, 2. udg, 1974.124-128, der ved fuldstændig lovanalogi forstår en analogi i tilfælde, hvor der ikke kan tænkes nogen rimelig grund til forskellig behandling i lovgivningen. Der synes også lagt vægt på, om det ville være naturligt at give en fællesregel for tilfældene. De anførte afgørelser i NRT 1918 1.858, 1929.330, 1961.547 og 1973.433 tyder på, at praksis – ligesom i Danmark – foretrækker at henvise til en fortolkning af straffereglen frem for en analogi herfra.

*StrfL § 51, stk 2*, udtaler, at der ved udmåling af bødestraffe bør tages hensyn til fortjenesten, der er eller kunne være opnået, U 1985.403 H stadfæster en bødestraf under hensyn til omfanget og varigheden af det ulovlige forhold »også under hensyn til princippet i strafelovens § 51, stk 2«, en tilføjelse, der egentlig er overflødig.

*StrfL § 61, stk 1* hjemler fællesstraf, når der inden prøvetidens udløb foretages rettergangsskridt med sigtelse for forhold, begået før en betinget dom. Under anketil Højesteret i sagen U 1976.388 H idømtes betinget straf for forhold, begået før byretsdommen i ankesagen.

Højesteret idømte fællesstraf efter § 61, stk 1 eller dennes analogi. Det drejede sig herefter ikke om en situation, som bestemmelsen i § 1 må antages at have til hensigt at gøre op med.

De følgende domme angår derimod anvendelsen af forskellige bestemmelser, der beskriver *gerningsindholdet*:

*StrfL § 119* angår vold mod dem, der handler i off tjeneste eller hverv under deres udførelse heraf eller i anledning heraf. U 1938.640 anvendte analogien heraf i et tilfælde, hvor personen ved voldens udførelse var fratrædt sit hverv. Forholdet kunne formentlig have været henført direkte under bestemmelsen.

*StrfL § 129* omhandler bl a uberettiget off meddelelse om forhandlinger af fortrolig karakter inden for off råd og myndigheder. Underretten anvendte i U 1934.719 H § 129 analogt på forhandlinger i Statsministeriet indkaldt af statsministeren til fortrolig drøftelse af et lovforslag mellem ham og andre politikere, landsretten anvendte § 129 »i hvert fald analogisk«, Højesteret direkte. Hvilket formentlig efter ordlyden var fuldt berettiget.

*StrfL § 125, stk 2* om straffrihed for den, der hjælper nogle af sine nærmeste fra straffefølgning m v. I sagen U 1979.576 H om hjælp til en broders flugt fra fængsel, hvor han afsonede straf, var alle 3 instanser enige om, at bestemmelsen om straffritagelse ikke kunne anvendes analogt. Der kræves altså ikke fuldstændig lovanalogi, men sammenhængen med § 124 om bl a hjælp til en fængslet, hvor der ikke findes en tilsvarende straffrihedsbestemmelse, gør det klart, at en alm analogi heller ikke var mulig.

Underrettsdommene i J 1953.124 og 1942.335 anvendte derimod § 125, stk 1 analogt (henholdsvis om urigtig politiforklaring og afsoning for en anden).

*StrfL § 165* angår den, der til off myndighed anmelder en strafbar handling, der ikke er begået, såvel som den, der til sådan myndighed indgiver falske klagemål. VLT 1950.162 anvender analogien heraf på en person, der urigtigt over for politiet forklarede, at en person gav sig af med hvid slavehandel. Bestemmelsen kunne formentlig have været anvendt direkte, da der ikke gælder særlige formforskrifter for anmeldelser.

*StrfL § 176, stk 1 og 2* omtaler brug af genstande, der henholdsvis er forsynet med off

stempel eller mærke, der børger for ægthed, art, godhed eller mængde, henholdsvis med privat stempel eller mærke eller anden betegnelse, som angiver noget af betydning for samhandelen. U 1982.749 angik sammenstikning af franske vine, forsynet med etiketter svarende til den dyreste. Byretten anvendte § 176, stk 1, men landsretten finder, at etiketterne – uanset deres officielle præg – ganske kunne sidestilles med betegnelserne efter § 176, stk 2.

U 1945.554 anvendte analogien af Strafl § 176 på anbringelse af kødstrimler, forsynet med 1. kl stempel, i kasse, indeholdende 2. kl kød, da § 176 direkte alene rammer det forhold, at der gøres brug af genstande, der uberettiget er forsynet med offentlig stempel eller mærke. Selv den videste sproglige betydning af bestemmelsen kan ikke omfatte det foreliggende tilfælde. De genstande, som ligger i kassen, er aldeles uændrede. Afgørelsen kritiseres med rette af *Gomard*.132. Der er virkelig spørgsmål om analogi, og intet i forarbejderne viser, at man har tænkt på denne specielle form for misbrug.

U 1941.145 har anvendt *Strafl* § 177 på benytelse af feriemærker, fremstillet ved eftergørelse af de af postvæsenet benyttede feriemærker, postfrimærker med særligt påtryk (underretten havde benyttet den almindelige dokumentfalskbestemmelse i § 171, men spørgsmålet havde ikke været drøftet mellem forsvarer og anklager). En senere nævningsafgørelse henførte forholdet under § 171, ikke under § 177, U 1958.188, men da anvendte man ikke længere påtrykte frimærker. Forholdet er noget specielt. Man står over for et valg mellem to hver for sig strenge straffebestemmelser – om man vælger den ene eller den anden har ikke nogen som helst praktisk betydning, og § 177 nævner direkte i sin opregning »postfri-mærker«.

*Strafl* § 178 rammer den, der for at skille nogen ved hans ret tilintetgør, bortskaffer eller helt eller delvis ubrugbargør et bevismiddel, der er tjenligt til at benyttes som sådant i et retsforhold. Det er helt klar efter bestemmelsens forhistorie, at man ved bevismidler ikke blot sigter til dokumentbeviser, men i det hele taget til enhver form for bevismiddel. Bestemmelsen kunne måske også anvendes på bortfjernelse af personer som bevismidler, hvad dog, som anført af *Hurwitz*: Kriminalret, Speciel del .1150, forekommer noget kunstigt. Dette forhold ligger derimod inden for »ordgrænsen«, hvis denne fastlægges efter den videst mulige forståelse af udtrykket.

Det er et spørgsmål, hvorvidt bestemmelsen er anvendelig, evt analogt, i et tilfælde, hvor en person for at undgå domfældelse i en faderskabssag bevæger en anden til at møde for sig til udtagelse af blodprøve og forevise skattekillet som legitimations. U 1955.203 »henførte« forholdet under §§ 174 og 178 uden udtrykkelig at tage stilling til, hvorvidt § 178 var anvendt analogt, hvilken mulighed var anført i anklageskriftet. Ved anken anvendte U 1956.259 H derimod §§ 174 og 178 direkte. En dommer dissentierede og udtalte, at forholdet ikke kunne henføres under § 178 eller bestemmelsens analogi. I TfR 1957.335 kommenterer *JL Frost* afgørelsen derhen, at Højesteret herefter har ment, at forholdet »lå så nær op ad bortskaffelse af et bevismiddel, at det kunne henføres under denne bestemmelse, uden at det var nødvendigt at påberåbe sig bestemmelsens analogi«. I den samme kommentar nævnes, at der næppe kan være tvivl om, at § 178 først og fremmest tage sigte på handlinger, der er rettet direkte mod bevismidlet, og hvorved dette undrages fra at benyttes som sådant. *Hurwitz*: Kriminalret, Speciel del .151 tager stilling til landsrettens afgørelse, som forelå dengang, og udtaler herom, at landsretten med tvivlsom føje – formentlig analogisk – har anvendt bestemmelsen i det foreliggende tilfælde.

U 1966.602 H, der ændrer U 1966.327, frifinder efter *Strafl* § 184, der taler om forstyrrelse af sikkerheden for færdsel på *offentlige færdselsveje* i et tilfælde, hvor der af hensyn til kreaturpassage var spærret på en adgangsvej til nogle få landbrugsejendomme og mose-lodder, medens underretten havde anvendt § 184 direkte, landsretten § 184 ved en fuldstændig lovanalogi. Derimod dømte H efter Færdselslov § 58, stk 5, der forudsætter, at Færd-

selsloven i det hele finder anvendelse. Herom foreligger der en righoldig praksis, som i det hele anlægger en streng fortolkning af udtrykket i § 1: »*færdsel på vej, som benyttes til alm færdsel af en eller flere færdselsarter*«.

*StrfL § 219* omhandler den, der som ansat eller tilsynsførende ved fængsel, børne- eller ungdomshjem eller lignende institution har samleje med en person, optaget i institutionen. U 1988.79 frifinder i et tilfælde, hvor en person var godkendt til at tage børn og unge i døgnpleje, idet forholdet findes hverken at kunne henføres under § 219 eller dens analogi. Afgørende er forarbejderne; der forelå ikke et egentligt anstaltsforhold, jfr hertil *Nygaard* i U 1988 B.1856 ff.

*StrfL § 234* straffer alene den, der til personer under 16 år sælger utugtige billeder eller genstande, og U 1971.435 H fandt denne bestemmelse uanvendelig på forhandling fra automat. If motiverne, FT 1968/69 A 3055 havde man ændret formuleringen »tilbyder eller overlader« for at holde den private overgivelse udenfor. Der var ikke procederet på analogimuligheder, jfr *Trolle* i U 1971 B.258, hvad han heller ikke mener ville have ført til noget resultat. Det sidste er sikkert rigtigt, men det første næppe berettiget. Bag ved afgørelsen ligger vel nok den alm uvilje mod i det hele at ramme sådanne pornografitilfælde, efter den udvikling som der er sket. Et skilt med forbud mod benyttelse af unge personer ville utvivlsomt have virket mod indholdet (hensigten?) af et sådant skilt. Bøden efter politivedtægten har retten sikkert anset for fuldt ud tilstrækkelig. Se i øvrigt om problemet: *Brydensholt* i J 1969.294.

Efter ordene i § 263, *stk 1, nr 1*, der endog omfatter »anden lukket meddelelse eller optegnelse«, altså ikke blot breve o.l., og forarbejderne, jfr Kommissionsudkast 1912.237, der nævner telefonmeddelelser, sammenholdt med, at den tekniske forskel mellem telefon og telegram er udvistet, kunne man meget vel have anvendt bestemmelsen direkte på en hemmelig lytteanordning, U 1940.156 anvender analogien af bestemmelsen, se kritikken hos *Gomard* .131, 134, *samme* i U 1963 B.212. Men nu er forholdet blevet dækket – og mere end det – ved en tilføjelse som nr 3.

*StrfL § 264 d* rammer videregivelse af meddelelser og billeder vedr en anden persons private forhold eller iøvrigt af den påg under omstændigheder, der åbenbart kan forlanges unddraget offentligheden, men der er indføjet som en betingelse, at dette skal være sket »uberettiget«. U 1989.726 H har benyttet dette til at fastslå, at grundsætningen i § 264 d medfører, offentliggørelse som udgangspunkt kun er berettiget, når der foreligger samtykke fra den pågældende selv, hvilket så må bero på en nærmere overvejelse af de krydsende hensyn, jfr *Hermann* i U 1990. 32-36. I denne relation har bemærkningen om grundsætningen særlig hjemmel i bestemmelsen, når den anvender den ofte anvendte terminologi om »uberettiget«, hvorved bolden gives op til domstolene om at foretage den fornødne udfyldning.

*StrfL § 266 b* indeholder en almindeligt kriminalisering af udtalelser, hvorefter grupper af personer trues, forhånes eller nedværdiges på grund af race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuel orientering. Denne bestemmelse blev ved afgørelsen i U 1988.788 ikke anvendt over for en antisemitsk udtalelse, fremsat af en tysk statsborger, bosat her i landet med udtrykkelig henvisning til forarbejderne, som citeres udførligt, idet bestemmelsen alene skal anvendes på forhold af en vis ikke ubetydelig grovhed. Der henvises også til hidtidig retspraksis, som er i overensstemmelse hermed. Vægten lægges også på anvendelsen af ordet »nedværdiges«, som blev indsats ved en ændring i Folketinget.

Om anvendelsen af grundsætningen i § 269 om straffrihed for sigtelser udtaler U 1987.363, at betingelserne for anvendelse af grundsætningen i § 269 ikke var opfyldt i et tilfælde, hvor det ikke drejede sig om fremsættelse, men om udbredelse af sigtelser. Loven nævner kun fremsættelse, men muligheden for analogi synes at være holdt åben ved afgørelsen.

Nogle særlige problemer foreligger, når der er sket *tekniske ændringer* siden et lovbuds formulering, se herom *Gomard* i U 1963 B.212-213. Lovgiveren er ikke så vidtskuende, at han forudset enhver ændring i de tekniske metoder. Et skoleeksempel på en sådan forudseenhed er dog StrfL § 276, 2. pkt om, at energimængder, fremstillet, opbevaret eller taget i brug til frembringelse af lys, varme, kraft eller bevægelse, eller i andet økonomisk øjemed, skal sidestilles med rørlige ting. Men forklaringen er den enkle, at man var bekendt med problemet, idet andre lande havde sat sig nødsaget til at gennemføre særlove for at ramme de nye tilfælde, som kunne opstå som følge af teknikkens fremskridt.

Har lovgivningen ikke været så forudseende, bevirker den alm tendens til at *harmonisere* i retsanvendelsen, at den ved fortolkning og analogier søger at opnå denne overensstemmelse, jfr *Stuer Lauridsen* .555 ff.

Det er helt klart, at *StrfL* § 275, der rammer den, der fremsætter sigtelser i navnløs eller med urigtigt eller opdigtet navn forsynet skrivelse, ikke sprogligt kan dække den, der benytter sig af anonyme telefonoppringninger. Alligevel henviser U 1939.194 direkte til § 275. Sagen angik dog ikke direkte spørgsmål om straf, men derimod om telefonselskabets pligt til at give oplysninger herom til politiet, jfr den tidi bestemmelse i Rpl § 809, hvis grundsætning anvendtes. U 1935.1147 om et tilsvarende tilfælde havde henvist til analogien af § 275. Sprogligt kan man ikke strække bestemmelsen så vidt.

U 1959.581 har ikke ville anvende *StrfL* § 303 eller dennes fuldstændige analogi på *modtagelse af stjålne penge som betaling*. § 303 kræver, at man har »tilforhandlet sig« eller »på anden lignende måde modtaget« ting, der er erhvervet ved en berigelsesforbrydelse. Men reglen kunne vel simpelthen være anvendt direkte. Den er jo vidtrækende. Formuleringen har den særlige betydning, at lovgivningen hermed har sat en bremse for *modsætningslutter*, den har netop bevidst ikke villet gøre op med alle grænsetilfælde. Afgørelsen forekommer meget mærkelig. Hovedformuleringen er møntet på det forhold, at der erhverves *lösøre* e l, men det er helt klart, at berigelsesforbrydelser trods udtryk som »ting« i §§ 276-278 også omfatter *penge*, og det står fast, at hæleribestemmelserne også gælder de tilfælde, hvor der ydes fuldt vederlag for det stjålne m v. Men penge kan naturligvis aldrig »tilforhandles« – medmindre det drejer sig om sjældne mønter m v – de erhverves først og fremmest som *betaling*. Men bestemmelsen angår netop andet og mere end »tilforhandling«. Betaling med underslæbte frimærker er da også ifølge Højesteret »med rette« blevet henført under § 303 (og ikke under dennes analogi), U 1958.543 H. Hvordan det så forholder sig med erhververens subjektive forhold er en anden sag, penge lugter normalt ikke så stærkt som andet gods.

Se om spørgsmålet *Gomard* .132-133.

Som nævnt foran i afsnit I antages det almindeligt, at en udvidende fortolkning og analogi *til fordel for den tiltalte* i en straffesag er tilladelig uden de begrænsninger, som ellers måtte gælde inden for strafferetten, jfr *Andenæs*: Alm. Strafferett .128, NRT 1961.547, 1978.1046, 1983.628 og 1984.979 om anvendelsen af *StrfL* § 56, nr 2 i et tilfælde, hvor der kun forelå en stærk nedsættelse af bevidstheden.

Tilsvarende synspunkter er blevet fremført i Forvaltningsretten om fortolkning og analogislutning til fordel for de private borgere. Dette kan dog ikke antages, jfr *Bent Christensen*: Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, 1980 .214-216 med henvisning til retspraksis. Dels kan det ofte være vanskeligt at fastslå, hvad der – alt taget i betragtning – er det gunstigste for borgeren, dels

kan det, der er til gunst for visse borgere, have den modsatte virkning i forhold til andre, hvad enten der i denne forbindelse er tale om bestemt påviselige enkeltpersoner eller mere ubestemte kredse af personer.

Gennemgangen af disse tilfælde viser p d e s, at *domstolene i de fleste tilfælde, hvor man har været inde på at anvende analogier, meget vel kunne være kommet til resultatet ved en fortolkning*, og p d a s, at *Højesteret er utilbøjelig til at anvende analogislutning, hvor resultatet ikke kunne nås ved fortolkning*.

Den norske Højesteret menes ikke at have bygget nogen afgørelse på analogi i dette århundrede, men har alligevel straffet til trods for, at lovens ordlyd ikke passede på tilfældet, jfr f eks NRt 1973.433, 1961.547, 1959.501, se *Andenæs: Alminnelig strafferett*, 1974.125.

### B. Specialstrafferetten

Uanset at Strfl § 1 finder anvendelse inden for *specialstrafferetten*, jfr lovens § 2, er det blevet gjort gældende, at der bør være friere adgang til analogislutninger i denne del af strafferetten, idet der henvises til forholdenes mindre alvorlige karakter, sammenhængen med de civilretlige og administrative regler, udøvernes kendskab til de specielle forhold og mulighed for strafbortfald efter Straffelovens § 84, stk 2, jfr stk 1, nr 3, *Gomard*.140-147. Det fremhæves dog, at den tilfældige placering i eller uden for Straffeloven ikke altid bør være afgørende.

Det er vanskeligt at se, hvorledes dette kan forenes med reglen i Straffelovens § 2, og de anførte betragtninger om forskellen kan ikke tillægges vægt. Også ud fra metodiske synspunkter er standpunktet anfægteligt, jfr *Bent Unmark Larsen* i NTfK 1970.270-278. I hvert fald kan kendskab til specialregler ofte være ringe. Selv meget kyndige kan komme til at overtræde specialregler, som gælder inden for deres område, og Straffelovens § 84 ses da også ofte påbegyndt netop i denne forbindelse.

I sagen om aktionærlån, U 1952.30 H, tog H da også afstand fra at sidestille forholdet med, hvad loven direkte omtalte, retten afviste en analogi, jfr herom ndf. Derimod har U 1943.1098 H anvendt en specialbestemmelse, herunder navnlig en bestemmelse i en sundhedsvedtægt, der brugte vendingen »udbyde til forhandling«, uanset at sådant udbud ikke var sket, tilberedelsen end ikke afsluttet. Der bruges imidlertid ikke en analogi, bestemmelserne »må forstås således, at de omfatter tiltaltes forhold til den stedfundne fremstilling«. Forsøgsstraffen ville også være udelukket efter Straffelovens § 21, stk 3. Som anført af *Gomard*.150 går denne fortolkning langt ud over både naturlig læsemåde og ordgrænse, en ren forsøgshandling er blevet ramt. Afgørelsen kan ikke forklares ved en henvisning til, at landet var uden regering og lovgivningsmagt, jfr således *Unmark Larsen* anf sted .277, idet domstolene på sådanne områder virkede som under normale forhold (og underinstansernes afgørelser var truffet allerede i 1942). Men man har, hvad selvfølgelig er diskutabelt, anvendt bestemmelserne direkte på tilfælde, hvor udbudet kun er blevet forhindret ved det offentliges indgreb.

Konklusionen må da sikkert blive, at man i det hele på områder, hvor Straffelovens § 1 gælder, herunder også specialstrafferetten, kun bruger analogier, hvor der foreligger *omgåelse* eller – udtrykt på en anden måde – hvor det ville være en *formalisme*, om reglen ikke blev anvendt.

Inden for specialstrafferetten findes der ofte eksempler på, at selv vanskelige fortolkningsproblemer bliver afgjort under straffesagen, og man går ud fra, at den afgørelse, som hermed træffes, generelt anses for afgørende for forståelsen af den bestemmelse, som der er rejst tiltale for. Det kan i sådanne tilfælde virke for overvældende, at der idømmes straf, idet det erkendes – undertiden også af dissentierende dommere – at de handlende med god grund kunne forstå bestemmelsen på en for dem gunstigere måde. Strfl § 84 kan da evt anvendes.

Jfr herom *Bent Christensen*: Forvaltningsret, Hjemmelsspørgsmål, 1980.202 ff med gennemgang af retspraksis, afgørelserne i U 1967.469 H, 1973.23 H og 1970.498 H anvender direkte de bestemmelser, som der er rejst tiltale efter – den sidstnævnte afgørelse frifatter for straf efter Strfl § 84, stk 2, jfr stk 1 nr 3. U 1975.5 H frifinder for afspærring af færdsel i skov (før nye regler herom blev gennemført); en dissens ville vel dømme, men frifrage for straf efter den nævnte bestemmelse.

Problemet får en særlig karakter ved anvendelse af regler i *Skattestrafferetten*. I sager af denne art er der ikke alene spørgsmål om at få fastslået grænserne for, hvad der er tilladeligt, og hvad der er forbudt, men om, hvor langt et ansvar for overtrædelse af skattemæssige regler rækker. Spørgsmålet har særligt været fremme i forbindelse med forståelsen af Skattekontollovens § 18, hvorefter såvel personlige ejere som selskaber mv kan pålægges ansvar for andres overtrædelse af skattemæssige bestemmelser. Hvis der findes andre regler, som umiddelbart dækker forholdet, er en analog anvendelse allerede af denne grund udelukket. Men hvis dette ikke er tilfældet, er spørgsmålet, om analogi overhovedet er tilladelig efter Strfl § 1. Hvad enten man på dette område vil kræve, hvad der traditionelt betegnes som en fuldstændig lovanalogi eller blot en analogi, er der det særlige forhold, at der er tale om et *objektivt* ansvar for andres lovovertrædelser. Et sådant ansvar kan formentlig kun rammes i tilfælde, hvor loven er direkte anvendelig.

Se herom diskussionen i U 1987 B.31-137 (*Nils Hansen*) og B.200-206 (*Jan Pedersen*) samt *Sysette Vinding Kruse*: Erhvervslivets kriminalitet .341.

Fra færdselsretten kan anføres forskellige eksempler. U 1979.659 fandt, at en passager ved at trække i håndbremsen havde grebet så væsentligt ind i føringen, at hans optræden kunne sidestilles med føring eller forsøg herpå, jfr Færdselslovens § 53. En anden færdsels sag, U 1982.1040, angik et tilfælde, hvor der i 1976 var idømt bøde med frakendelse af kørekort, men fuldbydelsen bortfaldt efter § 138, stk 2 ved lovens ikrafttræden. Forholdet kunne ikke sidestilles med spirituskørsel efter den nye færdselslov, hvorfor dommen ikke fik gentagelsesvirkning.

*Luftfartslovens* § 1 og § 4, stk 1 gælder kun for luftfart inden for dansk område samt

luftfart uden for dansk område med dansk luftfartøj. U 1988.1027 H fastslog, at ved dansk luftfartøj forstås et i Danmark registreret luftfartøj. H fandt herefter ikke grundlag for i medfør af StrfL § 1 at anvende loven analogt på SAS-luftfartøjer, som ikke er registreret i Danmark.

Nogle afgørelser angår *RpL* § 31. 1988.365 H anvender en analogi af § 31, hvor en kombination af oplysninger identificerede personen lige så effektivt, som hvis navn, erhverv og bopæl havde været offentliggjort, jfr U 1983.620, der fandt, at betegnelsen ganske måtte sidestilles med identifikationen i § 31, se derimod U 1982.1034, der fandt det overvejende betænkligt at anvende analogien, se hertil § 2 II.A.2°g. U 1980.983 anvendte § 31 direkte (»politimand« var angivelse af stilling). U 1980.378 H anvendte § 31 direkte på en redaktørs benyttelse af fotografi, optaget i retsmøde uden tilladelse – byret og landsret havde fri-fundet.

U 1978.926 H anvendte *Lægelovens* § 25 om forbud mod operative indgreb uden autorisation som læge på akupunktur – formentlig direkte – medens landsretten havde anvendt vendingen, at forholdet kunne sidestilles med det i loven beskrevne.

U 1976.869 angik *Værnepligtlovens* § 11, stk 1 om til sidesættelse af pligt til at fremstille sig på session. En værnepligtig nægtede at medvirke til psykologiske og psykotekniske prøver. Landsretten fandt, at forholdet måtte sidestilles med undladelse af et møde på session (dissens).

U 1960.186 H, jfr U 1959.556 anså deltagelse i et kædebrevssystem som en *indsamling* i Indsamlingslovens forstand (dissens, jfr *Gomard*.138 f, jfr 142).

En række ældre afgørelser om overtrædelse af de dagældende *nærings- og lukkelove*, jfr f eks U 1962.218 og 1966.192, som tildels anvendte analogier af de ældre bestemmelser, har ikke længere direkte betydning, jfr nu reglen i Næringslovens § 10, stk 2, der har fastslået, hvad der er »fast forretningssted«.

Tidl var der stærk diskussion om *aktionærlån*, idet problemet efter den tidl Aktieselskabslovs § 37 var, om de kunne betegnes som nedsættelse af aktiekapitalen. Selv efter den videste sproglige forståelse var dette ikke muligt. U 1944.598 fandt dog, at forholdene kunne sidestilles, medens landsretten i U 1952.30 H mente, at der måtte sondres mellem forskellige tilfælde. Højesteret understregede, at der ikke af landsretten var fastslået sådanne særlige omstændigheder, at forholdene kunne ligestilles. Disse spørgsmål er løst ved senere lovgivning.

I særlovgivningen findes ofte en bestemmelse om, at straf også kan pålægges »aktieselskaber, andelsselskaber eller lignende«. Spørgsmålet er så, om bestemmelsen kan anvendes analogt på *interessentskaber*. En analog anvendelse heraf er nægtet ved U 1989.868 om Miljølovens § 83, stk 4, idet det anføres, at interessentskaber i modsætning til de særlig nævnte selskaber er karakteriseret ved, at deltagerne hæfter personligt for selskabernes gæld.

*Mads Andenæs* i Lov og rett 1983.163-199 fremhæver vel, at der kræves mere til at gå langt ved fortolkning af skønsmæssige regler i civilretten sammenlignet med strafferetten og omtaler i denne forbindelse den nævnte afgørelse i U 1952.30 H – hvor problemet civilretligt muligvis kunne være løst på anden måde – men nævner som en mulighed, at en strafferetlig afgørelse kan blive vejledende også med henblik på den civilretlige forståelse. Gen-nemgangen af den norske Prislovs § 18 viser imidlertid, at der ved fortolkning af denne bestemmelse næppe bliver forskel mellem den civilretlige og den strafferetlige forståelse.

### C. Andre lovbestemmelser

Også uden for sådanne områder sker det, at man ser hen til, om der foreligger en »fuldstændig lovanalogi«. Det er i hvert fald nævnt i en kommentar til U 1967.15 H om erstatning efter Byplanlov eller Byreguleringslov. Ved *erstatningsfri reguleringer* må man være meget varsom med en »smidig« fortolkning i myndighedernes favør, siges det i en kommentar til dommen ved *Spleth* i U 1967 B.72-74, og senere i samme kommentar, at der i hvert fald ikke foreligger en »fuldstændig lovanalogi«. Bag ved disse betragtninger ligger vel en fornemmelse af, at man bør være varsom med fortolkninger af love, når det drejer sig om indgreb over for borgerne, hvad enten det nu drejer sig om straf-feretlige følger af en handling, om andre frihedsberøvende foranstaltninger, eller der er spørgsmål om indgreb uden erstatning i borgernes velerhvervede rettigheder.

Selv uden en positiv regel som den, der findes i Strfl § 1, ville domstolene sikkert være meget tilbageholdende, når det drejer sig om udvidende fortolkning eller analogi fra lovregler, som angår *frihedsberøvende foranstaltninger*. Dette blev fremhævet i den berømte Berning-sag, U 1925.277 H, der nægtede at anerkende frihedsindgreb over for en person, som tidl havde gjort sig skyldig i sædelighedsforbrydelser over for børn, og hvis sidste straf herfor var udlobet. Justitsministeriet påberåbte sig gamle bestemmelser i DL 1-19-7 og reskript af 15/2 1793 eller deres analogi, men det gik ikke, idet den pågældende hverken var sindssyg eller åndssvag. Allerede under hensyn til den dav Grl § 78 og lovgivningens øvrige bestemmelser om betingelserne for indgreb i den personlige frihed måtte der kræves en *direkte* og *utvetydig lovhjemmel* til frihedsberøvelsen. Lovgivningen måtte sættes i sving og udarbejde en særlig Lex Berning, lov nr 133 af 11/4 1925. Det kan derfor virke noget overraskenbde, at en senere afgørelse, U 1941.337 H, fik med til at forstå en bestemmelse i Forsorgsloven derhen, at anbringelse på arbejdsanstalt var en af de måder, på hvilke forsorgsmyndighederne kunne opfylde deres forsørgelsespligt. Landsretten og en dissens nægtede dette og brugte udtrykket fra 1925.277 H – der måtte kræves klar og utvetydig lovhjemmel – men flertallet lagde vægt på, at forståelsen stemte med den tidl retstilstand under Fattigloven. Man brugte ikke analogi – bestemmelsen skulle simpelthen forstås på den angivne måde.

### IV. Analogi – modsætningsslutning

Den almindelige opfattelse går ud på, at der kan tales både om analogislutninger og egentlige modsætningsslutninger. I dette sidste ligger, at en lovregel kan være således knyttet til de kendsgerninger, der bestemmer retsvirkningerne, at man deraf kan slutte, at der skal gælde en anden, eventuelt en modsat

regel, når disse kendsgerninger ikke foreligger, jfr således Juridisk Ordbog, der fremhæver, at en sådan slutning kun er tilladelig efter nøje prøvelse af reglens indhold, tilblivelse og forhold til den øvrige lovgivning. Af betydning er, om der er tale om en kodifikation, der må antages at ville gøre endeligt op med det emne, den angår, eller en kasuistisk eller dog mindre indgående lov, der holder sig til enkelte praktisk forekommende tilfælde. Der må udvises forsigtighed. Modsætningsslutninger er måske »den dårlige jurists kendetegn«, *Hellner* .72 (citat fra Gaarder).

Der foreligger forskellige muligheder:

1° Fortolkeren kommer til det resultat, at den i lovteksten angivne løsning kan anvendes i tilfælde, der klart ligger uden for den videst mulige sproglige forklaring eller uden for den fortolkning, som man under hensyn til lovmotiver m v må komme til, jfr ovenfor under I. Der foreligger da en *analogislutning*.

2° Fortolkeren kommer til det resultat, at den i lovteksten angivne løsning ikke lader sig anvende uden for det af lovteksten omfattede sproglige område, men må fastslå, at fortolkeren står helt frit, idet løsningen må findes ved hjælp af andre retlige betragtninger. Der kan ikke drages *nogen* som helst *slutning* fra lovteksten. Man står helt »neutral« overfor løsninger, jfr *Augdahl* .153, *Eckhoff* .145.

3° Fortolkeren kommer til det resultat, at man ikke kan anvende lovtekstens løsning uden for det angivne område, som afgrænses klart af sproglige grunde eller som følge af lovmotiver o l, men at man som *hovedregel* anvender den modsatte løsning, hvor de i lovteksten angivne forudsætninger ikke foreliger. Man kunne kalde dette for en *modificeret modsætningsslutning*.

4° Fortolkeren kommer til det resultat, at lovteksten på den under 3° nævnte måde har gjort op med de forskellige problemer, således at der herudenfor anvendes en regel, der står i modsætning til den, der gælder indenfor det omhandlede område. Man kunne kalde dette en en *egentlig eller kvalificeret modsætningsslutning*. Dette kan også betragtes som en avisning af en analogislutning, jfr Ross: Ret og retfærdighed .177, *Peter Blok* i J 1967.159-162.

Forslaget om at betegne den under 4° nævnte slutning som en »ikke-analogislutning« volde vanskeligheder, allerede fordi der er en fast terminologi, der bruger den mere mundrette betegnelse »modsætningsslutning«. I øvrigt kommer man til at mangle en tilsvarende rimelig betegnelse for den under 3° nævnte modificerede modsætningsslutning, hvilket vanskeligt kan klares på anden måde end ved at se bort fra den, således som Stuer Lauridsen i Retslæren .332-339 gør.

At der findes tilfælde, hvor fortolkeren står helt frit, jfr gruppe 2°, er helt utvivlsomt, jfr f eks U 1983.465, der nægter at anvende Tinglysningslovens §§ 34 og 35 analogt og derefter

falder tilbage på alm erstatningsregler. *Stuer Lauridsens* betragtninger .338 om sammenhængen mellem betragtninger om voldtægt og Tinglysningsloven § 42 forekommer noget anstrengt. I tysk ret understreges det undertiden, at en modsætningsslutning ikke blot er en negation af en analogislutning, jfr således *Egon Schneider*: Logik für Juristen, Berlin og Frankfurt, 1965.177-180: »Denn ob das Schweigen eine Rechtsversagung bedeutet, ist ja gerade Diskussionsthema. . . . Es ist daher nicht richtig, das Argumentum e contrario lediglich als Kehrseite des Analogischlusses zu bezeichnen«. Som illustration nævnes et forbud i en biograf mod at medtage børn under 3 år. Må man så have lov at medtage barnevogne? Der kan dog næppe være tvivl om, at forbudet ikke på nogen måde har taget stilling til dette problem. Der er kun gjort op med aldersspørgsmålet for personer. Men dette beror på selvstændige overvejelser: Har man ved forbudsformuleringen tænkt på medtagelse af alt overhovedet, alt der vedrører børn, eller netop kun aldersspørgsmålet?

Det anførte kan illustreres med en henvisning til Tinglysningslovens § 42: »Panteretten for hovedstolen ifølge tinglyst pantebrev i fast ejendom for en bestemt angiven sum forældes ikke,« se herom ovenfor under II.B.

De danske motiver understreger mange steder meget stærkt, at der ikke må drages modsætningsslutninger. Dette er også grundlaget for reglen i Aftl § 33, jfr Bilag 1 til regeringsforslaget .81. Ad § 31 udtales .74, at det fra reglen om ugyldighed kan sluttet modsætningsvis, at viljeserklæringer i *almindelighed* (fremhævet her) er ugyldige, når med kontrahenten er i god tro.

Det er nu almindelig anerkendt, at der ikke kan drages nogen analogislutning fra Aftl §§ 29 ff til de tilfælde, hvor der foreligger en svag ugyldighedsgrund i et tidligere omsætningsled, *Formuerettigheder* § 12. IV. 1. *Illum*: Dansk Tingsret. 3. udg, 1976.343, bl a fordi en sådan eksstinktionsregel ville blive langt farligere end den i Aftl omhandlede. Alligevel antages ofte eksstinktion i disse tilfælde, idet der til støtte herfor anføres særlige betragtninger. Tilfældet hører altså hjemme under gruppe 2°.

U 1965.182 forstår Hegnslovens § 32, stk 2 således, at civildommeren endeligt afgør spørgsmål om hegnsynsmænda habilitet. Der henvises dels til bestemmelsens forhistorie, dels til lov om landvæsensretter § 23, stk 2, forarbejderne og »modsætningsvis sidstnævntes lovs § 43«. Heri ligger formentlig, at den almindelige regel om appel (kære) over for landsretters afgørelser sker til landsret, evt videre til Højesteret, men at § 23, stk 2 om forkastelse af inhabilitetsindsigelse kun kan påkæres til landsret. I dette tilfælde kan det diskuteres, om det virkelig drejer sig om en modsætningsslutning. Det almindelige er vel, at domstolene i sådanne tilfælde taler om sammenhængen mellem forskellige lovregler.

U 1989.1103 angår spørgsmålet om modregning efter Momsloven. I forhold til 2 virksomheder, som i hen til § 5, stk 3 var registreret under ét, kunne Toldvæsenet over for begge virksomheders krav på indgående moms modregne med den ene virksomheds skyld til Eksportkreditrådet. H begrunder dette med, at § 5, stk 3 og 4, jfr § 23, må forstås således, at enhver af de fællesregistrerede virksomheder har stilling som kreditor i forhold til Toldvæsenet. Landsretten havde særligt bemærket, at det efter forarbejderne (FT 1966/67, A 2.

samling, sp 340) ikke var berettiget at slutte modsætningsvis fra lovens § 24, 2. pkt, hvorefter fællesregistrerede virksomheder hæfter solidarisk for *momsafgift*. Men denne betragtning indgik ikke i Højesterets begrundelse.

Et velkendt eksempel på en modsætningsslutning er Vinding Kruses slutning fra reglen i DL 6-17-5, nemlig til andre tilfælde end tyveriindsigelser over for torvekøb, Ejendomsretten II.1243. Dette var kritisabelt allerede på grund af sammenhængen med DL 5-8-12 og 5-7-4, men det er dog overdrevet, når Ross .183 taler om prokuratorkneb i denne forbindelse. DL 5-8-12 og 5-7-4 kunne dog måske fortolkes med visse forbehold. Men man er under alle omstændigheder ude på de usikre slutningsområder.

På et enkelt område synes den nævnte opfattelse, hvorefter ikke-analogi-slutninger og modsætningsslutninger er identiske, at være berettiget. Dette gælder de talrige domsafgørelser, der tager stilling til, hvorvidt Straffeloven kan anvendes uden for det område, der direkte omfattes af den angivne lovtekst, idet de alene udtaler sig om, hvorvidt en analogi kan antages eller ikke. Hvis man kommer til det resultat, at en analogislutning er uanvendelig, tales der altså ikke i disse afgørelser om, at man drager en modsætningsslutning. Dette hænger imidlertid sammen med indholdet af Straffelovens § 1, hvorefter straf kun kan pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant. Lovgiveren har én gang for alle bundet sig til den opfattelse, at der skal en hjemmel til, for at der kan straffes. En »ikke-analogislutning« bliver derfor på disse områder identisk med en modsætningsslutning.

Det samme problem kommer i øvrigt frem, hvor det drejer sig om analogi-slutninger fra undtagelsesreglen i loven, jfr nedenfor under V.

## V. Analogi fra undtagelsesregler

Det antages ofte, at analogislutning ikke kan drages fra undtagelsesregler, idet forudsætning for analogi er, at der er et »hul i lovgivningen«. I Juridisk Ordbog nævnes, at dette vel gælder som regel, men der gøres opmærksom på, at der kan forelægge tilfælde, navnlig i relation til ældre positive lovregler, hvorefter disse kan brydes, når analogien anvendes som fortolkningsmiddel (udvidende fortolkning). Opfattelsen fastholdes heller ikke i praksis, jfr Ross: Ret og retsfærdighed .176, *Eckhoff* .140, der heller ikke finder, at denne betingelse er vel begrundet. Opfattelsen ville med logisk sikkerhed føre til, at der aldrig kunne sluttet analogt fra undtagelsesregler: Alt, hvad der ikke omfattes af undtagelsen, opfanges af hovedreglen.

**Gjelsvik:** Innleiding i rettsstudiet, 1939.157-159 fastslår ganske vist, at der ikke kan analogiseres fra undtagelsesregler, men tilføjer dog, at undtagelsen i en anden sammenhæng kan være udslag af et generelt princip (eks: hvis det fastslås, at kvinder ikke kan kautionere, kan der ikke herfra sluttet analogt til »letlynde menner«, men evt til, at kvinder heller ikke kan pantsætte for tredjemands gæld).

Spørgsmålet illustreres af Tinglysningslovens § 40, der i stk 5 bl a fastslår, at en panthaver ikke uden samtykke af de efter ham eller sideordnet med ham berettigede i ejendommen kan træffe aftale med skyldneren om længere oopsisgelse fra dennes side, end der var aftalt, da den efterstående eller sideordnede ret blev stiftet. Det siges udtrykkeligt i bestemmelsens sidste stykke, at andre ændringer (end de i de foregående stykker nævnte) i en panterets vilkår eller virken ikke behøver de nævnte berettigedes samtykke, og at vedtagelser i modsat retning er ugyldige. U 1937.622 fastslår uden nærmere diskussion, at bestemmelsen i § 40, stk 5 ikke er anvendelig på vedtagelse om kortere oopsisgelse fra kreditor side. Denne afgørelse er blevet almindeligt kritiseret, jfr *Panterettigheder* § 17.III.C. med henvisninger. Det er imidlertid karakteristisk, at dommen overhovedet ikke udtaler sig om muligheden for analog anvendelse af bestemmelsen i § 40, stk. 5.

U 1938.447 H drejede sig om fortolkningen af Tinglysningslovens § 3, stk 1 sammenholdt med § 1. Vel fastslår TL § 1, at alle rettigheder over fast ejendom skal tinglyses, men § 3, stk 1 gør undtagelse for »sædvanlige brugsrettigheder«.

Problemet var herefter, om en jagtret omfattedes af undtagelsesbestemmelsen i § 3, stk 1. Landsretten fastslår kort, at § 3, stk 1 ikke kan antages at omfatte en rettighed som den omhandlede. I Højesteret tiltræder 5 dommere denne forståelse, medens 4 dommere udtaler, at de finder § 3, stk 1 anvendelig på jagtretten. Proceduren for landsretten drejer sig om, hvad bestemmelsen i § 3, stk 1 kan antages at have haft for øje, og hvorvidt en jagtret er udslag af en normal udnyttelse af en landejendoms indtægtsmuligheder, altså visse reale betragtninger. Se om dommen *Formuerettigheder*, § 2.II.A.

U 1983.446 fastslog, at en udeblivelsesdom ved en svensk domstol kunne fuldbrydes her i landet efter lov om anerkendelse og fuldbryrdelse af nordiske afgørelser om privatretlige krav, idet undtagelsesreglerne i lovens § 8 nr 1 eller analogien heraf ikke kunne anvendes.

U 1974.380 viser et godt eksempel på, at domstolene holder sig tilbage fra at anvende analogier, når lovgivningen udtrykkeligt har taget stilling til én eller flere muligheder. Udgangspunktet var loven om landvæsensretter § 34, stk 2, der hjemlede adgang til at pålægge en part sagsomkostninger, når striden står mellem 2 bestemte personer, men kun i et specielt tilfælde. Hermed anså man det for udelukket at anvende en analogi fra alm domstolsregler i RPL og tilføjede i øvrigt, at alm retsgrundssætninger – herunder alm erstatningsregler – heller ikke kunne begrunde resultatet. Afgørelserne i U 1970.580 og 1972.793 viser også, at domstolene er forsigtige med analogier fra undtagelsesbestemmelserne.

Bestemmelsen i Lejelovens § 140, stk 3 om fortinsret til lejlighed for tjenestemænd (eller funktionærer i koncesionerede virksomheder) kunne måske opfattes som en undtagelsesregel, men U 1965.655 fastslår, at definitionen af begrebet tjenestemænd i Tjenestemandslovens § 1 ikke hindrer en anden forståelse i den øvrige lovgivning. Herefter bliver resultatet, at Lejelovens regel også kom til at omfatte overenskomstansatte.

RPL § 526, stk 4 indeholder en almindelig forældelsesregel vedr foretagne udlæg, nemlig en frist på ét år, men gør undtagelse for tilfælde, hvor der er forlangt tvangsauction, eller dette har været hindret på grund af appel eller tredjemands ret. Det fastslås ved U 1990.83, at bestemmelsen udtømmende har gjort op med undtagelser, således at disse ikke kunne udstrækkes til andre tilfælde.

NRT 1989.166 udtaler om en regel om arveafgift, at en undtagelsesregel er åbenbart velbegrundet, så langt den rækker, men den rammer ikke den gavetransaktion, som forelå i denne sag.

Der er formentlig grundlag for at fastslå, at analogi fra undtagelsesregler vel er mulig, men at der må vises stor forsigtighed med at drage analogi fra undtagelsesregler. Almindelige fortolkningsregler og retskildebetragtninger, jfr navnlig læren om anvendelse af lovmotiver, slutninger fra ændringer under lovforberedelsen og slutninger fra forholdet til ældre eller en anden endnu gældende lovgivning kommer i betragtning.

I sagen U 1954.508 H var proceduren inde på, at Forældelsesloven af 1908 som en speciallov i forhold til alm forældelsesregler ikke kunne fortolkes udvidende. Spørgsmålet blev ikke påkendt af Højesteret, som afviste sagen.

## **VI. Partiel analogi**

Det fremhæves ofte, at analogislutning er betinget af, at der foreligger en lighed mellem de tilfæerde, loven angiver, og de tilfæerde, som analogislutningen skal anvendes på, at der er årsagernes lighed. Ross: Ret og retfærdighed .176, uddyber dette derhen, at der ud fra en retlig vurdering ikke bør være nogen forskel mellem de tilfæerde, der omfattes af selve reglen, og de tilfæerde, der tænkes henført under analogien af reglen.

Som stående i modsætning til den fuldstændige analogi tales der undertiden om *partiel analogi*, dvs anvendelse af en lovregel på et tilfæde, der frembyder visse lighedspunkter med det, som loven angår, jfr Juridisk Ordbog. Det er vanskeligt at få øje på klare eksempler, hvor domstolene anvender en sådan partiel analogi, som principielt skulle være mulig på andre områder end det strafferetlige. Efter det anførte er det kun teoretiske betragtninger, der fører til den traditionelle sondring mellem partielle og almindelige analogier.

## **VII. Analogi – omgåelse**

Ved omgåelse forstås traditionelt det forhold, at parterne ved indgåelse af aftale søger at komme uden om et i en præceptiv lov indeholdt forbud ved at lade aftalen fremtræde i en skikkelse, der ikke omfattes af lovens ord, men vel af dens mening, jfr Juridisk Ordbog. Den klassiske definition af omgåelse blev givet af *Jul Lassen* i U 1890.617: Parternes forsøg på at vinde domstolene for en bogstavfortolkning ved i stedet for det af forbudslovens ord omfattede retsforhold at vælge et andet ikke af lovens ord, men af dens mening omfattet forhold i det håb derved at gå fri for forbudslovens forskrifter. Det fremgår imidlertid af Lassens bemærkninger .618, at spørgsmålet betragtes som et underafsnit af regler om udvidende fortolkning og analogi: »Herom kan i almindelighed ikke siges andet, end at forbudsloven må være anvendelig også på de af dens ord ikke omfattede retsforhold, for hvis inddragelse under for-

budslovens dennes reale motiver taler med samme styrke som de udtrykkeligt nævntes, uden at der er nogen modgrund for deres ikke-inddragelse under forbudsloven.« Der kan med andre ord kun henvises til de almindelige regler om udvidende fortolkning og analogi. *Ussing*: Aftaler .235, ligger på linie med Lassen, for så vidt som det understreges, at spørgsmålet beror på fortolkning af loven og på analogislutninger, jfr også *Borum* i Festschrift til Poul Andersen .70. Afgørelsen vil navnlig bero på, om der er tilstrækkelig real trang til en udvidelse. Ud fra denne opfattelse – ansører *Ussing* – synes der egentlig ikke at være brug for en særlig »omgåelsesregel«. Herefter fortsættes: »Alligevel er det vist nok begrundet særlig at fremhæve omgåelsestilfældene. Visse forsøg på »ad omveje« at undgå lovregler bør formentlig kunne rammes, selv om man ellers på grund af den pågældende lovbestemmelses karakter ville være betænklig ved at fortolke den udvidende eller anvende den analogisk«.

Det må erkendes, at disse ord er noget dunkle, jfr *Feilberg Jørgensen*: Omgåelse af retsregler, 1966.43, 191 ff, men de indeholder måske alligevel en vis realitet. Udgangspunktet må være, at spørgsmålet om omgåelsesproblemet betragtes som et udsnit af læren om fortolkning og analogislutninger. Omgåelseslæren er altså med andre ord blot en omskrivning for, at der drages analogislutninger. Omgåelsesbetragtningen anses som farlig, fordi den kan »tvinge« til en udvidende fortolkning, selv hvor der kan være gode grunde til at foretrække en snævrere fortolkning. Den er endvidere historisk belastet og giver anledning til misforståelser.

Det er helt klart, at omgåelsestilfældene ikke kan dække samtlige analogisituationer. Der er ingen, der ville tale om, at der foreligger en omgåelsessituation, når injurier fremsættes ved anonyme telefonopringninger i stedet for i breve. Analogislutninger bruges altså også i tilfælde, som ikke kan betegnes som omgåelsestilfælde, men det kan meget vel tænkes, at omgåelsestilfældene er en praktisk vigtig gruppe af tilfælde, hvor analogi anvendes, og at særlige karakteristiske momenter foreligger i sådanne tilfælde.

Der er heller ingen grund til at tro, at borgerne vil camouflere jagtrettigheder som brugsrettigheder for derved at komme uden om tinglysningsbudet i TL § 1 og ind under undtagelsesreglen i § 3. Der er ingen grund til at befrygte, at borgerne vil organisere jernbaner som private småbaner i stedet for baner, som direkte omfattes af Jernbanelovens § 7 for dermed at undgå denne ansvarsregel. Men der er grund til at tro, at borgerne vil prøve at undgå tinglysningsreglerne vedrørende underpant i løsøre, således at man i stedet for gribet til andre overdragelsesformer for at komme uden om lovens regler herom. Der er ligeledes grund til at befrygte, at borgerne for at undgå et ubehageligt erstatningsansvar indskyder et mellemled, der udadtil kommer til at stå som den, der er ansvarlig, men i virkeligheden ikke har evner til at betale skadeserstatning for indtrådte tab. Skatte- og næringsretlige regler kan tænkes omgået

systematisk ved at benytte særlige selskabsformer o.l. Der kan da dannes en retspraksis, som efterhånden klarlægger, hvor langt analogien strækkes.

Forstået på denne måde får omgåelsessituationen alligevel en særlig betydning, og Ussings udtalelse om fremhævelsen af omgåelsestilfældene får en real betydning.

U 1990.927 H fastslår udtrykkeligt, at der forelå en omgåelse af bestemmelsen i § 2, stk 4 i loven om andelsboligforeninger og andre boligfællesskaber, hvorefter den, der overdrager en ejendom til en andelsforening, ikke kan indtræde som medlem af foreningen eller betinge sig nogen indflydelse på ejendommens eller foreningens drift. Præmisserne skærer altså lige igennem uden at komme ind på spørgsmålet om anvendelse af analogi. Det samme gælder U 1988.623, der fastslår, at en ægtepagt var oprettet med det formål at spare afgift, og at denne disposition ikke havde medført nogen anden reel retlig konsekvens. Herefter forelå der en omgåelse af Arveafgiftslovens § 5 d, jfr § 48, stk. 2.

## VIII. Sammenfatning

Gennemgangen af retspraksis og de sproglige forespørgsler demonstrerer vanskelighederne ved at bygge noget afgørende på de sproglige betragtninger. Navnlig er det risikabelt at bygge på den sprogligt naturligste forståelse, idet der herom kan herske mange forskellige meninger, og den sprogligt *naturlige forståelse* i høj grad *afhænger af den sammenhæng, hvori ordene optræder*. Det kan dog tænkes, at det af *særlige grunde* må antages, at lovgiveren ved formuleringen har henholdt sig til én bestemt forståelse af ord, og da kan dette naturligvis tillægges betydning ved fortolkningen.

Derimod kan den *videste ordgrænse* nok tillægges betydning, idet man her ved søger at trække en ydergrænse op, som favner alle de sproglige muligheder, som kan komme i betragtning. Der bliver derfor ikke mulighed for så store individuelle meningsforskelle. Hermed har man afsat ydergrænsen for, hvad man kan nå til ved fortolkning af bestemmelsen. Men denne ydergrænse kan naturligvis indskrænkes ved henvisning til de i øvrigt kendte fortolkningsdata, motiver, forhistorie, retspraksis før bestemmelsen blev formuleret, sædvaner o.s.v. Det må dog stadig erindres, at særlige grunde kan føre til, at man må forstå et ord på en langt snævrere måde.

Først når man kommer ud over den videste ordgrænse, bliver der spørgsmål om at drage analogi- eller modsætningsslutninger.

Gennemgangen af retspraksis, navnlig fra de senere år, viser, at der kan trækkes nogle hovedmomenter frem fra de overvejelser, som er foregået ved domstolene.

Selv om det ikke altid betegnes som analogislutninger, er henvisningen til *grund sætninger* eller *principper* i lovbestemmelser et moment af særlig betydning. Hvis en lovbestemmelse – som f.eks ved de formueretlige hovedlove

– kan betragtes som udslag af grundsætninger, som allerede er mere eller mindre klart fastslået efter retspraksis, sædvaner eller hvad der ellers kan komme i betragtning efter retskildelæren, er det noget, der taler for en analog anvendelse, ikke blot til enkelte særlige forhold nær beslægtet med det i lovbestemmelsen omhandlede, men også i videre omfang, jfr f eks U 1989.726 H – omtalt ovenfor i § 4.III.A. – om fortolkningen af StrfL § 264 d, idet det fastslås, at grundsætningen i bestemmelsen forudsætter, at der foreligger samtykke fra den pågældende selv.

Dernæst har det betydning, hvis lovbestemmelsen indgår i et kompleks af regler, der tilsigter at skabe en *hensigtsmæssig formel fremgangsmåde*. Hvis det er tilfældet – således som det er med mange af Retsplejelovens og Tinglysningslovens bestemmelser – er betænkelighederne ved analogislutninger ikke så store som ellers.

Hvis domstolene får indtryk af, at lovregler – f eks inden for skatte- eller erhvervsretten – ikke fuldt ud dækker, idet det praktiske liv har fundet frem til huller, som ikke er dækket af denne lovgivning – altså hvor der foreligger *omgåelse* – er våbnet herimod i mange tilfælde anvendelse af analogi.

Hvis et forhold er *ukendt* – af *tekniske* eller af andre grunde – da lovreglen blev udformet, er der trang til at udvide, og analogislutninger er derfor nærliggende. Dette kan imidlertid lige så vel skyldes, at *samfundsforholdene* har ændret sig. Men netop på det punkt udviser praksis – som man har set ved ikke-aægteskabelige samlivsforhold – tilbageholdenhed, idet man ofte vil stå sig ved at overlade til lovgivningsmagten at løse problemet. Dette gælder, hvis det er vanskeligt ved en procedure for domstolene at få klarhed over alle de betragtninger, som kan føres i marken. Der skal foretages et researcharbejde, som man ikke kan forvente bliver foretaget på rimelig måde under en proces, der principielt kun skal afgøre det konkret foreliggende retsproblem.

Hvis en lov er *udformet mindre omhyggeligt* – f eks ikke har været grundigt forberedt i udvalgsarbejde med hjælp af sagkyndige – kan domstolene med rette bøde herpå ved at anvende analogier. Dette kan få betydning ved love, som af politiske grunde hastes igennem lovgivningsapparatet.

Andre synspunkter taler imod anvendelse af analogier. Den klare regel i *StrfL § 1* har i praksis medført, at domstolene – og dette gælder helt sikkert Højesteret – bortset fra regler til gunst for tiltalte nødigt anvender en analogi, selv om det ikke er udelukket, hvis blot analogien kan betragtes som en fuldstændig lovanalogi. Højesteret foretrækker i stedet – om muligt – at anvende lovbestemmelsen direkte, jfr U 1934.719 H, 1956.259 H, 1958.543 H, 1960.186 H (sml U 1959.556). Dette gælder også inden for specialretteretten. Hvis det ikke er muligt at anvende lovreglen direkte, kan der i disse tilfælde ofte henvises til, at lovgivningsmagten må tage spørgsmålet op. Derved får man man ganske vist ikke ramt de allerede foreliggende tilfælde. Men det kan føles som me-

re tilfredsstillende, at man lader det hidtil foregåede passere, blot man får rettet op for fremtiden.

Medens domstolene i straffesager har foretrukket et enten-eller: Enten er forholdet direkte omfattet af lovens bestemmelse – eller også er det udelukket at udstrække bestemmelsen ved hjælp af selv en fuldstændig lovanalogi, viste det sig, at domstolene på *skatte- og afgiftsområdet* har anlagt en praksis, der svarer til et krav om fuldstændig lovanalogi: Enkelte afgørelser, som benytter analogi, men vel at mærke en fuldstændig lovanalogi, eller også undladelse af at drage slutninger fra lovreglen.

Det spiller en vis rolle, om det drejer som om *en undtagelsesbestemmelse*. Helt udelukket er det ikke efter praksis at analogisere herfra, men ofte må man gå ud fra, at lovgivningen udtømmende har gjort op med de undtagelser, som kan accepteres. I så fald kan domstolene ikke gå videre.

Med disse synspunkter er der også gjort rede for de synspunkter, som kommer frem ved overvejelser om modsætningsløsninger. Men fordi der ikke kan analogiseres, er dette ikke ensbetydende med, at der må drages en slutning i retning af, at der så skal gælde den nøjagtigt modsatte regel uden for lovens direkte behandlede områder. Resultatet kan blive, at retslivet herefter står frit over for, hvad der bør gælde i dette tomrum.

Som et vigtigt moment i alle disse overvejelser indgår vurderingen af lov-motiver og i det hele hvad der indgår i lovbestemmelsens *tilblivelseshistorie*. Som det er betonet i § 2 om lovmotivers betydning, får også de deres store betydning.

Men herudover indgår også *friere overvejelser* i vurderingerne. Der kan herom henvises til de »øvrige« retskilder, som omhandles i § 10.

## § 5

# Retssædvane

### **I. Retssædvane**

Efter den traditionelle opfattelse kræves til en retssædvane, at det skal dreje sig om en *handlemåde, som er fulgt længe og almindeligt ud fra den forestilling, at de handlende var forpligtet hertil.*

Det erkendes imidlertid i nyere fremstillinger, at også en handlemåde, som er fulgt på et begrænset område eller i kortere tid og uden følelse af at være forpligtet hertil, kan begrunde, at sædvanen er blevet forpligtende for domstolene, er blevet retskilde.

#### *A. Almindelig fulgt*

Det står fast, at også *lokale sædvaner* kan få karakter af at være retssædvaner. Hvis det retsforhold, som der er tale om at regulere på denne måde, kun eksisterer i netop det pågældende lokalområde, kan man sige, at betingelsen er opfyldt, jfr *Ernst Andersen*: Forfatning og sædvaner, 1947.112-119.

Anderledes forholder det sig, hvis det drejer sig om problemer, som principielt kan foreligge *overalt i landet*. Anerkender man i disse tilfælde lokale retssædvaner, går det ud over retsenheden i riget, jfr *Augdahl* .207, der ikke mener, at norsk retspraksis har accepteret noget i denne retning, f eks om arv, ægteskab og retshandelsevne. Alligevel er det dog antaget af norsk Højesteret, at samernes særlige adfærd kunne motivere en afvigelse i forhold til forældelsesregler, og det samme kunne dog måske også antages f eks om samernes afvigende opfattelse om, at der hos dem gælder særeje i ægteskaber.

Hvad der gælder om lokale sædvaner, kan til en vis grad overføres på branchesædvaner, jfr nedenfor under V.

Med noget besvær kan den foreliggende praksis således forenes med kravet om almindelig adfærd, men det er ikke umiddelbart indlysende, at dette bør fastholdes som et ubetinget krav.

### B. Længe fulgt

Derimod står det fast, at også en *meget kortvarig adfærd*, ja, endog en enkeltstående handling er blevet accepteret som grundlag for en retssædvane. Til illustration heraf nævnes systemskiftet i Danmark i 1901, jfr *Ross: Statsret § 25, Stuer Lauridsen: Studier .366*, omend det måske kunne anføres, at det ikke er den enkeltstående handling i 1901, men det forhold, at man derefter fulgte den samme fremgangsmåde i den følgende tid, der danner grundlag for en retssædvane. Det nævnes også, at en strejke i murerfaget i 1851 væltede bestemmelsen i forordning af 21.3.1800 om forbud mod strejker, jfr *Illum: Lov og Ret, 1945.109-110, Ross .133*, omend samme modbetragtninger dog også kunne anføres i dette tilfælde. Fra norsk ret citeres ofte afgørelsen i NRt 1919.819, der uden at nævne noget om sædvanens alder respekterede en sædvane i Ishavet om slæbning som en vennetjeneste, altså uden bjergeløn, jfr *Augdahl .194, Ross .133, Stuer Lauridsen .366*. Heller ikke ved handelssædvaner synes tidsrummet at blive tillagt særlig stor vægt, hvis blot sædvanen er dokumenteret, *Ross .113*. Pdas har dog afgørelser i NRt 1905.797 anset et tidsrum på ca 15 år for alt for kort til, at en bindende sædvane var dannet i et lokalt område, og det samme gjaldt dommen i NRt 1931.428 om en sædvane i ca 12 år, jfr *Augdahl .195*. I dansk retspraksis foreligger ikke tilsvarende begrundelser, men undertiden fremhæves derimod den meget langvarige sædvane som et moment af betydning, jfr U 1904 B.287 H, jfr A.28, U 1965.304 H, se hertil *N Lassen* i TfR 1907.264 og *Gram Jensen .94 f.*

### C. Forestilling om forpligtelse

Hvad så endelig angår kravet om, at adfærdens skal være sket med den forestilling, at de handlende har anset sig *forpligtet* hertil, så er der tale om et meget diffust begreb, som det er særligt vanskeligt at operere med. Det afgørende kan ikke altid være, om nogen har følt sig forpligtet til at handle på en vis måde, der kan også blive tale om at lægge vægt på, om nogen har anset sig *berettiget* til at følge handlemåden. Men ofte kan man kun nå til et bevis for, at et vist antal mennesker har haft en opfattelse, og man sætter sin lid til, hvad f eks brancheorganisationers organer udtaler herom.

Sandheden er nok ofte den, at nogle, men langt fra alle, har følt denne forpligtelse eller berettigelse, andre har så fulgt trop, og andre igen har overhovedet ikke haft nogen mening herom, men har ganske enkelt gjort det samme som så mange andre. Det er da også denne betingelse, som bliver stærkest kritisert af dem, der udtaler sig herom, jfr *Ross .107-110, Karlsgren .53, Ernst Andersen: Forfatning og sædvane, 1947.124-127*, og *Augdahl .198, jfr .163* om at kun et sparsomt udvalg af virkelige juridiske meninger er fælles hos

»folkets store masse«. Pdas fastholdes betingelsen desuagtet hos *Stang* .172, der herefter drager den slutning, at sædvaneret er blevet et sjældent fænomen, da det er svært at godtgøre denne antagelse, og han støtter sig til udtalelsen hos *Niels Lassen* i TfR 1907.264, der finder grund til at fremhæve en dom, der har statueret sædvaneret, fordi det sker så sjældent, at domstolene kommer til det resultat, se U 1904 B.287 H, jfr U 1904 A.28. Kravet er en fiktion, jfr *Hellner* .88.

Spørgsmålet kan belyses med den udvikling, der er sket vedrørende endog en grundlovsbestemmelse. Grl § 17, stk 2 fastslår, at alle love og vigtige regeringsforanstaltninger forhandles i Statsrådet. Ikke desto mindre anerkendes i praksis og teori, at f eks love i hastende tilfælde kan stadfæstes uden for Statsrådet, forudsat, at dette senere sker i Statsrådet (korroboration). I dette tilfælde kan det i hvert fald ikke dreje sig om, at nogen har følt sig forpligtet til at handle på en vis måde. Men selve spørgsmålet om, hvorvidt man har anset sig for berettiget hertil, kan man have sine tvivl om. Berettigelsen kan vel kun tænkes begrundet i, at en art nødrettsgrundsætning kan motivere fremgangsmåden. Nu henvises der som begrundelse til, at fremgangsmåden er hjemlet ved sædvane. Det virker mere overbevisende. Men ved de første tilsi-desættelser af Grl's regel kunne man vanskeligt henvise hertil.

Om udviklingen vedr anvendelse af korroboration se *W E von Eyben* i U 1990 B. 238-239. *Jens Peter Christensen*: Forfatningsretten og det levende liv, 1990 fastholder det subjektive krav om en betingelse for retssædvaner inden for Statsretten, se navnlig .229-253, jfr *samme* i U 1990 B. 321-329. Der advares mod interviewundersøgelser for at få dette krav belyst, jfr herom .237 f, men herimod *Søren Stenderup Jensen* i U 1991 B. 93, der henviser til, at sådanne undersøgelser kun er tænkt anvendt som supplement og ikke alternativ til de traditionelle tekststudier.

Så vidt ses er diskussionen ikke sat i forhold til domstolenes stilling til sædvanebetigelserne på områder, hvor de har haft mulighed for at tage stilling hertil.

Adskillige love udtaler udtrykkeligt, at de viger for sædvane, jfr således f eks Købeloven. Rentelovens § 1, stk 2 siger, at loven kun finder anvendelse, hvis andet ikke er aftalt eller følger af handelsbrug eller anden sædvane eller er bestemt ved aftale eller er bestemt i henh til lov, jfr herom *Munch*: Renteloven, 1983.44-47. Der opstår et særligt spørgsmål som følge af, at § 7 bestemmer, at reglen i § 5 om morarente ikke kan fraviges til skade for en skyldner ved aftale, som indgås med erhvervsdrivende. Selv om sædvane ikke omtales her, er det uberettiget at slutte modsætningsvis fra § 1, at § 5 meget vel kan fraviges ved sædvane, idet § 7 er en specialregel, som særligt tager stilling til aftalefravigelse, men må forstås således, at anden fravigelse til skade for den, der kontraherer med erhvervsdrivende, er i strid med den ellers ufravigelige regel.

Afgørelsen i NRT 1963.370 angår bl a problemet om de handlendes gode tro. Sagen drejede sig om forskellige former for fiskeri i strid med andres ret. Herom udtaler førstvoterende, at han ikke fandt det synderlig tvivlsomt, at de handlende havde fisket i den tro, at de havde ret hertil, og at grundejerne ikke kunne nægte dem at drive fiskeri, når de ikke kolliderede med eller kom i vejen for de faststående redskaber. Og om grundejerne siges det, at oplysningerne pegede i retning af, at de havde affundet sig med fiskeriet, enten fordi de var gået ud fra, at de ikke kunne nægte det, eller fordi de havde været i tvivl om deres ret og der-

for ikke kunne gribe ind. Der lægges i denne forbindelse vægt på, at det var naturligt at se grundejernes passivitet og deres undladelse af at manifestere en opfattelse som udslag af en villighed, som de når som helst kunne gøre slut på.

NRt 1990.II13 nægter at anerkende alderstidsbrug eller lokal sædvane på dyrks »beitingsrett«. Det anføres, at parter og vidner havde givet udtryk for, at de havde en ret hertil, men denne ret syntes ikke baseret på »noen reflektert oppfatning«.

Det subjektive krav blive om muligt endnu mere diffust, når man ser på det specielle problem om bortfald af regler ved *desvetudo*. Den almindelige formulering af det subjektive krav, at de handlende skal have følt sig forpligtet til at følge denne adfærd, kan i hvert fald ikke anvendes i denne forbindelse. Det afgørende ved *desvetudo* må være, at de handlende føler sig *berettiget* til at handle i strid med lovreglen. De traditionelle udtryk som »ex opinione obligationis«, »opinione necessitatis«, måtte da erstattes af andre udtryk som »ex opinione juris sine obligationis«, eller – hvis det skal dække såvel *desvetudo* som retssædvane i almindelighed – »opinione juris«.

Vanskighederne ved at anvende de traditionelle betingelser for anerkendelse af en retssædvane har givet sig udslag i diskussionen i arbejdsretlige fremstillinger, hvor det fra visse sider er gjort gældende, at man skal fastholde disse betingelser også her, medens andre har anlagt et mere ubundet syn herpå, jfr gennemgangen heraf hos *Ole Hasselbalch* i J 1984.26-30, der slutter sig til den friere opfattelse, men gør det ud fra den betragtning, at man i alle tilfælde snarere bør anvende aftaleretlige end sædvaneretlige tankegange. Hvis de traditionelle betingelser må modificeres, vil der ikke være noget i vejen for at anvende sædvanespunktet uden derved at låse sig fast til nogle kriterier, som i hvert fald tilsyneladende stiller strenge krav til anerkendelsen af sædvanen som bindende.

## II. Retslitteraturen

En oversigt over udtalelsene i *litteraturen* viser en ret klar tendens. Fra at fastholde de traditionelle krav ubetinget går man over til at stille sig mere liberalt, således at kravene afsvækkes og til gengæld suppleres af andre betragtninger, som anføres på linie med de traditionelle.

**Ørsted:** Håndbog 1.99-108 vendte sig mod de forfattere, der, som han skrev, plejede at ytre sig som ivrige modstandere af det sædvanemæssige. Kritikken ramte naturligvis også *Hurtigkarl*. Ørsted billigede, at domstolene tog særdeles hensyn til det sædvanemæssige, hvor ingen lov eller udtrykkelig forskrift fandtes. Men han gik videre og accepterede, at sædvane også kunne bryde deklaratoriske, men dog ikke *præceptive* love. Som eksempel anførtes omslagsterminerne i DL 5-14-1. Som begrundelse herfor blev navnlig anført, at parterne måtte antages at have henholdt sig til sådan sædvanen.

**Bentzon:** Retskilderne, 1907.84-94 førte denne opfattelse videre. I handelsforhold kunne sædvanen fortrænge deklaratoriske lovregler, selv om dette ikke var stiltiende vedtaget, da det var praktisk at befri parterne for vedtagelse eller fundering herover.

*Fr Vinding Kruse* henholdt sig i Retslæren I, 1943.148-153 til de traditionelle betingelser

for anerkendelse af retssædvanen. Efter hans opfattelse måtte retssædvanen vige for såvel præceptive som deklaratoriske lovregler. En sædvanen kunne kun fortrænge den deklaratoriske lov derved, at sædvanen var indgået i aftalen enten ved udtrykkelig henvisning hertil eller ved, at aftalen forudsatte dens gyldighed, altså stiftende.

*Karlsgren* indtager en liberal holdning til at anerkende sædvaner som bindende. Vel slår han fast, at det går for vidt (»man kommer ohjälpligt ut på gungflyet«), hvis sædvanen altid anerkendes som bindende, medmindre kutymens udøver giver udtryk for, at han ikke vil være retligt bundet, .55-56, men der opstilles dog en præsumption for anvendelsen af kutymen, der kun brydes af særlige hensyn, dels hvis anvendelsen må betegnes som retsmisbrug, dels hvis den ensidigt varetager den ene kontraktparts interesser.

*Knoph* har i U 1923 B.177-192 særligt behandlet kutymerne i handelsforhold, som han stiller sig meget positivt overfor, omend dommeren bør udøve kontrol såvel med henblik på kutymens abstrakte forhold til »rettslivet sunde vekst« som dens konkrete billighed i det foreliggende tilfælde. Dette domstolsskøn burde dog indskrænkes i samme grad som kutymens fasthed og alder vokser, indtil den overskrider grænsen mod sædvanen »og som sådan er i sikkerhet overfor dommerens kontroll«. Dermed har Knoph ikke taget stilling til betingelserne for anvendelse af sædvaner som bindende retsregler.

*Augdahl* .162-219 nævner nok de sædvanlige betingelser for at anerkende en sædvanen som retssædvanen, men lader de forskellige faktorer veje med forskellig vægt, således at en større vægt af et enkelt moment kan opveje svagheden i et andet. Herefter må man overveje momenter som sædvanens alder, dens større eller mindre frekvens (dvs hyppighed i forhold til tilfældenes antal), dens større eller mindre fasthed, dens anerkendelse ved domstolene, retsforestillingen om sædvanen, forholder til gældende love, og om det er en lokal eller landsomfattende sædvanen.

*Eckhoff* .213-226 opstiller på linie hermed ikke skarpe regler om sædvaner, men opregner ligeledes en række momenter, som må komme i betragtning: Sædvanens udbredelse, hvor længe, konsekvent og hyppigt den er fulgt, om den er fulgt, fordi folk følte sig forpligtet hertil, om parterne har været bekendt med sædvanen, om sædvanen er god eller dårlig, om den bryder en præceptiv regel, om man har en lov at holde sig til, og om sædvanen er lokal eller mere generel.

*Ernst Andersen*: Forfatning og sædvanen, 1947.102-127 sprænger næsten helt den traditionelle sædvanelære og havner nærmest i, at praksis og sædvanen må ses som underafdelinger af samme retskilde, men understreger dog i U 1974 B.372, at præjudikater skabes af domstolene, sædvanen af de retsundergivne. Ofte påberåbes fiktioner for at gå imod en lov.

*Jens Peter Christensen*: Forfatningsretten og det levende liv, 1990 har foretaget en kritisk gennemgang af sædvaneretsopfattelsen inden for Statsretten, idet han gennemgår de forskellige forfatteres synspunkter, herunder et særligt afsnit om Ernst Andersens opfattelse .91-94, jfr 229 ff. Konklusionen er, at der må gælde samme betingelser for dannelse af sædvaner på Statsrettens område, og at der navnlig ikke kan anlægges friere synspunkter ud fra sagens natur, praksis, sædvanen eller oplysninger om den faktiske adfærd hos de relevante myndigheder. Det subjektive moment som en del af betingelserne fastholdes, jfr ovenfor under I.B.

*Ross* .107-110 forkaster helt den traditionelle opfattelse af, hvad der kræves til en retssædvanen, idet kan kort udtrykker det således, at »en retssædvanen simpelthen er en sædvanen på et livsområde, der er undergivet retlig regulering«. (Ross' fremhævelse). Men dette betyder ikke, at den traditionelle betingelse om, at der skal være handlet ud fra forestillingen om retlig forpligtelse hertil

er bortfaldet. Der fortsættes: »Når det drejer sig om livsforhold, der er underkastet retlig regulering, har denne bevidsthed antaget den karakter, at den der handler i strid med sociale normer må forvente retlige sanktioner, dersom sagen bringes for domstolene. Således forbindes på dette felt den almindelige følelse af forbundethed (*opinio necessitatis*) med en forventning eller antagelse, der godt kan kaldes en retsoverbevisning.«

*Stuer Lauridsen*: Studier .365-368 slutter sig fsv til Ross, som han udtaler, at dette med følelse af retlig forbundethed er uden mening, men dog kræver, at den ydre adfærd skal være »båret af en indre overbevisning«. Han fastholder formentlig – ligesom Ross – at adfærdens skal være foregået på områder med retlig regulering, idet det kræves, at »adfærdens efter sin karakter skal være retlig relevant«. Så vidt ses, er det dog formentlig hans mening, at man analytisk må foretrække at lade henvisningen til følelse af retlig bundethed falde, idet det samme resultat kan nås ved blot at henvise til, at modgående hensyn kan tale imod at acceptere sædvanen, jfr. .368. Konklusionen bliver herefter formentlig stort set, at han slutter sig til Ross’ opfattelse.

Kort sagt: Sædvaner på retligt regulerede områder sker efter denne opfattelse implicite ud fra de handlendes antagelse af at være retligt forpligtet. Hvis dette er meningen, må det heroverfor anføres, at der på *retligt regulerede* livsområder meget vel kan være handlet *uden* denne antagelse. Hvis f eks forsikringsselskaber under visse betingelser af kulance sædvanligt udbetales erstatning, f eks på trods af, at den sikrede har en vis selvriskiko eller ikke har krav på fuld erstatning, fordi skaden er sket som »gæstebudsskade«, så er der handlet på et retligt regulert livsområde, men den nævnte antagelse af bundethed foreligger ikke.

Når et firma sørger for billig frokost eller andre »frynsegoder« for personale, så skaber dette ikke retssædvaner, selv om marketenderivirksomhed er retligt reguleret. Dette gælder vel kun den offentligretlige regulering, men også civilretligt kan det meget vel være retligt reguleret, nemlig i aftaler, konkrete eller generelle. Så er det vel retligt reguleret. Eksemplet med fremmøde til universitetsfest i strid med sædvaner, dvs på *retligt uregulerede* områder, giver også anledning til anfægtelser. Men forklaringen på påklædningsproblemet er vel ganske simpelt, at sædvaner om selskabelig omgang, der ganske vist kan variere fra samfundslag til samfundslag og fra tid til anden, hører til den form for social adfærd, som retsordenen står sig ved at holde fingrene fra. Den svarer til det folkeretlige begreb ‘comitas nationum’.

Det er i øvrigt uklart, hvad der menes med, at et livsområde er undergivet retlig regulering. Hvad er »et livsområde«? Selv om der nok så meget kan påvises en sædvaner for, at f eks forældre betales umyndiges gæld eller dækker mindreåriges erstatningsansvar, uanset at forældrene ikke selv kan gøres ansvarlige herfor, eller hvis debitorer på visse områder betaler gæld, som er forældet, så er det næppe sandsynligt, at dette vil blive anerkendt som retssæd-

vane, selv om man vel må anerkende, at adfærdens er udvist på områder, hvor der er tale om retlig regulering. Afvisning i disse tilfælde af at anerkende sædvaner på retligt regulerede områder vil da måske blive forklaret med, at der er visse muligheder for at tilsidesætte retssædvaner, men det er ikke en forklaring, der er bedre end den traditionelle, at henvise til at betalingen i disse tilfælde er sket, uden at de handlende følte sig forpligtet hertil.

### III. Retspraksis

De traditionelle betingelser for anerkendelse af retssædvaner har ikke sat synnerlige spor i dansk retspraksis.

#### A. Lokale sædvaner

Adskillige, navnlig ældre danske afgørelser, angår *sædvaner*, som er blevet grundigt undersøgt, men uden at der lægges vægt på de traditionelle betingelser for anerkendelse af retssædvaner. Dette gælder f.eks. en del afgørelser om *lokale sædvaner*, jfr U 1892.787 H, der fastslår, at det på Læsø var sædvane, at en særlig komité traf bestemmelse om, hvem der skulle have andel i bjerge-løn ved strandinger, idet det ikke fandtes godtgjort, at enhver læsøbo, der kom ud til strandingsstedet, ifølge sædvane fik en sådan andel. Noget nærmere om, hvor lange komitésædvanen havde været fulgt, og om man havde opfattet den som retligt bindende, siges der ikke noget om. På tilsvarende måde og uden nærmere redegrund for alder, bundethed m.v. lægger U 1894.342 H vægt på en særlig vognmandskutyme i København, hvorefter en vis fremleje var tilladelig, uanset at kontrakten indeholdt et generelt forbud herimod (men resultatet var dog også støttet af konkrete forhold). Det samme gælder et betydeligt antal afgørelser ved lavere instanser om andre lokale sædvaner vedrørende arbejdsforhold, søbefragtning og skatteopkrævning, jfr f.eks. U 1884.67, 1884.299, 1884.602, 1924.885, smh U 1904 A.315 (ved hvilken en lokal sædvane ansås forændret få år efter Sølovens ikrafttræden). Lokal sædvane er også påberåbt til støtte for, at konsuler i Kina, hvor danske havde eks-territorialret, kunne afgøre tvistigheder, selv om kun indklagede var dansk undersat (men det var forkert, at konsulen støttede sig til 2 meddomsmænd!). De ejendommelige islandske forhold førte til, at spørgsmålet om tiendepligt måtte bero på sædvane, hvorom undersøgelse endda måtte anstilles for hver enkelt gård, U 1892.59 H.

Spørgsmålet belyses bl.a af en række norske retsafgørelser, jfr NRt 1905.797, 1918 II.261, 1959.1321, 1960.469, 1963.370, RG 1962.261, jfr herom Eckhoff .218-221, der resumerer

praksis således, at lokale sædvaner vel anerkendes, men der stilles meget strengere krav både til handlemådens varighed og til at anse den som udslag af retsopfattelse, end når det gælder almindelige kutymer. Dette stemmer altså ikke med dansk retspraksis om lokale sædvaner. Ofte betragter norsk praksis sådanne lokale handlinger kun som udslag af »tålt brug«. Bag ved afgørelserne ligger formentlig den traditionelle forestilling om, at ejendomsretten gælder i den udstrækning, hvori der ikke er påvist særlige begrænsninger, et synspunkt, som dog svækkes i samme udstrækning, som det bliver mere og mere almindeligt at gøre begrænsninger i ejendomsrettens udøvelse. I forbindelse hermed må der også henvises til reglerne om alderstidshævd, hvorom der gælder særlige betingelser, der er skarpe udformet end reglerne om retssædvaner.

### *B. Almindelige sædvaner*

Der findes også afgørelser om almindelige, altså *ikke lokale* sædvaner, der tager meget flot på de sædvanlige betingelser for anerkendelse af sædvaner, f. eks domme om arbejdsgiveres betaling i overensstemmelse med arbejdsgiverforeningens overenskomster, idet der alene henvises til, at det er sædvanligt, at også ikke-medlemmer følger disse overenskomster, jfr U 1916.930, (jfr U 1924.885 om en tilsvarende egnssædvane). Der nævnes intet om sædvanens alder, intet om at man følte sig bundet af sædvanen, og intet om, at betaleren kendte sædvanen.

En væsentlig højesteretsafgørelse om sædvaner, U 1936.527, fastslår principielt, at en – ifølge den lokale fiskeriforenings erklæring – gammel fast og almindelig kutyme om berettigelse til at opsigte en fiskeskipperkontrakt uden varsel efter fisketurens afslutning måtte fortrænge den deklaratoriske regel i Sømandsloven. Der siges intet om kutymens alder, eller hvorvidt dette var sket ex opinione obligationis. Men efter forholdene ved aftalens indgåelse måtte aftalen udfyldes med sædvanen, og hermed kneb H uden om problemet, jfr *Ernst Andersen*: Forfatning og sædvane, 1947.118. U 1904.B.286, jfr A.28, lægger derimod vægt på »århundreders ubestridt(e) ... brug«. U 1946.511 H, se om dommen *Munch*: Renteloven, 1983.45, udtaler ganske vist intet om kutymens alder, men der lægges vægt på, at parterne ved aftalen havde forudsat, at afvikling af kontrakten skulle foregå efter branchens almindelige regler.

Inden for *forvaltningsretten* får sædvanen måske mindre betydning end på andre retsområder, hvilket hænger sammen med, at der her ofte findes en formuleret regulering af forholdene, være sig ved lov eller ved generelle administrative bestemmelser, jfr *Claus Haagen Jensen* og *Carl Aage Nørgaard*: Administration og borger, 2. udg. 1984.61-62, *Poul Andersen*: Dansk Forvaltningsret, 4. udg. 1963.36-38, der navnlig fremhæver, at den omstændighed, at forvaltningen en vis tid har undladt at benytte en regel, ikke dermed er afskåret fra påny at anvende den. Som et typisk eksempel herpå kan henvises til

U 1947.467 H, der fastslog, at en kommune ikke kunne ekspropriere fredskovpligtigt område uden dispensation, jfr Skovlovens § 5. Det blev gjort gældende, at der var 100-årig praksis for, at off veje blev anlagt uden dispensation, kun i enkelte tilfælde i nyere tid havde skovlovsmyndighederne overhovedet reageret over for tilsidesættelser af bestemmelsen. Hverken landsret eller Højesteret nævner overhovedet denne praksis, som åbenbart betragtes som betydningsløs. Afgørende for H er, at de samfundsinteresser, der ligger bag ved reglen, kræver, at overholdelsen af den varetages på betryggende måde, og at der dog er mulighed for dispensation.

På tilsvarende måde har Højesteret ved afgørelsen i U 1982.521 H lakonisk fastslået, at der ikke forelå nogen bindende sædvane om ydelse af skattemæsige fradrag for indtægt ved natarbejde, uanset at skattemyndighederne i vejledning havde godkendt det.

U 1983.539 H ændrede landsrettens begrundelse for en afgørelse, som pålagde en advokat at betale omkostninger for en af ham begærer syns- og skønsforretning, når klienten viser sig ude af stand hertil. Der blev af landsretten lagt vægt på, at sagen herom »i en årrække« ellers kun har været forelagt Advokatrådet i forbindelse med advokaters manglende betalingsevne, og at »advokater har betalt honorarer til skønsmænd ud fra den opfattelse, at de var retligt forpligtet hertil«. H stadfæster nok afgørelsen, men begrunder dette med, at advokaten, der i givet fald kan kræve sikkerhedsstillelse af klienten, også er nærmest til at bære risikoen for dennes manglende betalingsevne. Denne hæftelse findes tillige at være i god overensstemmelse med Rpl kap 13 om advokaters stilling under retssager.

Der forelå ellers i denne sag udtalelser, som gik ind for, at der bestod en sådan sædvane, jfr *Axel H Pedersen*: Indledning til Advokatgerningen 2. udg, 1962.169-170. Spørgsmålet har kun praktisk interesse, hvor klienten ikke kan betale, jfr U 1914.479, hvor dette ikke var gjort gældende. Afgørende for H's begrundelse er herefter navnlig, at advokaten kan sikre sig ved at kræve depositum, jfr iøvrigt Sagførerbladet 1929.188.

H's begrundelse viser, at retten foretrækker at bygge på selvstændige overvejelser, som endog fører til tilsidesættelse af meget klare udtalelser om branchekutyme.

U 1983.453 har antaget, at bestemmelsen i TL § 40, stk 4, 2. pkt, hvorefter betalingsrenter mv rykker tilbage for andre panthavers krav, er bortfaldet ved retssædvane, hvilket begrundes med, at den modsatte fremgangsmåde »i en lang periode forud for 1975 har været almindeligt anvendt af alle realkreditinstitutter«, og at disse »ikke vedblivende har stillet disse krav uden at mene at have ret hertil, og at de øvrige i tvangsaукtionerne implicerede har tilsluttet sig denne opfattelse«. Mht denne fremgangsmådes varighed må det mærkes, at bestemmelsen blev gentaget og skærpet ved lov nr 144 af 13.4.1938, i forbindelse med Gbl. Der kan altså kun tages hensyn til en sæd-

vanlig anvendt fremgangsmåde siden da, og i øvrigt er det usandsynligt, at kreditforeninger ikke – i hvert fald i den første tid – benyttede den i 1938 gentagne og endog skærpede regel.

Selv om resultatet må erkendes at være praktisk, er begrundelsen krisabel. Dette er da også kommet til udtryk i en række udtalelser, jfr *Panterettigheder* .275 med henvisning til de forskellige kommentarer til dommen, jfr *Gram Jensen* .74. Dommens begrundelse illustrerer, at retterne kan benytte henvisning til sædvanedannelse på et særdeles spinkelt grundlag for at nå frem til et resultat, som retten af andre grunde anser for det bedste. Dommen blev – ligesom andre domme i tilsvarende sager – anket til Højesteret, men anken blev frafaldet, vel netop fordi man anså resultatet for praktisk rigtigt. Men det er uheldigt, at en klar lovbestemmelse tilsidesættes på et utilstrækkeligt grundlag. Ved lejlighed bør i hvert fald loven ændres, således at den harmonerer med det resultat, som er fastslået ved domstolene, og som praktikere har bøjet sig for. Herfor taler også den omstændighed, at man ikke med sikkerhed tør gå ud fra, at domstolene i forhold til andre pantekreditorer end de organiserede kreditinstitutioner vil nå til samme resultat.

Der kan i denne forbindelse også henvises til de kritiske bemærkninger hos *Thor Falkanger* i Lov og Rett 1985.308-316 over for afgørelsen i NRt 1984.605, hvor der ikke ved vidneførsel er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der foreligger de nødvendige betingelser for at anerkende retssædvaner.

Undertiden har en fremgangsmåde i en branche givet sig udtryk ikke blot i en vis almindelig fulgt fremgangsmåde, men i trykte, almindelige brugte formularer. Dette fremhæves i afgørelsen i NRt 1966.857 om ejendomsforbehold i handeler om smågrise. Denne praksis, som domstolene aldrig havde underkendt, havde alle i branchen været bekendt med, blandt dem griseopdrætternes øvrige kreditorer og kraftfoderleverandører. Disse havde derfor måttet regne med som sandsynligt, at besætningerne var behæftet med ejendomsforbehold.

#### IV. Sædvaner som skønsmæssige kriterier

Henvisning til sædvaner har en særlig karakter ved anvendelse af regler, hvor problemet netop er, hvad der sædvanligvis kan forventes af et omhyggeligt menneske, altså f eks ved anvendelse af den almindelige ansvarsregel. Herom kan der henvises til *A Vinding Kruse*: Erstatningsretten, 5. udg, 1989.92 ff, *Nørgaard* og *Vagner* .58 ff. Som det fremgår af denne fremstilling og de citerede retsafgørelser indgår henvisningen til sædvanen kun som et moment blandt andre, og domstolene forbeholder sig at »eftercensurere«, enten fordi

man netop ønsker at skærpe den almindelige adfærd, eller der er sket tekniske fremskridt o l, som motiverer en anden og mere omhyggelig fremgangsmåde. Selv om ukendskab til sædvanen ikke får afgørende betydning, kan den omstændighed, at den handlende ikke er fagmand, nedsætte kravet til, hvad der kan forventes fra hans side.

Det viser sig ofte, at den, der kræver erstatning, prøver at henvise til, at den sagsøgte ifølge kutyme burde have optrådt på en vis måde. Dette var også tilfældet i sagen U 1986.676, hvor en kommune i sin egenskab af ledningsejer blev sagsøgt af en entreprenør, som skulle udføre et kloakeringsarbejde, og som ikke fik tilstrækkelige oplysninger om krydsende ledninger. Kommunen havde afleveret de tilgængelige og kendte oplysninger, og det var ikke godt gjort, at der var kutyme for, at en ledningsejer skulle bære ansvaret for manglende eller fejlagtige oplysninger herom. Kommunen blev derfor frifundet.

## V. Kutymmer og sædvaner

Der har tidligere været en vis tendens til at sondre mellem *kutymmer* og *rets-sædvaner*. Det er således blevet forfægtet, at kutymmer blot var udtryk for en faktisk brug, navnlig i handelsforhold, og at de derfor kun kunne tillægges betydning, hvis en aftale kunne *fortolkes* ved at blive suppleret med oplysninger herom, jfr navnlig *Stang* i TfR 1908.249 ff, genoptrykt med visse ændringer i Fra spredte Rettsfelter, 1916.76-177. Til gengæld skulle der langt mindre til for at lægge kutymen til grund, den behøvede ikke at være særlig gammel og navnlig kunne det ikke kræves, at den var udøvet *opinione legis*, jfr således *Stang*: Fra spredte Rettsfelter .126. Kutymmer kunne herefter ikke tillægges betydning uden for kontraktsforhold, .136, men inden for disse måtte dommeren lægge dem til grund, medmindre de ligefrem savnede fornuftig grund, .143, og det kunne ikke kræves, at parterne kendte dem, .165. Det er heroverfor blevet kritisert, at kutymen blev benyttet alene som fortolkningsmidde og dog alligevel blev anvendt trods parternes ukendskab hertil, jfr *Hagerup* i TfR 1915.30, men dette blev imødegået af *Stang* ved genoptrykningen af afhandlingen i: Fra spredte Rettsfelter, 1916 .113-114 note 6, under henvisning til, at han lagde en objektiv, ikke en subjektiv fortolkning til grund.

I ældre retsopsfattelse ses undertiden udtryk for en klar skelnen mellem, hvad der er kutymmer, og hvad der – i modsætning hertil – er retsspørgsmål, men man må nu betragte denne opfattelse som forladt, jfr således *Jul Lassen*: Obligationsretten. Alm Del .375-376 note 20, *Almén*: Om köp och byte av lös egendom, 4. udg, 1960 .26-31 (se hertil *Karlgren* .16-18), *Ussing*: Aftaler .437-438, *Ross* .115, *Augdahl*: Retskilder, 2. udg, 1961 .215-219. Men selv om den skarpe sondring mellem kutymmer og retssædvaner ikke anerkendes, ligger der ikke heri en afstandtagen fra, at sædvaner kan have meget forskellig karakter. De kan have forskellig udbredelse og – som handelskutymmer og da særlig branchekutymmer – kun være kendt og

anvendt i specielle kredse af befolkningen, og undertiden kan kutymen blot være udtryk for, at de handlende af praktiske grunde afstår fra at gøre gældende, hvad de har krav på, eller udbetaler beløb, uanset at de ikke er forpligtet hertil, men fordi de herved skaber en good-will, der virker som en god reklame, som i det lange løb betaler sig. I øvrigt anvendes sondringen mellem kutymmer og sædvane i erhvervkredse på en anden måde, som ikke harmonerer med den traditionelle i juraen.

De almindelige formueretlige love, Købelov, Kommissionslov, Aftalelov og Rentelov har lagt til grund, at der kunne tages hensyn til forskellen mellem civile og kommercielle forhold ved at inddrage handelsbrug og anden sædvaner, jfr *Gomard*: Introduktion til Obligationsretten, 1979.14-19, *Nørager-Nielsen* og *Theilgaard*: Købeloven, 1979.670, 1114, men netop med dette hovedsynspunkt må der vises forsigtighed med at tillægge kutymmer afgørende betydning i forbrugerforhold, jfr *Møgelvang-Hansen* i U 1982 B.88-89, *Jørgen Nørgaard* i J & Ø 1978.478-479.

Et karakteristisk eksempel på en retssag, hvor betydningen af branchekutymmer blev dyrket intenst, foreligger i U 1983.1080 om renteberegning inden for korn- og foderstofbranchen, hvor der blev indhentet udtalelser fra to landsorganisationer og fra Grosserer-Societetet. På grundlag af disse udtalelser blev det fastslået, at den beregnede kreditrente lå inden for branchens kutymmæssige renteberegning, og at der var kutyme for beregning af rentes rente. Ved byrettens afgørelse var det endvidere i overensstemmelse med brancheholdtalelser fastslået, at der beregnes rente fra leveringsdatoen eller den 1. i den følgende måned, hvis udligning ikke er sket ingen udløbet af den angivne rentefri periode. Der lægges vægt på, at debitor var gjort bekendt med renteberegningerne.

U 1988.983 lægger til grund, at der for handelsagenter er kutyme for, at opsigelse skal ske med et vist længere varsel. Landsretten ansætter længden heraf til 6 mdr, Højesteret til 3 mdr. Grosserer-Societetet havde i et responsum, gengivet i U 1965.373, udtalt, at der inden for branchen var kutyme for et opsigelsesvarsel, men uden at tage stilling til varslets længde.

U 1988.720 fandt, at advokater, der giver møde for sagsøgerens advokat, er legitimert til at modtage rettens indkaldelse til retsmøde, hvori sagsøgtes begæring om genoptagelse af sagen skulle behandles. Afgørelsen bygger på udtalelse fra Advokatrådet, som gav udtryk for, at der var kutyme herfor.

P da s fastslår U 1986.615, at det ikke var godt gjort, at en kunde kendte en sædvaner om renteberegning, hvorfor en mulig sædvaner herfor ikke kunne gøres gældende over for kunden – ejer af en husmandsejendom, der ikke drev landbrug – som ikke var i branchen, og kun i enkelte tilfælde oprådte som erhvervkunde.

Om renteberegning synes der i øvrigt ofte at være tvivlsomt, om henvisning til sædvaner skal forstås således, at der hermed hentydes til en retssædvaner. U 1984.123 H fastslår, at en frempanthaver kunne oppebære belåningsværdien som separatist, uanset at det fremsatte ejerpantebrev ikke omfattede de til grund for ejerpantebrevet liggende fordringer. Det anføres i begrundelsen, at viderebelåningen skete i overensstemmelse med den sædvanlige fremgangsmåde ved fondsbørsvekselferereres viderebelåning af sikkerhedsdepoter, jfr herved *Panterettigheder*.390, der fremhæver, at præmisserne bygger på valget af formen, nemlig benyttelse

Undertiden kan det være tvivlsomt, om henvisning til sædvaner skal forstås således, at der hermed hentydes til en retssædvaner. U 1984.123 H fastslår, at en frempanthaver kunne oppebære belåningsværdien som separatist, uanset at det fremsatte ejerpantebrev ikke omfattede de til grund for ejerpantebrevet liggende fordringer. Det anføres i begrundelsen, at viderebelåningen skete i overensstemmelse med den sædvanlige fremgangsmåde ved fondsbørsvekselferereres viderebelåning af sikkerhedsdepoter, jfr herved *Panterettigheder*.390, der fremhæver, at præmisserne bygger på valget af formen, nemlig benyttelse

af ejerpantebrevet, som klart fastslås at være negotiabelt, jfr *Panterettigheder* .142, 380.

Som dommen er formuleret, anvendes sædvanen altså ikke som udtryk for en retssædvane. Under proceduren for H henvistes i øvrigt til den tidl afgørelse i U 1983.467, der – vel nok støttet til udtalelse fra Repræsentantskabet for Fondsbørsens Medlemmer – fastslog, at debitor havde været indforstået med, at pantebreve blev rebelånt i det omfang, hans konto var i debet. Men i Højesterets begrundelse indgår henvisningen til sædvanen altså kun som et bimoment.

U 1984.630 fastslår med udtrykkelig henvisning til Advokatrådets udtalelse, at der ikke er kutyme for, at parterne ved ejendomshandelen hæfter solidarisk for handelskostninger i forhold til den advokat, som berigtiger handelen.

I en del retsafgørelser er der procederet på, at der skal foreligge kutyme for en vis handlemåde, men uden at der er gjort nærmere rede for, hvorledes denne kutyme skal kunne godtgøres, jfr således U 1986.676 – nævnt ovenfor under IV – der fastslog ansvar for et vandværk, der i forbindelse med et kloakeringsarbejde havde givet manglende eller fejlagtige oplysninger om, hvor vandedninger, som kunne komme til at krydse kloakledningerne, var placeret, da der ikke var godtgjort nogen kutyme for, at en ledningsejer bærer ansvaret herfor.

## VI. Kendskab til sædvaner

Det har været diskuteret, særligt i Aftaleretten, hvilken betydning det skal tillægges, at parterne har været bekendt med eller dog burde have været *bekendt med sædvanen*, eller om de tværtimod har svævet i uvidenhed herom. Denne betragtning kan være naturlig, fordi man herved indirekte kan acceptere sædvanen som bindende, idet man – som foran nævnt – anser denne for udtrykkelig eller stiltiende vedtaget i aftalen. Den almindelige opfattelse har længe været, at det ikke ubetinget kan kræves, at parterne har haft sådan kendskab, og *Knoph* i U 1923 B.182 anså dette for utvivlsomt.

Betragtningen har ført til, at man lettere kunne acceptere sædvanen som bindende, men har pdas skabt vanskeligheder, dels fordi der end ikke kræves en stiltiende vedtagelse, en vis »tilknytning« til aftalen var nok, dels fordi den uden for aftaleområder førte til, at sædvaner aldrig kunne være bindende. Selv om det ikke kræves som en betingelse, kan naturligvis sådan kendskab, hvis den godtgøres, tillægges vægt ved bedømmelsen, jfr også *Ross* .115-116, *Ussing*: Køb .7, *Årbakke* i TfR 1965.465.

Fra praksis kan anføres, at U 1946.511 H anvendte sædvanen i tømmerhandelen, uanset at ingen af parterne kendte den, jfr ligeledes U 1928.1001 H, mens pdas VLT 1950.161 til sidesatte en sædvane bl a fordi den, der skulle betale vederlag for en ydelse, ikke kendte den, jfr ligeledes U 1986.615, der – som

anført foran under V. – lagde vægt på, at en kunde ikke kendte en mulig branchesædvaner.

U 1976.514 H godkendte en rente på 5% i overensstemmelse med fremsendte kontoudtog. Den beregnede rente lå inden for den i branchen gældende kutyme for renteberegning, og debitor havde gennem en årrække betalt tilsvarende rente, hvis størrelse han var gjort bekendt med gennem de månedligt udsendte kontoudtog. Se hertil *Jørgen Nørgaard* i J 1978.478 og *Lyngsø* i U 1981 B 400 f, *Møgelvang-Hansen* i U 1982 B.88 ff og *Munch: Rente-loven*.44-47.

U 1980.427 nægtede derimod at anvende en kutyme inden for borearbejdebranchen, idet der lægges vægt på, at der, hvor det drejede sig om et ret snævert erhvervsområde, bør lægges afgørende vægt på, om den udenforstående kendte eller burde kende kutymen. I det foreliggende tilfælde kendte debitor ikke denne kutyme, og efter karakteren af parternes mellemværende havde han heller ikke anledning til at undersøge, om der var en sådan kutyme.

Om retskilders offentlighed i det hele se ovenfor i § 1 V.

## VII. Sædvanens kvalitet

Det diskuteres ofte, om ikke *sædvanens kvalitet* bør tillægges vægt. Hvis der foreligger en sædvane, som ligefrem vurderes som stridende mod almindelig hæderlighed, eller der foreligger, hvad der undertiden betegnes som »retsmisbrug«, er der tilslutning til, at sædvanen i hvert fald normalt må tilsidesættes, jfr *Ussing* .439, *Ernst Andersen: Forfatning og sædvaner*, 1977.127, *Karlsgren* .68, *Knoph* i U 1923 B.184 ff, *Årbakke* i TfR 1965.453-457, tildels også *Aug-dahl* .217. Men som det fremgår af fremstillingen hos *Karlsgren* .68-73 og *Eck-hoff* .215-217 går praksis dog undertiden videre i retning af at tilslidesætte sædvaner som bindende. Dette gælder i særlig grad sædvaner, der er gunstige for den stærke part i kontraktsforhold, jfr *Ussing* .439-440, *Karlsgren* .68-73, *Årbakke* i TfR 1965.454, men da dette hensyn ikke synes at være almindelig anerkendt, sker det, at denne reelle begrundelse kamoufleres under dække af, at der ikke foreligger tilstrækkeligt bevis for sædvanen, jfr NRt 1920.824, 1921.11, 1922.70, se herom *Kristen Andersen: Kjøppsrett* .38-41, *Knoph* i U 1923 B.191, *Augdahl* .204.

Fra dansk praksi kan henvises til VLT 1950.161, der tilslidesatte en sædvane, hvorefter der skulle betales 1% af den skattepligtige indkomst til den ved en fødsel assisterende jordemoder, dels fordi den påg ikke kendte sædvanen, men dels også fordi den førte til et urimeligt resultat, og NJA 1951.138, hvor den svenske Højesteret tilslidesatte en fraskrivningsklausul i konnossement som ugyldigt, i første række af hensyn til Haagreglerne, men dog også fordi der ikke forelå oplysninger om, hvorvidt den var forenelig med god forretningsskik, jfr *Karlsgren* .67.

Der er også fremsat kritik af, at domstolene ikke har villet eller turdet an-

vende synspunktet, uanset at det efter nogles mening burde være sket, jfr *Bækhus i Lov og Rett* 1966.385 ff om NRt 1966.857 (om ejendomsforbehold i smågrise). Pdas har domstolene undertiden henvist til sædvanens gode kvalitet, jfr NRt 1923.222 (2-årig praksis »måtte fremstille sig som den eneste rationelle og tilfredsstillende ordning til begge sider«), jfr herom *Eckhoff* .215, *Årbakke i TfR* 1965.454.

### VIII. Sædvane i forhold til retskildelæren

Som nævnt ovenfor i § 1 er der i retskildelæren tale om gradvise overgange, således at visse faktorer kun virker med mindre styrke, andre med større. Dette gælder også, når der bliver spørgsmål om at at anvende sædvaner. I visse tilfælde virker sædvanen med en sådan styrke, at alle med sikkerhed tør sige, at sædvanen er et klart udtryk for, hvad der opfattes som en retsregel. Omvendt kan der være tilfælde, hvor momentet er så svagt, at de fleste vil nægte at lægge dem til grund, når retten skal søges fastlagt. Og ind imellem er der alle nuancer.

Det må derfor have sin betydning, i hvilket omfang de traditionelle kriterier for anerkendelse af retssædvane foreligger. Den omstændighed, at de handlende – eller undladende – har følt sig forpligtet/berettiget til at optræde som de gør, kan også indgå i overvejelserne. Der er altså – som allerede nævnt – ingen grund til at fange forsikringsselskaber, som i mange tilfælde »af kundekyndigheden i en måske endda meget lang periode har undladt at rejse tiltale, uanset at straffelovgivningen klart indeholder hjemmel hertil. På den anden side man heller ikke uden videre fastslå, at sådan påtaleundladelse aldrig kan forhindre, at en domstol kan frifinde, når engang senere tiltale alligevel bliver rejst. Man behøver vel blot at tænke på visse alderstegne, men endnu formelt gældende strafferegler om krænkelse af kirkelige interesser.

I det hele taget falder det efter denne grundopfattelse naturligt at lade et betydeligt antal momenter indgå i overvejelserne om sædvanens anerkendelse som retskilde. Det er f eks ganske naturligt at tage hensyn til, om den adfærd, som er udvist, er et egnet instrument til at få samfundet til at fungere godt, eller om det tværtimod må betragtes som uheldigt, ja, måske endda er striden mod »almindelig hæderlighed«, jfr foran under VII.

Man kommer herved udover de anstrengelser, som nogle forfattere gør sig, når de skal søge at motivere, at praksis afviser at lægge sædvanen til grund, ikke blot i de grelle tilfælde, hvor sædvanen fører til ubillige resultater, men også i andre tilfælde, hvor friere overvejelser fører til, at reglen ikke følges.

## IX. Sædvane på alle retsområder?

Der synes hverken i teori eller retspraksis at være taget stilling til, om sædvane kan fortrænge lovregler af enhver art. Der er heller ikke taget stilling hertil i de lovregler, der som Kbl og Rentelov udtrykkelig angiver, at loven viger for handelsbrug eller anden sædvane. Det er i hvert fald sikkert, at sædvanedannelselserne ikke er begrænset til formueretlige områder, idet der endog anerkendes sædvaner inden for Forvaltningsret, ja, endog Statsret, således at så væsentlige regler som Grundlovens endda anses som fravigelige, jfr foran under I.C. Selv om en lovregel er præceptiv og derfor ikke kan fraviges ved aftale, kan det ikke være udelukket, at den ændres ved sædvane. Visse begrænsninger må der dog være. Man kan vanskeligt forestille sig, at regler om indgåelse eller oplossning af ægteskab kan fraviges ved sædvane, eller at tvangsarvereglerne blev ændret gennem sædvane. Nogen afklaring heraf i praksis foreligger ikke. Domstolsafgørelser uden for Formueretten ses næsten aldrig.

## X. Desvetudo

Ikke-brug kan få en sådan karakter, at retsreglen må anses for bortfaldet, *desvetudo*, men der må kræves mere til at bryde en lov end til at opstille regler, hvor loven er tavs, jfr *Karlgreen* .73, *Ole Lund* i TfR 1962.67, og navnlig *Eckhoff* .210-212, 217, 219, 226 og førstvoterendes udtalelse i NRt 1959.1321: »Jeg antar således at da det er spørsmål om lokal sedvanerett i strid med positiv lov, måtte det kreves et sterkt bevis for fast praksis i strid med loven i lengere tid og ut fra den oppfattning (hos begge parter) at erstatning etter . . . tross lovens bestemmelse ikke kan kreves.« Ejendommeligt nok synes man ikke ellers at lægge vægt på, hvor gammel den lovregel er, som sædvanen bryder med. Det er måske anset for så selvfølgeligt, at der ikke er fundet grund til at nævne det. Det må dog mærkes, at U 1904 B.287 H (jfr U 1904 A.28) udtrykkelig henviser til den brug, der i »århundreder« har fundet sted. En anden afgørelse henviser til den almindelige brug i »en lang årrække«, jfr U 1905 B.304 H, i et tilfælde, hvor der i den dagældende Næringslov ved analogi var hjemmel til at afgøre det foreliggende spørgsmål efter »lov eller sædvane«.

Mest indgående er desvetudo-problemet behandlet af *Bentzon* .94-99, der tager afstand fra, at ikke-brug i sig selv kan udforme en ny retsregel, og at desvetudo derfor ikke kan betegnes som sædvaneret. Desvetudo kan dog gå hånd i hånd med, at der dannes en retssædvanen, dvs at ikke-brugen kan udvides med en positiv brug, som i principippet kan føre til en retssædvanedannelsel. En række bestemmelser i DL anses herefter for bortfaldet, idet den rene ikke-brug er ændret til en positiv fremgangsmåde, jfr således om DL 1-4-4 og 1-4-5, 1-23-10, 3-17-17 til 19, 5-1-13, 5-2-57 til 60, 5-3-5 og 5-3-8.

*Ernst Andersen*: Forfatning og sædvane, 1947.110-112 udtales sig særligt om desvetudolæren ud fra de retshistoriske synspunkter og konkluderer i, at love i hvert fald ikke bortfalder alene ved lang tids ikke-brug. Dette gælder særligt m h t begivenheder, som kun forekommer med lange mellemrum. Fra statsretten overdrev nævnes som eksempel det kildne problem, som opstår om tronfølgen ved tvillingefødsel. *Max Sørensen* .33-36 konkluderer i, at der kræves mere til en praksis, som er i direkte modstrid med en skrevne forfatningsregel end den, der blot supplerer regler af denne.

Selv om en klar retsregel, f eks i en lov, har været ubenyttet gennem længere tid, kan den påny komme i brug, som tilfældet f eks var med DL 3-19.2, som domstolene først i slutningen af 1800-tallet begyndte at anvende uden for kontraktsforhold, jfr *A Vinding Kruse* .182 ff, *Nørgaard* og *Vagner* .125-139 og ganske det samme gælder reglen om overtagelse til brugelig pant efter DL 5-7-8 til 10, jfr herom *Bentzon* .98. Tilsvarende er det gået i norsk retspraksis, jfr NRt 1906.404 om separationsbevillinger, og NRt 1922.624 om brændevinshandel, jfr herom *Augdahl* .195.197, *Eckhoff* .211-212. Men når der ikke i en senere lov er taget klart standpunkt til, om en bestemmelse i DL er ophævet, foreligger ofte spørgsmålet, om ikke alene den omstændighed, at der nu kommer en mere udførlig og med senere samfundsforhold stemmende lovgivning på området, er tilstrækkeligt til, at den ældre bestemmelse dermed er bortfaldet. Formodningen må vel være herfor, og selv mindre tydelige spor i forarbejderne må være tilstrækkeligt til, at denne konklusion er berettiget. Allerede som følge heraf må formodningen være for, at bestemmelserne i DL af processuel eller strafferetlig karakter er bortfaldet ved de systematiske nye love, der er kommet om retsplejen og strafferetten. Men det samme må gælde ved indførelse af andre, mindre omfattende love.

En gennemgang af retspraksis gennem de sidste ca 100 år viste, at det var forholdsvis let at få klarhed over, hvilke bestemmelser der stadig anvendes. Relativt få artikler er spillende og bruges jævnligt også i de seneste år, andre er helt klart forsvundet af retsbrugen. Mellem disse yderpunkter er der enkelte afsnit – navnlig i 2. bog – hvor det er tvivlsomt, hvad der stadig kan anses som gældende. Men i hvert fald vil mange af disse regler kunne indgå i overvejelser over, hvad der alt taget i betragtning stadig er gældende ret.

Om bortfald af regler i DL se *von Eyben* i Festschrift for Danske Lov, 1983.594-607.

Ud over de foran nævnte regler i DL 3-19-2 og 5-7-8 til 10, der i perioder var gået af brug, men nu ofte anvendes i retspraksis, er der særlig grund til at fremhæve, at mange af reglerne i 5-7 om pant stadig anvendes, hvilket hænger sammen med, at der aldrig i Danmark er givet almindelige regler om pant i lovsform – men derimod enkelte specielle som f eks bestemmelserne i TL §§ 38 til 42 og §§ 47, 47 a og 47 b. Det samme gælder reglerne om hævd og frugthervervelse, jfr 5-5-1 til 4, kautionsreglen i 1-23-15, nogle regler om lån og forvaring i 5-8, om forældelse i 5-14-4, og det samme kan siges om de almindelige

regler om aftaler i 5-1-1 og 2. Størst uklarhed er der om reglerne i 2. bog »Om Religionen og Geistligheden«.

Undertiden anvendes reglerne i DL som led i argumentationen for visse almindelige regler, jfr således 5-8-12, 5-7-4 og 6-17-5 om vindikation og eksstinktion ved omsætning af løsøre.

Enkelte andre regler anvendes fortsat, omend sjældent, men i øvrigt er det formentlig korrekt at opfatte mange af DL's bestemmelser som bortfaldet ved desvetudo, idet de almindelige regler om sædvane – med den skærpelse som skal til ved desvetudo – klart er opfyldt. Men hovedbegrundelsen herfor er, at samfundsforholdene og udviklingen i lovgivning og retspraksis har bevirket, at bestemmelserne i meget lang tid – ofte i mere end hundrede år – har mistet deres betydning.

Tilbage bliver som stadig gældende bestemmelser: 1-23-15, 3-19-2, 5-1-1 og 2, 5-5-1 til 4, 5-7-1, 4, 6, 8 til 10, 14, 5-8-1, 12 og 14, 5-9-6, 5-13, 5-14-4, 5-14-55, 6-10-2, 4 og 5, 6-17-5 og 6-17-31. Hertil kommer en del bestemmelser i 2. bog.

Hvis man derimod retter blikket mod lovbestemmelserne fra f eks det sidste århundrede, er det vanskeligt at finde eksempler på, at de er blevet anset for bortfaldet ved desvetudo. Som et eksempel kan dog anføres den ovenfor nævnte afgørelse i U 1983.453, som imidlertid er blevet kritiseret. Desvetudo må herefter betragtes som et fænomen, der i hovedsagen har betydning for bestemmelser i DL og evt andre lignende bestemmelser fra ældre tider.

## XI. Sammenfatning

Forsøger man herefter at sammenholde, hvad der er fremkommet i praksis og tildels også i teori vedrørende de traditionelle betingelser for, at sædvane kan anerkendes som retskilde, kan man sammenfatte dette på følgende måde:

Det subjektive krav, at der skal være handlet i den formening, at man er retlig forpligtet eller berettiget hertil, tillægges sjældent betydning, allerede fordi det er et uhåndterligt kriterium at operere med. Det kan ikke kræves, at handlemåden har været fulgt længe, idet endog ganske kortvarige handlinger efter omstændighederne kan være tilstrækkelige. Endelig må der også gøres en modifikation i kravet om, at handlemåden skal være fulgt almindeligt, idet der må tages forbehold for lokale sædvaner og handelssædvaner.

Alt dette betyder imidlertid ikke, at man kan se bort fra de traditionelle krav. De indgår på en måde, som ikke kan fastlægges præcist, i de overvejelser, som anstilles om sædvanens betydning. Dette hænger igen sammen med, at hvad der må anses for en retsregel, ikke er entydig. Retsreglen kan være mere eller mindre sikker. Foreligger der betingelser af den traditionelle art, taler det for at anse virkningen som sikker, og omvendt bliver manglen heraf argument for at frakende sædvanen afgørende betydning. Dette må så igen ses

under den synsvinkel, at de forskellige retskilder kan supplere hinanden eller omvendt afsvække hinanden.

Realistisk må det herefter erkendes, at sædvanedannelsen helt sikkert er en retskilde, men at vurdering af, om der foreligger en bindende sædvane, beror på konkrete overvejelser, hvor de traditionelle betingelser indgår som væsentlige momenter. Dette må understreges, idet en modifikation i de traditionelle betingelser for at anerkende sædvaner som retskilde ikke fører til holdningsløshed. På disse områder må der stilles strenge krav, på andre kan de neddæmpes ganske betydeligt.

Tilbage står herefter at konstatere, at sondringen mellem sædvane og kuty-me, hvis den skal opfattes som en skarp sondring, ikke er holdbar, men alligevel ligger der i denne idé noget væsentligt, nemlig at sædvanen kan have en mere eller mindre afgørende betydning.

Endelig skal det understreges, at betingelserne for at lade en retsregel bortfalde ved sædvane, desvetudo, er strengere, end hvis sædvanen blot skal benyttes til at udfylde et tomrum.

## § 6

# Retsvidenskabens indflydelse på praksis

### I. Almindelige synspunkter

#### A. Retsvidenskabens opgaver

Når retsvidenskaben vil vejlede andre om, hvad der er gældende ret, kan man ikke indskrænke sig til en *registrerende* og *kommenterende* virksomhed. Dette ville blive for fattigt. På den ene side er det ingenlunde sikkert, at domstolene vil følge de afgørelser, der allerede er truffet i lignende spørgsmål, og på den anden side har lovgivningen huller, som ikke kan udfyldes blot ved en kommentar til de gældende love. Retsvidenskaben får hermed en *kritisk* og *skabende* karakter, selv om man koncentrerer sig om den del af videnskabens arbejde, der består i at vejlede og give råd om, hvad der er gældende ret.

Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at videnskaben kun har et skuldertræk tilovers for lovgivning og domspraksis. Tværtimod er de sidste menneskealdres retsvidenskab karakteriseret ved en dyb respekt herfor. En retsvidenskabelig fremstilling får ikke nogen autoritet, hvis ikke grundlaget for fremstillingen er en nøje registrering af den foreliggende lovgivning og domspraksis. Det første arbejde, som må gøres, er en minutios gennemgang af dette materiale. Denne arbejdsmetode kom særligt klart frem i *Jul Lassens* store formueretlige værker. Han fortæller selv i sin afskedsforelæsning, U 1918 B.17 f, hvorledes han i de første år af sin professorgerning indskrænked sig til at gennemarbejde retspraksis – lovgivning var der dengang ikke meget af inden for hans fag. Da så dette var gjort, var hans næste opgave at fylde de tomrum ud, som kom til syne, når man lavede en systematisk fremstilling. »Jeg var fuldt på det rene med, at min opgave ikke kunne være den at belære de studerende om professor Jul Lassens mening om dansk ret, men om hvad der var gældende ret og om, hvad der burde være gældende ret. Som forholdene forelå, måtte jeg føle det som min første opgave at give en fremstilling af den gældende danske ret, en så vidt muligt pålidelig oplysning om, hvad det er for retssætninger, der virkelig leves på i det danske retssamfund, de retssætninger som anvendes af de vedkommende myndigheder, og som retslivet har indrettet og indretter sig efter. Opgaven var for så vidt nærmest en historisk.«

Disse ord, som ofte er blevet citeret som karakteristiske for dansk-norsk teori i tiden fra og med Jul Lassen, indeholder imidlertid ikke den fulde sandhed. De er præget af den beskedenhed, som naturligt nok kom til orde i en redelig forskers afskedsord. Det ville ganske være i strid med den begrænsede betydning, som man tillægger præjudikater. Når Lassen – og andre – uddrager en retssætning af en række retsafgørelser, er dette ikke et rent registreringsarbejde. På grund af domstolenes utilbøjelighed til at udtale sig i generel form om den retssætning, som lægges til grund, kan man i virkeligheden ofte kun sige så meget, at den i teorien udtalte generelle retssætning *harmonerer* med de trufne retsafgørelser. Man ville altså være kommet til de afgørelser, som faktisk er truffet, hvis man havde anvendt den forsvarede sætning, siger teoretikeren. De dommere, der har været med til at træffe afgørelserne, vil undertiden blive overrasket over at se deres afgørelser sammenfattet på denne måde, idet dette ikke har været dem bevidst. De har blot bestræbt sig for i hver enkelt dom at nå til det resultat, som forekommer dem rigtigst i det individuelle tilfælde. Den fremgangsmåde, som anbefales i den svejtsiske *civillovbog* på ulovbestemte områder: først at danne en retssætning og derefter at anvende den på det foreliggende tilfælde, jfr *Germann*.36 f, er temmelig fjern for danske dommere. Naturligvis er dommeren sig bevidst, at hans dom faktisk og retligt vil få konsekvenser ud over den konkrete afgørelse, som er truffet. Men man fastholder alligevel, at man kun har ansvaret for den konkrete afgørelse, og den konkrete afgørelse vil blive bygget op på det materiale, som denne sags parter præsterer.

Det kan indvendes, at teorien, når den fremstiller gældende ret, kun gengiver, hvad der følger af de almindeligt anerkendte retskilder og derfor kun virker som *katalysator* herfor. Den er derfor ikke en selvstændig retskilde, jfr *Fleischer*: Norsk Ekspropriasjonsrett, 1978.27. Det samme kunne måske også siges om andre retskilder. Når f eks en dom giver udtryk for, at resultatet følger af motiver, tidlige præjudikater el., er dommen også kun en katalysator, og alligevel tæller den med i retskildemængden. I øvrigt kan teorien vel virke selvstændigt, når den netop kritiserer, hvad der følger af andre retskilder, f eks motiver eller retspraksis. Det samme problem kommer frem, når man skal diskutere betydningen af Ombudsmandens udtalelser, jfr herom nedenfor i § 8.

Det afgørende er imidlertid, at det nu er helt klart, således som det ofte udtales i præmisser til dommen, at praksis faktisk har tillagt det vægt, at en vis opfattelse er blevet gjort gældende i teorien. Dette, at en opfattelse, som muligvis kunne udledes af almindelige retskilder i øvrigt, får en særlig bestyrkelse, hvis den er gjort gældende eller er accepteret i teorien.

### B. Teoretikeren og dommeren

Det bliver ofte fremhævet, at der ikke er nogen principiel forskel mellem teoretikeren og dommeren, idet begge, når de løser et retligt problem, arbejder ud fra samme synspunkter, jfr f eks *Arnholm* i TfR 1954.161, *Illum* i JFT 1962.386, *Andenæs* i J 1962.354, samme: Innföring i retsstudiet .154-160.

Der er blot det særlige, at teoretikeren ofte må fantasere sig til uløste problemer, mens dommeren nu engang må lade sig nøje med at afgøre de tvistigheder, som bliver ham forelagt. Allerede dette bevirket en væsensforskelse. Selv om dommeren naturligvis prøver at få sin afgørelse i harmoni med allerede trufne afgørelser og med eventuelle afgørelser i beslægtede tilfælde i fremtiden, har teoretikeren netop en hovedopgave i at opstille et helhedsmønster og dermed opnå et bedre overblik over hele feltet. Praktikeren ser derimod sin hovedopgave i at løse den aktuelt foreliggende retstvist.

Men hertil kommer en anden forskel, som måske ikke altid er hverken teoretikeren eller praktikeren bevidst: Teoretikeren føler sig nok noget friere stillet. Han kan føle sig foranlediget til i noget højere grad at gå ind for resultater, som kun har begrænset støtte i lovgivning, lovmotiver og retspraksis. Kommer vi ud på de områder, hvor der kan være tvivl, vil praktikeren føle sig sikrere, hvis han dog i nogen grad har støtte i de almindelige retskilder, selv om sporene måske er svage, medens teoretikeren muligvis mere dristigt forlader sig på afvejninger foretaget helt uafhængigt af disse retskilder, jfr herved v *Eyben* i Festschrift til Alf Ross .107-108. Den samme betragtning kommer også til udtryk hos *Folke Schmidt* i Festschrift till Per Olof Ekelöf .585: »En rättsvetenskapsman behöver emellertid inte åläggा sig samme begränsningar som en rättstillämpare. Det står honom fritt att bedöma ett rättsläge med stöd av öppna argument.« Der bliver på denne måde måske et vist slægtskab mellem teoretikeren og den dissentierende dommer, som ikke kan vinde gehør for et nyt synspunkt, som flertallet tager afstand fra, fordi de endnu føler sig forbundet af tidlige retsopfattelse, eller fordi de føler sig usikre overfor, hvad der i fremtiden vil tjene samfundet bedst. Man vil se tiden an, indtil man har fået bedre overblik over problemerne.

Men til alt dette kommer et tredje væsentligt synspunkt. Retsvidenskaben kan ikke begrænse sig til at udtales sig om, hvad der traditionelt betegnes som gældende ret, de lege lata, eller foretage undersøgelser med henblik på fremtidig ret, de lege ferenda, to forskelligartede undersøgelser, som naturligvis må holdes klart ude fra hinanden. Inden for de rammer, som er afstukket af lovgivningen og i øvrigt af gældende ret, kan der ske en udvikling, som netop påkalder sig interesse, og som ved systematisk bearbejdelse kan give inspiration til udbygning af, hvad der er gældende ret. Interessen udelukkende for gældende ret kan føre til en isolation fra andre samfundsforanstaltninger, jfr *Jan Hellner* i Mål och Metoder för forskning inom civilrätten, Stockholm

1973.13, jfr også *Grah Madsen* i SvjT 1978.325. Den udvikling, som sker ved leveringsaftaler, garantierklæringer, transportklausuler kan være lige så påkrævet som det traditionelle studium, jfr også *Bernitz* smst.48-49. Undersøgelser af denne art kan naturligvis føre til forslag om ændringer af selve retstilstanden, men også forslag til ændring af kontraktspraksis kan være en opgave, som er lige så vigtig.

Som et karakteristisk eksempel på videnskabens bearbejdelse af en række domstolsafgørelser kan man anføre problemet om skyldnerens adgang til at tilsidesætte transporter på krav, der hidrører fra en gensidigt bebyrdende kontrakt. Der foreligger adskillige afgørelser i dansk ret herom. Der er afsagt domme, som fastslår, at en husband ikke behøver at respektere medhjælperes transport på ufortjent løn. I disse afgørelser fremhæves, at en modsat regel ville medføre væsentlig ulempe for husbanden, idet medhjælperen mister interessen i at overholde sin del af kontrakten. I en sag om transport på krav ifølge en entrepriserkontrakt fremhæves omvendt, at byggeføretagendet i alt væsentligt var tilendebragt, således at man efter dette tidspunkt uden risiko eller ulempe kunne have tilbageholdt beløbet. Der foreligger også afgørelser om andre kontraktsforhold. På grundlag af alle disse afgørelser mener man i teorien at kunne opstille den grundsætning, at skyldneren kan tilsidesætte transporten i det omfang, hvori det efter kontraktsforholdets natur er nødvendigt for at undgå, at transporten udsætter ham for væsentlig risiko eller ulempe, jfr *Ussing*: Alm Del .234.

I dette tilfælde er retssætningen formuleret i nøje tilknytning til den argumentation, som føres i de afsagte domme. Men *Ussing* nøjes ikke med at bygge på disse betragtninger. Yderligere gøres opmærksom på, at skyldneren navnlig i varige forhold har en særlig interesse i at få kontrakten ændret ved aftale, og på den anden side fremhæves, at trangen til at benytte transporter har forskellig styrke i de forskellige kontraktsforhold. Der er altså hermed fremhævet andre samfundsmæssige hensyn, som det kan anbefales domstolene at tage hensyn til i kommende retssager. Hermed illustrerer man det krav, som efter dansk retsopfattelse stilles til gode videnskabelige værker: Videnskaben må lade sig inspirere af argumentationer og oplysninger i domme, men teorien må fantasere sig til, at andre hensyn – som blot ikke er kommet frem i de hidtil afgjorte sager – også kan komme i betragtning. Den enkelte retssag bygges op på det, som er det karakteristiske i netop denne sag. I en sag om transport på *medhjælperløn* har man måske nok haft en fornemmelse af, at transporter i disse tilfælde ikke er af afgørende betydning for samfundet, men dette er ikke kommet klart frem. Står man derimod over for en transport på krav ifølge *entrepriserkontrakter*, bliver det indlysende, at trangen til transporter er af afgørende betydning for finansiering af byggeriet. Af disse to eksempler kunne teorien lade sig friste til at opstille to forskellige regler, som kunne anvendes hver på sit område. Men dette bliver for unuanceret. Man op-

stiller den almindeligt formulerede sætning og overlader den endelig afbalancering af de krydsende hensyn til domstolene.

I senere fremstillinger er det bygget videre på disse grundsætninger, se f eks *Gomard: Obligationsretten i en nøddeskål*, 3. hæfte, 1973.243-252.

Der kan måske være grund til at advare mod, at teorien finder frem til »retsprincipper«, der antages at ligge bag ved en række eller måske kun en enkelt lovbestemmelse, jfr *Augdahl* .94-97. Der kan imidlertid ikke være tvivl om, at studiet af en række lovbestemmelser (eller retsafgørelser) kan medføre, at der heri kan findes støtte for et vist resultat, jfr som eks afværgelse af tilbageholdsret ved at stille sikkerhed, nedenfor under II.C.3°b.

Man ser undertiden i videnskabelige værker, at der henvises til *retsfølelsen*, retstakten. Ingen vil undervurdere betydningen heraf. Men det er ikke en opgave, som man forventer, at teorien tager sig af. Man fremhæver, at praktisk erfarte dommere ofte har en sikrere fornemmelse. Videnskaben giver stene for brød, hvis den nøjes med at begrunde retssætninger med en henvisning til, hvad retsfølelsen kræver. På samme måde forholder det sig, hvis videnskaben nøjes med at henvis til dommerskønnet, jfr *Gomard* i TfR 1960.124 ff.

Et studium af retspraksis giver også videnskaben inspiration på anden måde end ved at byde på argumentationer, som kan stå for en nærmere prøvelse. Alene dette, at der erfaringsmæssigt opstår retskonflikter på et vist område, er en tilskyndelse for teorien til at tage et område op, som hidtil har været udyrket. Dernæst kan oplysninger om grundlaget for retskonflikten give videnskaben værdifulde oplysninger om, hvorledes samfundet faktisk fungerer på et eller andet område. Men man bliver ikke stående ved de oplysninger, som kan hentes fra denne kilde. Retsvidenskaben er også en sociologisk videnskab i den forstand, at man baserer sine betragtninger på et erfaringsmateriale, som fremkommer ved en analyse af samfundsforholdene. Det ses nu ofte, at videnskabelige værker indeholder statistisk materiale til belysning heraf, eller man fremdrager oplysninger om den praksis, som har udviklet sig på det område, hvorom man søger at opstille regler. Man er heller ikke fremmed for gennem enquêteer at få belyst et samfundsproblem. Denne retssociologiske metode har vundet mere og mere indpas som et nødvendigt led i retsvidenskabelig forskning.

På den anden side er man sig bevidst, at sociologiske metoder ikke slår til i retsvidenskaben. De kan kun betyde tilvejebringelser af et grundlag, men kan aldrig erstatte den egentlige juridiske virksomhed, som trods alt bliver det centrale. Man undgår ved indsamling af sådant materiale at gøre sig skyldig i nogle fejlvurderinger, som man ellers udsætter sig for, fordi den enkelte ikke kan have tilstrækkelig viden om samfundets virke på spredte områder. Men man stiller sig heller ikke afvisende over for en konstruktiv, spekulativ metode. Den rent juridiske analyse, som består i, at man iklæder det foreliggende problem den form, som passer til de sædvanligt anvendte begrebsbetegnelser,

er også en opgave, som videnskaben varetager og efter nordisk retsopfattelse bør varetage.

Hermed kommer man ind på et synspunkt, som dækker ind over andre retsområder. Det lønner sig ofte at benytte sig af betragtninger og synspunkter, som tilsyneladende er hentet fra helt andre samfundsområder. Det betragtes som en opgave for videnskaben at fremdrage sådanne hidtil upåagtede parallelleller. I denne henseende vil selv den erfarene praktiker ofte vandre med skyklapper på. Man har tidligere behandlet spørgsmålne om løsninger af naboretsproblemer og tilvækstproblemer hver for sig. Senere har *OK Magnussen* i sin bog: Naboretlige Studier, København, 1950, påvist, at der består en nær sammenhæng mellem disse problemkredse, og dette standpunkt har vundet tilslutning fra mange sider og er ikke blevet imødegået.

Man afviser nu ofte retsteoriens forsøg på at vurdere et retsspørgsmål ud fra konstruktionsmæssige betragtninger. Dette er naturligvis også på sin plads, hvis teorien alene deducerer et resultat ud fra en begrebsmæssig konstruktion. Hvis et praktisk tilfredsstillende resultat er i strid med »panteretens væsen«, er det værst for dette væsen, som *Fr Vinding Kruse* har udtrykt sig. Hvis meningen med det konstruktionsmæssige alene er at skabe klarhed i tankegangen, således at man ikke forveksler forskellige retsregler, er sådanne betragtninger derimod af værdi. Men undertiden dækker terminologier af denne art over det forhold, at man undersøger, hvor langt analogier kan række, jfr *Carsten Smith*: Studier i garantiretten, Oslo, 1963 II.413-14 om slutninger fra kautionsansvarets »accessoriske« karakter i forhold til hovedfordringen. Terminologien kan i sådanne tilfælde betyde en uklar argumentation, som bør undgås.

Retsvidenskaben betragter altså retspraksis som et grundlag, der kan give impulser, virke inspirerende og i høj grad vejledende for bedømmelsen af retsreglernes samfundsmæssige konsekvenser, men på den anden side føler retsvidenskaben sig frit stillet over for praksis, således at domsafgørelserne underkastes kritik, og således at der søges opstillet regler på områder, hvor domstole ikke har haft lejlighed til at udtale sig. Til gengæld føler domstolene sig også frit stillet over for de forsøg på at opstille retsregler, som videnskaben foretager.

### C. Domskommentarer

Medens den mere personlige form, som præmisserne har i de norske højesteretsdomme, gjorde det naturligt at henvise til litteraturen, ofte endda med nøjagtige henvisninger til litteraturstederne, var de danske domstole – med Højesteret i spidsen – meget tilbageholdende hermed. Tidligere fandtes sådanne bemærkninger praktisk taget ikke. Det var derfor nok så vanskeligt at

finde frem til, om litteraturen havde haft nogen betydning. Undertiden kunne kan slutte sig hertil ved de i UfR anførte noter, som indeholdt relevante henvisninger, se herom *Blume* i U 1989 B.210 f. Men selv om det var tilfældet, kunne det ikke med sikkerhed siges, at det netop var teorien, som havde haft betydning for vurderingen.

Noget bedre besked kunne man få i de kommentarer, som den danske Højesterets dommere fremsatte, oprindeligt i TfR, men fra 1963 i UfR. Alligevel måtte der udvises forsigtighed hermed. Det blev stedse understreget, at disse kommentarer ikke var »officiøse«, men alene udtryk for vedkommende dommers egen opfattelse, allerhøjest for hans fornemmelse af, hvad der i øvrigt lå i de kortfattede præmisser.

Der er imidlertid i de senere år sket en afgørende ændring heri, idet et genemsyn af Højesterets domme fra de senere år viser, at præmisserne direkte indeholder en henvisning til retslitteraturen. Det sker dog aldrig på den måde, at retten nævner de enkelte litteratursteder. Der har udviklet sig en tradition, der går ud på, at der generelt henvises til »retslitteraturen« eller »teorien« – med lidt forskellige varianter i udtryksformen. I senere udgaver af denne fremstilling har det derfor været muligt at ændre ved tidligere udgavers vurdering af dette problem ud fra, hvad der dengang – med forsigtighed – kunne udledes af praksis. I stedet har kunnet anføres en hel del domme, der med stor sikkerhed kan siges at have taget stilling hertil. Kommentarerne til dommene har fortsat kunnet benyttes. Redaktionsnoterne til UfR er normalt ikke tillagt nogen betydning. Henvisingerne heri til litteraturen er ganske vist stadig meget omfattende. Men de behøver ikke at betyde mere, end at domstolene her har fundet gode oversigter og vejledende synspunkter – hvilket i sig selv dog også er ganske betydningsfuldt.

Domskommentarer ophørte i 1975, vel nærmest fordi de blev kritiseret som noget for »officiøse«, men også fordi de var arbejdskrævende, jfr *Hvidt* i U 1981 B.69 og for svensk rets vedkommende *Erik Hedfeldt* i SvJT 1976.493-495. Det hang også sammen med, at kommentarerne undertiden blev meget personligt præget og fik karakter af afhandlinger, mange af dem skrevet af *Trolle*, der netop forlod retten på dette tidspunkt. Fra 1981 blev de genoptaget, men det blev betonet, at de måtte betragtes som enkeltmandsatikler uden officiøs karakter, *Hvidt* anf sted. Antallet af kommentarer synes ikke at være aftaget, og de er stadig værdifulde, selv om det ses, at de undertiden giver anledning til videre diskussion. Når man understreger den måde, de skal opfattes på, er det kun værdifuldt, at kommentarerne ikke optræder som »tandløse«, som gentagelser i andre ord af præmisserne til dommen. En forsiktig uddybning af præmisserne sker ofte i den form, at den kommenterende dommer anfører, at dommerne – flertallet eller mindretallet – »nok har lagt nogen vægt« på et nærmere angivet moment. Det er et fingerpeg, som ikke er forpligtende, men alligevel værdifuldt.

Ved gennemgangen af enkeltilfælde i de følgende afsnit vil nyere domspraksis og kommentarer hertil blive belyst ved en række eksempler. En af de første afgørelser, som klart henviste til praksis, er U 1977.489 H, der om forståelsen af den dagældende regel i den gamle Konkurslov § 21 henviste til, at bestemmelsen »i overensstemmelse med det i retspraksis og nyere juridisk litteratur antagne findes . . . at måtte forstås således, at bestemmelsen rammer sikkerhedsstillelse for ældre gæld, men ikke sikkerhedsstillelse for fremtidig gæld.« Tilsvarende udtryk findes også i kommentarer, jfr f eks i U 1981 B.300 f – en kommentar til U 1981.394 H: »Det er almindelig antaget i teori og praksis, at afgørelsen af, om der foreligger ekspropriation eller erstatningsfri regulering, må bero på et samlet skøn«.

Også i svensk retspraksis er det blevet almindeligt at henvise til retslitteraturen, jfr *Strömholt* i Festskrift til Johs Andenæs, 1982.660-661, hvor litteraturen undertiden ligestilles med lovmotiver eller retspraksis.

Kommentarer til højesteretsdomme er ofte meget omhyggelige med at anføre litteratur. I U 1982.538 H nægter flertallet omstødelse af modregning, men med konkret begrundelse, idet der nævnes de omstændigheder, under hvilke erhvervelsen i forbindelse med modregningen var sket. I kommentaren U 1982 B.328 anføres, at *Ørgaard* i U 1980 B.302 f helt vil udelukke modregning. Et mindretal gik derimod ind for omstødelse, navnlig under henvisning til, at det ikke ved den nye konkurslov var hensigten at ændre i forhold til tidl, og efter den tidl tilsvarende bestemmelse kunne der formentlig omstødes.

Af domskommentarer ses det undertiden, at Højesterets dommere indgående har studeret og overvejet betragtningerne i litteraturen – og selvfølgelig også praksis – selv om proceduren ikke har givet stof nok herom, jfr *Trolle* i U 1965 B.145-149, der indledningsvis bemærker, at forelæggelsen og proceduren havde været noget mager. På grundlag af voteringen gennemgås herefter udførligt, hvad der kan hentes fra litteratur og praksis om det foreliggende problem, en tipshandlers ansvar for bortkommet, vindende tipskupon.

Undertiden kommer henvisningen til teori og praksis som et indskud i præmisserne, jfr f eks U 1978.9 H, der indleder med, »samtlige dommere er enige om, at afbetalingsloven – som også antaget i teori og praksis – må omfatte overdragelse af en virksomhed, for så vidt angår dennes inventar.«

### D. Indflydelse på lovforslag

Det er særligt klart, at der kan søges større i teorien, når det ligefrem ved udarbejdelsen af en lov er overladt til retsvidenskaben at tage stilling f eks til et begrebs afgrænsning. Dette var tilfældet med Forsikringsaftalelovens område, jfr Udkast til lov om forsikringsaftaler, 1925.26, 55 og 80.

I kommentaren til U 1985.203 H, jfr U 1985 B.243 ff henvises hertil: »Efter forarbejderne til Forsikringsaftaleloven er det overladt til retsvidenskaben at udvikle begrebet »forsikringsaftale« og til retsanvendelsen at afgøre, om loven efter dens reale grunde og den naturlige sprogbrug bør bringes til anvendelse eller ej. En gennemgang af den forsikringsretlige litteratur og en naturlig forståelse af ordet »forsikringsaftale« gjorde dette resultat nærliggende.« I forbindelse hermed gennemgås litteraturen, og der lægges vægt på, at der m h t det foreliggende problem – et forsikringsselskabs pantebrevsgarantier – er den samme retsstilling som ved de alm forsikringsaftaler.

Undertiden fremhæves udtrykkeligt, at spørgsmålet har været omtvistet i den juridiske litteratur, hvorefter følger en henvisning til andre momenter, jfr således U 1977.23 H om forståelsen af den tidl bestemmelse i Rpl § 533, stk 2, hvorefter udlagt løsøre skulle fratages rekvisitus inden for en frist af 12 uger. Det blev fastslået, at dette også gælder, selv om rekvisitus er gået fallit eller er trådt i likvidation som insolvent. Det anføres, at spørgsmålet har været omtvistet i den juridiske litteratur, men besvaret bekraeftende i retspraksis. Dommen nøjes altså ikke med at henvise til retspraksis, men indleder med bemærkningen om litteraturen. Dette var vel overflødig over for oplysningen om retspraksis, medmindre man tillægger en evt oplysninger herom vægt.

I forbindelse hermed kan anføres uttalelsen i en dissens til U 1977.293 H om forståelse af Rpl § 445 (jfr nu § 455), hvorefter sag om ægteskab ikke kan fortsætte efter en parts død inden domsafsigelsen. Det blev fastslået, at dette også gjaldt, hvis en part døde under anken, og uanset at sagen alene drejede sig om godtgørelse efter Ægteskabslovens § 56. Dissensen nævner først, at det i teori og praksis er antaget, at sagen ikke kan fortsætte p gr af sagens personlige karakter, men lægger heroverfor vægt på, at der ikke § 454, stk 2 var mulighed for særskilt anke af vilkår. Om andre problemer i denne forbindelse har der i øvrigt været diskussioner i retspraksis.

Der udvises meget naturligt forsigtighed med at anerkende uttalelser i litteraturen, hvor denne går imod en traditionel opfattelse. Man nøjes med at holde en dør åben. Det gav sig udtryk i afgørelsen i U 1983.1088 H, jfr kommentaren i U 1984 B.61 f, om værnetingsbestemmelsen i Rpl § 244 (nu § 243), hvor *Gomard* i Forholdet mellem erstatningsregler i og udenfor kontraktsforhold, 1958, gik ind for en udvidet anvendelse af reglen, en opfattelse der blev fulgt op senere i litteraturen. Vel afviste Højesteret en sag om erstatning inden for kontrakt, men med fremhævelse af, at kravet if stævningen støttedes på for-

sommelse af en kontraktslig forpligtelse. Herefter var vejen åben for evt anvendelse af reglen i andre tilfælde, hvor det drejede sig om ansvar i kontraktsforhold, jfr kommentaren til dommen.

Selv om der i litteraturen er taget stilling til et begreb, kan anvendelsen heraf dog volde kvaler i praksis, jfr således gavebegrebet, som blev belyst i U 1986.22 H, jfr kommentaren i U 1986 B.129 og *Egil Lego Andersen: Gavebegrebet*, 1988.650 ff. Problemet var, om et beløb, ydet efter forlig ved et samlivs ophør var indkomstskattepligtigt. 5 dommere fandt, at beløbet enten var en gave eller et vederlag for udført arbejde og derfor skulle beskattes, medens mindretallet på 4 kom til det modsatte resultat, idet de mente, at forliget var indgået ud fra en udsigt til, at der ved retsafgtørelse ville blive tillagt en andel i formuen. Herefter var det altså ikke så meget gavebegrebet som afgrænsningen af den særlige regel i Statsskattelovens § 5 b om formueforøgelser, som hidrører fra indgåelse af ægteskab og deslige, som fik betydning.

Ofte er der et sammenspiel mellem praksis og teori. Hvis der således først foreligger en vis praksis, og denne bliver tiltrådt i teorien, virker dette samlet som et væsentligt moment, jfr U 1976.539 HKK om at der ikke var grundlag til at fravige den faste skifteretspraksis, hvorefter opgørelsen i konkurs af fremmed mønt foretages efter kursen på opgørelselsdagen. Udgangspunktet var U 1917.909, men herudover henviste kurator til, at der efter denne afgørelse og med støtte i den juridiske litteratur havde dannet sig en fast skifteretspraksis.

#### *E. Kritik af retsafgørelser*

Domskommentarerne har som nævnt foran under I.C. en rent objektiv karakter og kommer sjældent ind på en kritik af retsafgørelsen. Bortset fra, at man undertiden har kunnet mærke, at en domskommentar som skrevet af en dommer fra mindretallet er noget skeptisk over for flertallets resultat. I dette afsnit, § 6, behandles retsvidenskabens indflydelse på eventuelt kommende retsafgørelser. Men herudover findes der naturligvis også i retslitteraturen bemærkninger til allerede trufne retsafgørelser, som indeholder kritik heraf. Nogle eksempler herpå er nævnt ovenfor i § 3.IV.J. Sådan kritik kan naturligvis også få indflydelse på retsafgørelser i fremtiden, idet det kan tænkes, at den påvirker en senere retsafgørelse af det samme problem.

Det henstår, om tilsvarende almindelig kritik kan få indflydelse engang i fremtiden på en senere retsafgørelse vedrørende andre domme, som er blevet almindeligt kritisert, jfr eksempler som U 1976.304 H, anført i § 6 II.C. 1° og U 1967.86 H anført i § 6 II.C. 1°.

Der kunne anføres mange eksempler, der viser den store indflydelse, som Ørsted med sin autoritet havde på retspraksis. Som karakteristisk udslag heraf kan anføres, hvorledes han fik praksis til at gå mod en fast opfattelse, hvorefter DL 5-14-4 ikke kunne anvendes på pan-

### *Retslitteratur som retskilde?*

tebreve. I første række henviste han til reglen i Code civil art 2180, stk 4, der – i modsætning til Romerretten – tog standpunkt i modsat retning. Praksis fulgte Ørsted, jfr JU 1850.259 H, JU 1857.199, U 1913.249 H (jfr 1911.693). Også på et andet punkt fandt Ørsted inspiration i Code civil, nemlig i dennes art 690 og 691, der sondrede mellem servitudes apparantes og servitudes non apparantes, og med dette som udgangspunkt fik han praksis ind på at kræve alderstidshævd ved usynbare servitutter, jfr Juridisk Arkiv, bd 25.139 ff, Arch f R VI.341 ff, Haandbog IV.350-51 og oplysningen i JT 1818.401, hvor Ørsted erkender grundlaget for sin opfattelse. Praksis fulgte Ørsted, jfr J T 10 bd 2.184. I nyeste tid er opfattelsen blevet kritiseret, og den følges i hvert fald ikke længere fuldt ud af praksis, se nærmere oversigten i Fast Ejendoms Regulering I.431 ff.

Også i norsk ret fremhæves Ørsteds indflydelse på retspraksis og ved siden af ham *Schweiigaards* påvirkning fra strafferettens og processens område, *Eckhoff*.230.

*Ditlev Tamm*: Fra lovkyndighed til »Retsvidenskab«, 1977, indeholder en udførlig gen-nemgang af Ørsteds betydning for retspraksis.

Det er karakteristisk, at Ørsted i udstrakt grad fandt inspiration i fremmed ret, selv om han naturligvis ikke altid kunne acceptere ideer hentet herfra som egnede i dansk ret eller måtte neddæmpe betydningen af sine studier i fremmed ret, jfr bl a anf v 392.

### *F. Retslitteraturen som retskilde?*

Forskellige udtalelser i litteraturen viser usikkerheden over for at betegne retspraksisen som en retskilde. *Andenæs*: Avhandlinger og foredrag, Oslo, 1962.421-424 fremhæver nok, at den ikke er retskilde, men understreger alligevel, at den faktisk har betydning for retsanvendelsen. Det bliver så en definitionssag, hvilken etikette man vil sætte på. I øvrigt nævnes, at Den internationale Domstol i Haag er forpligtet til at anvende teorien, forudsat at opfattelsen her er tilstrækkelig sikker. I Innföring .116-120 fremhæves retspraksidens betydning navnlig ved dens oplysnings- og argumentations-værdi.

På tilsvarende måde nævner *Taxell*: Rätt och demokrati. Åbo, 1976.158, at teorien ikke er retskilde, men nævner alligevel .234, at normer kan svinge fra den tvingende til rene rekommendationer. *Blume* i J 1985.118-120 bruger udtrykket »en uegentlig retskilde«, den er »alment rådgivende«, *Hellner* .91.

Hvis man bestemmer retskildebegrebet som sket i § 1, volder det ingen vanskeligheder med at betegne retslitteraturen som en retskilde. At benægte dette er at stikke hovedet i en busk. Litteraturen påvirker dommerne i deres stilling-tagen til, hvad der må anses for gældende ret. Men når dette er sagt, må det straks tilføjes, at det er en retskilde af meget svigende karakter. En udtalelse fra en enkelt forfatter har måske ikke større værdi end, hvad der følger af hans argumentation ud fra de traditionelle retskilder, motiver, analogi, sædvane, retspraksis. Hans større eller mindre autoritet indgår formentlig også i urver-dingen. Men navnlig får den vægt, hvis der i litteraturen kommer en enstem-mig eller dog overvældende tilslutning hertil.

Det står imidlertid fast, at retsvidenskaben må vige over for i hvert fald visse andre retskilder. Lovmotiver, som praksis tillægger så betydelig vægt, har i hvert fald overvægt over for teorien. Der skal meget til for at gå imod en klar motivudtalelse, selv om resultatet måske ikke er det mest hensigtsmæssige. Her viger retslitteraturen.

U 1976.304 H viser, at der blev lagt afgørende vægt på en udtalelse i en sagkyndig betænkning, som var fulgt op i bemærkninger til et lovforslag, nemlig reglen i TL § 42 a om påkrav ved udeblivelse med renter og afdrag, idet dommen nøje refererer såvel udtalelse herom i den beretning, som lå til grund for lovbestemmelsen, som Justitsministeriets bemærkninger hertil – folketingsudvalget kom ikke på problemet. En dissens lagde afgørende vægt på lovens klare ord, som ikke kunne begrænses ud fra en formålsfortolkning eller ud fra en undersøgelse af, hvad der havde været arbejdsgruppens hensigt. Se om dommen under II.C.1°.

Afgørelsen viser, at domstolene i hvert fald lægger betydeligt mere vægt på lov motiver end på udtalelser i retslitteraturen.

## II. Enkeltilfælde

### A. Erstatningsret

Erstatningsretten er et af de retsområder, hvor der har været et udpræget vekselspil mellem retspraksis, retsvidenskab og lovgivning. Man kan måske fremhæve, at netop her har retsvidenskaben, der har dyrket problemerne intenst, ofte ligget i spidsen, medens retspraksis og lovgivning kun nølende har fulgt efter, sporadisk og med en vis camouflage i præmisserne, selv om resultaterne i nogen grad imødekom det, som retsteorien gik ind for. På den anden side er retsvidenskaben i høj grad blevet inspireret af retspraksis, idet den med udgangspunkt heri har søgt at sammenfatte og revurdere de synspunkter, som tidligere er blevet fremsat. Lovgivningen har aldrig villet tage principiel stilling til nogle af de vigtigste spørgsmål, og selv om der i Danmark er gennemført en almindelig Erstatningsansvarslov, har den ældre retspraksis og i øvrigt også udviklingerne i retsteorien stadig sin betydning.

Nogle typeområder skal fremdrages til illustration heraf, idet der med hen-syn til enkeltheder må henvises til de erstatningsretlige værker.

#### 1° *Objektivt ansvar*

Uanset den traditionelle opfattelse, at erstatningsansvar som altovervejende hovedregel er betinget af culpa, har retsvidenskaben søgt at dreje retsudviklingen i retning af, at der i større eller mindre omfang gennemføres et objektivt ansvar.

*Ussings* berømte sætning fra hans disputats, *Skyld og skade*, 1913, om an-

svar for forhandlinger, som er *ekstraordinære* og medfører en *særegen fare*, som er *kendelig for den handlende*, er aldrig blevet anerkendt i retspraksis, og i øvrigt vandt den heller ikke almindelig anerkendelse i retsvidenskaben. Andre forsøg på at opstille visse almene regler herom har heller ikke vundet indpas i retspraksis, omend man f.eks. har set, hvorledes en norsk højesteretsdom, NRt 1948.719 blandt anvendte de synspunkter, som *Kristen Andersen* f.eks. i TfR 1948.99 ff var gået ind for. Men dette blev ikke det endelige ord i retsudviklingen.

Der er dog ikke tvivl om, at synspunkterne i retsvidenskaben har gjort indtryk på retspraksis, men her har man dels begrænset sig til enkelte særområder, dels – i hvert fald til at begynde med – i stedet for blankt at anerkende et objektivt ansvar dækket sig ind under culpareglen, men med en så streng bedømmelse og ofte med omvendt bevisbyrde, at forskellen mellem et subjektivt og et objektivt ansvar var vanskelig at få øje på. Hvilket da også har medført, at den danske færdselslovgivning om ansvar for motorkørsel omsider tog det sidste spring og formelt også anerkendte det objektive ansvar.

Men uden for de spredte retsområder, som lovgivningen efterhånden har indført objektivt ansvar på, har retspraksis dog efterhånden også formelt anerkendt det objektive ansvar. Herom må der henvises til de forskellige erstatningsretlige værker og kun nævnes et par hovedpunkter.

Inden for *naboretten* er nu anerkendt objektivt ansvar, men indtil videre kun for udgravninger o.l. Først omend ikke helt klart med afgørelsen i U 1968.84 H, jfr. kommentaren i U 1968 B.233 ff, der nævner de erstatningsretlige værker med fremhævelse af, at der heri særlig var sightet på skader af denne art. Helt klart blev det fastslået ved dommen i U 1983.714 H, jfr. kommentaren i U 1984 B.49 ff: »Når kommunen alligevel blev pålagt ansvar, skete det, som det fremgår af dommen, ud fra synspunkter, der ligger på linie med dem, som i teorien har været anført til støtte for objektivt ansvar for skader, der forvoldes ved udgravninger, piloteringer og lign. arbejder på fast ejendom« – hvorefter citeres erstatningsretlige værker. Når problemet ikke kom frem i den mellemliggende afgørelse i U 1975.388 H, skyldes det, at der ikke var procederet på muligheden for objektivt ansvar, jfr. kommentaren i U 1975 B.395 ff.

Om ansvar for *fejl eller brist i maskiner*, materialer og andre tekniske hjælpemidler var der stærk uenighed mellem de voterende dommere i sagen U 1960.576 H, jfr. kommentar i TfR 1961.89 ff (narkoseapparat), men afgørelserne i U 1983.866 og 895 (om ledningsbrud) gik klart ind for det objektive ansvar.

I kommentaren i U 1984 B.296 ff til en sag om en arbejdsgivers ansvar for arbejdsskade ved silicose, U 1984.284 H, nævnes det, at der i hvert fald må gælde et strengt culpaansvar herfor – et videregående ansvar forudsætter lovgivning – og i den forbindelse citeres litteraturen herom. Dommens præmisser indeholder intet herom. Problemets er taget op ved den principielle dom i

U 1989.1108 om asbestoskader, jfr. hertil *Wendler Pedersen* i U 1990 B.241-246, der belyser forholdet mellem teori og praksis.

### **2° Erstatning for forsørgertab**

Vedrørende spørgsmålet om erstatning for forsørgertab gik mange udtalelser i teorien ind for en positivt besvarelse heraf i de tilfælde, hvor en hustru ved sit arbejde i hjemmet havde virket som forsørger, og retspraksis nærmede sig denne besvarelse, men lod det dog bero på en konkret bedømmelse af de enkelte tilfælde, jfr U 1938.1040 H, 1953.434 H (kommentar i TfR 1954.307), 1958.785 H (kommentar i TfR 1959.217), 1969.859 H (kommentar i U 1970 B.98).

Dette hører nu hjemme i retshistorien, idet Erstatningsansvarslovens § 13 har taget stilling til såvel dette spørgsmål som problemet for samlevere, der ikke har været gift med hinanden.

### **3° Ansvar for børn**

Om ansvar for børn har der i teorien været rejst kritik mod domstolenes afgørelser, der pålagde selv 4-årige børn ansvar for deres skadegørende handlinger, jfr U 1941.1054 H og 1958.236 H, den sidste med kommentar i U 1968 B.337 f. Sagen drejede sig om nedsættelse af et barns erstatningskrav på grund af egen skyld, som må bedømmes efter samme synspunkter som ansvar for egne handlinger. If kommentaren havde Højesterets flertal nok været under en vis indflydelse af den kritik, den hidtil første strenge kurs havde været udsat for, dels i forskellige afhandlinger, dels på Det 20. Nordiske Juristmøde.

### **4° Erstatning for tort**

Spørgsmålet om erstatning for tort til voldsofre har været diskuteret i teorien. En afklaring i praksis kom med afgørelsen i U 1986.755 H, der lægger vægt på, at der ikke var udøvet vold under sådanne særligt krænkende omstændigheder, at der kunne tilkendes godtgørelse for tort. I kommentaren hertil i U 1987 B.49 f drages den konklusion, at sådan godtgørelse selv i alvorlige volds-sager mod sagesløse personer kun kan forventes tilkendt, såfremt volden er begået under særligt krænkende, ydmygende eller hånende omstændigheder. Ikke desto mindre har en senere afgørelse, U 1990.594 H tilkendt erstatning for tort uden for et sådant tilfælde, men uden at det af dommen kunne ses, hvad der er lagt vægt på, se kritik af afgørelsen *Bo von Eyben* i U 1991 B. 15-16, og ovenfor i § 3.I.B.

### **5° Offentlige myndigheders erstatningsansvar**

U 1987.449 H frifandt – med dissens – stat og kommune for erstatningsansvar i et tilfælde, hvor det blev gjort gældende, at der forelå fejl ved behandlingen

af andragende om byggetilladelse og udstykningstilladelser. I en kommentar, *Riis* i U 1987 B.298.302, gennemgås udførligt litteraturen om disse problemer. Det anføres, at de synspunkter, som der er givet udtryk for af *Illum* i TfR 1933.43-118 og *Poul Andersen* i Offentligretligt Erstatningsansvar, 1938, ikke uden videre kan tages som udtryk for den nugældende retstilstand. Men at synspunkterne herfra har været indgående drøftet under votingen er der formentlig ikke tvivl om.

### B. Obligationsretten

U 1981.958 H, jfr U 1979.837 og U 1980.872 fastslog, at der i fragtbreve gyligt kan gives afkald også i forhold til et konkursbo på *modregning* i fragtkravet. Medens flertallet henholder sig til Sø- og Handelsrettens korte begründelse, at indholdet af fragtbrevet måtte antages at være den pågældende fuldt ud bekendt, giver den dissentierende dommer (*Munch*) en nærmere begründelse herfor, hvilket uddybes i hans kommentar til dommen U 1982 B.9 ff med henvisning til teorien: »Teoriens hævdelse gennem i hvert fald 40 år af afkalds bindende virkning også i tilfælde af hovedmandens konkurs måtte have betydeligt vægt«. En vis afvigelse herfra i *Gomards Tillæg til Obligationsretten*, 1977.112 fik altså ikke afgørende betydning.

Uanset at forskellige forfattere har været inde på, at lønmodtagere kunne opnå en vis beskyttelse mod *modregning* ved henvisning til transbeneficiet i Rpl § 509, kom H ikke ind herpå i sagen U 1983.388, idet der i stedet henvistes til grundsætningen i Rpl §§ 511 og 512, jfr kommentaren i U 1983 B.264 ff.

Den tidl praksis, hvorefter staten blev betragtet som en enhed, således at modregning lod sig gennemføre i vid udstrækning, blev kritiseret i teorien, jfr allerede *Illum*: Modregning i konkurs, 1943.140, *Ussing*: Obligationsrettens alm del, 4. udg, 1961.340 og flere afhandlinger senere hen, og teorien anbefalede forskellige metoder til begrænsning heraf. På baggrund heraf ændrede Højesteret kurs ved U 1982.24 H, der citerer den tidl afgørelse, som havde fastslået den vidtgående modregning, jfr *Munch* i Juristen 1989.44. U 1955.13 H, mens erkender, at det er tvivlsomt, om denne retstilstand – »som anført i den retsvidenskabelige« – bør fastholdes. Retten mente imidlertid ikke, at den i den foreliggende sag havde mulighed for at foretage en afgrænsning, men henviste til løsning ved lov. Ændringen skete imidlertid ved udsendelse af et justitsministerielt cirk, 22/11 1983, hvor styrelserne blev anmodet om ikke at benytte formueretlige krav mod staten til modregning.

Et i teorien ofte omtalt forhold, nemlig om udstilling af varer med pris i et vindue er et bindende *tilbud* – hvilket antages almindeligt i teorien – blev ensstemmigt fastslået ved U 1985.877 H, jfr kommentaren hertil i U 1986 B.43 f. Problemet var herefter alene, om Aftl § 32 kunne anvendes.

U 1983.311 H nægter at anerkende et *ejendomsforbehold* for maskine, solgt på kredit som led i et fast forhandlerforhold, hvor købesummen ikke forfaldt ved videresalg. Det anføres i kommentaren hertil, U 1983 B.255 ff med citater fra litteraturen, at det vil være bedre i overensstemmelse hermed at lægge vægt ikke på betegnelsen – konsignation – men på, om der er gennemført indskrænkninger i køberens råden, det synspunkt, som netop er fremhævet i litteraturen.

U 1985.349 H fastslog, at en udlejer ikke – som ved genudlejning – kunne ændre lejevilkårene ved at forhøje depositum, når der var tilskret lejeren, en butiksindehaver, afstællesret. Byretten havde henvist til teorien, og landsretten gennemgik udførligt de modstridende opfattelser, som var fremkommet i litteraturen. Højesteret nøjes med at henvise til kontrakts ordlyd og »det i øvrigt fremkomne«.

Teorien havde i hvert fald haft den betydning, at problemet var blevet grundigt gennemdiskuteret, inden sagen kom for. I øvrigt henholdt parterne sig også til en landsrets tilkendegivelse i en noget tilsvarende sag, men problemet var, om man i den foreliggende sag – hvor der ikke var uopsigelighed – skulle følge denne tilkendegivelse, eller om man tværtimod skulle slutte modsætningsvis fra den, idet der i den tidl sag var uopsigelighed.

Om ansvar for insolvens hos en udenlandsk forretningsforbindelse, som får videreoverdraget hvert med at incassere en fordring, har U 1972.387 H udtalt, at der kun var ansvar for oppebørslen, hvis der var påtaget indstændende herfor. Dette harmonerer med udtalelsen hos *Ussing*: Alm Del .117, hvorefter der skal særlige grunde til at pålægge ansvar for selvstændigt virkende medhjælpere, og er på linie med udtalelsen hos *A Vinding Kruse*: Advokatansvaret (5. udg, 1985.71, 124 f) om advokaters ansvar for kollegers fejl, jfr *Spleth* i U 1972 B.234-235.

U 1963.505 H omhandlede bl a spørgsmålet, om der ved et ejendomssalg kunne kræves erstatning, fordi grundstigningsskylden efter en årsomvurdering, der var i gang under forhandlingerne, blev forhøjet. Om beregningen af erstatningen siges det i kommentaren, *Trolle* i U 1963 B.255, at afgørelsen var i overensstemmelse med *A Vinding Kruse*: Misligholdelse af ejendomskøb 1. udg. 201-202, jfr nu samme: Ejendomskøb, 190 f.

U 1965.43 H angik spørgsmålet om, hvorvidt tabt fortjeneste omfattedes af et erstatningskrav i anledning af forsinkelse og mangler ved salg af gødningsnedfældere til en maskinstation. Dette blev nægget under henvining til, at forsinkelsen ikke havde indvirket på køberens ordrebewestand. I kommentaren til dommen anfører *Trolle* i U 1965 B.160-162, at formuleringen tyder på, at man har været enig i de af *A Vinding Kruse* i Erstatningsret I.224 (5. udg. 156 ff) anførte betragtninger, hvorefter risikobetragtninger og retstekniske hensyn forklarer afgørelser, som er truffet ud fra de såkaldte adæquansbetragtninger. De noget dogmemæssige betragtninger om adæquans må herefter betragtes som stedt til hvile.

Det kan herefter siges, at teoriens synspunkter vedrørende de nævnte problemer om ansvar for misligholdelse af kontrakter klart har sat sig spor i retspraksis.

### C. Panterettigheder og tilbageholdsret

#### 1° Panterettigheder

U 1976.484 HKK kommer – uden at nævne det – til samme resultat som anført i teorien, jfr *Panterettigheder* .126, at et pantebrev kan tinglyses, selv om hovedstol og restgæld reguleres i takt med det lønregulerende pristal, hvad der kunne være tvivl om efter indholdet af Tinglysningslovens § 10, stk 3, og uan-

set tinglysningsdommerens betænkeligheder om der fortsat vil eksistere et sådant regulerende pristal. I noten til dommen henviser til de forskellige fremstillinger og praksis. Standpunktet blev fulgt op ved U 1977.321 H.

En ret kraftig meningsudveksling mellem teori og praksis har der været i forbindelse med afgørelsen i U 1967.86 H, der fastslog, at en prioritetsplads, der bliver ledig ved omstødelse af en panteret, tilfalder de oprykkende efterpanthavere. Selv om afgørelsen ikke i sine præmisser henviser direkte til udtalelser i teorien, men derimod til, at resultatet var bedst stemmende med formålet med en ændringslov, og at omstødelsesregler kommer kreditorerne til gode »i den ved loven fastsatte orden«, siges det rent ud i kommentaren hertil, *Trolle* i U 1967 B.97-100, at man i det hele har sluttet sig til udtalelser i teorien, nemlig *Levison* i U 1893.731-737 og tillige *Deuntzers* og *H Munch Petersens* udtalelser i deres skifteretlige fremstillinger. Afgørelsen er imidlertid blevet stærkt kritiseret senere, jfr først *Illum* i U 1970 B.249 og derefter af mange andre, jfr oversigten i *Panterettigheder* 8. udg. 268-269, hvor den splittede opfattelse i teorien omtales, medens *Trolle* i U 1970 B.264 forsvarede afgørelsen.

Højesteret har altså gennem meningsudvekslingerne i teorien fået en grundig belysning af problemet, og man må vel antage, at proceduren for Højesteret har bestået i en gennemgang af synspunkterne herfra. Den konkrete sag kunne næppe bidrage yderligere til et valg mellem de forskellige opfattelser. Men – som det siges i *Panterettigheder* anf sted – selv om sagen ikke er så enkel, som den gøres til (*Trolle* anfører i U 1967 B.99, at afgørelsen ikke har voldt større tvivl), så har det næppe noget formål at forlænge debatten. Det er rigtigt – der er kommet et præjudikat baseret på et solidt teoretisk grundlag, og så må retslivet indrette sig efter det, jfr U 1983.943.

Afgørelsen i U 1965.304 H, der fastslog, at reglen i TL § 42 a om, at kreditor skal give påkrav ved udeblivelse med renter og afdrag, ikke gælder ejerskifteafdrag, er blevet stærkt kritiseret af såvel teori som praktikere, uanset at Højesteret kunne støtte sig til, hvad der var udtalt i den beretning, som en arbejdsgruppe havde afgivet vedrørende spørgsmålet. Argumentationen henviser navnlig til, at kreditor i disse tilfælde i reglen vil være ubekendt med, at afdraget overhovedet er forfaldet. Herudover gennemgås forarbejderne grundigt. En dissens tager på grund af lovens ganske klare ord afstand fra en sådan (indskrænkende) formålsfortolkning.

Senere er afgørelsen blevet kritiseret i Advokatbladet 1978.277-279, altså af praktikere, som mener at udtalelsen om kreditorers almindelige ukendskab til ejerskiftet ikke er ganske holdbart, dels i teorien, jfr *Panterettigheder* 8. udg. .175 med oversigt over udtalelser, hvortil kan føjes *Gomard: Fogedret*, 3. udg., 1981.65, der betegner afgørelsen som lidet rimelig, og *Boris Hansen* i *Advokaten* 1986.189, *Gram Jensen* .117 ff.

Som det kunne ventes, er afgørelsen ikke desto mindre blevet fulgt op af praksis senere, jfr U 1979.232, der henviser til forarbejder og retspraksis. Man

står over for et spørgsmål, hvor teoriens opfattelse måske ikke vejer særlig stærkt til. De praktiske erfaringer må være afgørende. Det kan derfor beklages, at man ikke i tide – og i hvert fald til brug for proceduren for Højesteret – kom frem med de afgørende oplysninger om praktiske erfaringer. Der er grund til at fremhæve, at de faktiske oplysninger, som Højesteret måtte anse som forelagt på behørig vis, stod over for ganske klare lovord, således som det udtales i dissensen til dommen. Der skal stærke argumenter til for at fastslå, at ejerskifteafdrag ikke er afdrag.

Et tvivlsomt spørgsmål blev afgjort ved U 1982.513, der anvendte Tinglysningslovens § 40, stk 4 på ejerpantebreve, således at panteretten også kom til at omfatte det – noget fiktive – rentebeløb, som er fastsat i ejerpantebrevet. Der begrundes med ordlyd, retspraksis og det i øvrigt oplyste. Afgørelsen er måske påvirket ikke blot af fogedpraksis, men også udtalelser i teorien, men er blevet kritiseret, jfr *Blok* i U 1986 B.90-92 bl a på grunde mulige konsekvenser på løsørejerpanterebreve. Denne konsekvens blev dog afværget ved U 1985.74, der ikke anvendte bestemmelsen analogt på løsørepant. Se hertil *Panterettigheder* 7. udg .299 f, 8. udg, .276.

U 1990.21 H viser, at kritikken i litteraturen over for den praksis, som syntes at være ved at danne sig om panteret for renter ved håndpantsatte ejerpantebreve, gjorde indtryk på dommerne i Højesteret. Landsretspraksis var tilbøjelig til at lade panteretten også omfatte tillægget for renter til det pålydende i pantebrevet, men som det anføres af *Pontoppidan* i U 1990 B.246-250 var kritikken af denne retspraksis »ret massiv«, og såvel flertal som mindretal bøjede sig for denne kritik, men med noget forskelligt resultat.

Der skal udvises forsigtighed med at uddrage et resultat af principielle domme, som har været inde på problemer, som har været diskuteret i litteraturen, jfr U 1987.915 om de krav, der stilles til meddelelse til skyldneren om pantsætning og kommentaren hertil ved *Munch* i U 1988 B.418-419, der advarer mod at drage vidtgående slutninger af dommen, men nævner et betydeligt antal litteratursteder, som beskæftiger sig med problemet.

## 2° Overdragelser til sikkerhed

Som et andet eksempel på teoriens indflydelse på praksis kan anføres *Jul Lassens* afhandling i U 1890.609 ff om de såkaldte »møbellån«, dvs lån mod sikkerhedsstillelse, der iklædes form af ejendomsoverdragelse. Nogle uklare vendinger i en højesteretsafgørelse, U 1888.479, blev af Lassen fortolket derhen, at det afgørende burde være, om ejendomsoverdragelse var forbundet med en tillægsaftale om, at kreditor skulle overdrage tingen tilbage, når skyldneren indfrie sin forpligtelse. En sådan tillægsaftale skulle altså foreligge – udtrykkeligt eller stiltiende – for at man kunne til sidesætte aftalen som en sikkerhedsstillelse. Lassen søgte her at henvise til det romerretlige fiducia-forhold, som var beslægtet hermed.

Det viser sig imidlertid, at dette synspunkt ikke var fremme under voteringen i Højesteret, og senere praksis tillagde da heller ikke det af Lassen anførte vægt, jfr nærmere *Formuerettigheder* § 10.VII. Et gennemsyn af voteringsprotokollerne viser, at Højesteret i 1888 havde lagt vægt på helt andre momenter. Aftalen var efter rettens mening blevet så rodet og uklart affattet, at man ikke ville tillægge den vægt over for kreditorerne.

Et forslag om at anvende et retsinstitut, som måtte forekomme danske dommere fremmed, kunne ikke påregne succes ved domstolene. Derimod indeholdt Lassens afhandling andre betragtninger, som domstolene senere med udbytte har kunne dyrke.

### 3° Tilbageholdsret

#### a. Tilbageholdsrettsens omfang

U 1973.696 tog stilling til både pante- og tilbageholdsretsspørgsmål i forbindelse med en speditørs transport af varer. Det blev fastslået, at der kun var tilbageholdsret for krav ifølge den pågældende transport, ikke for ældre krav, overensstemmende med opfattelsen i *Panterettigheder* § 23.IV.A. og tidligere praksis, se derimod *Fr Vinding Kruse*: Ejendomsretten III. 1685. Det blev likeledes fastslået, at speditøren måtte lægge fra sig den fyldestgørelse, han havde opnået hos køberen, da varen var individualiseret inden overgivelsen til speditøren, hvorfor der ikke tilkom denne nogen panteret i godset og således heller ikke i købesummen, hvilken opfattelse ansås som overensstemmende med *Stenov*: De skandinaviske speditørbetingelser .154, se således *Spleths* kommentar i U 1973 B.324-327. *Stenov* har imidlertid i U 1974 B.69-72, jfr 256-258, kritiseret afgørelsen på forskellige punkter, herunder at den godtroende speditør burde kunne gøre sin panteret gældende forud for modtagerens ejendomsret for så vidt angår krav ifølge den foreliggende transport, og at panteret i godset ikke uden videre også omfatter købesummen for varer.

#### b. Afværgelse af tilbageholdsret ved sikkerhedsstillelse

I den ældre dansk teori blev det antaget, at tilbageholdsret ikke kunne afværget ved sikkerhedsstillelse: der mangede hjemmel hertil, jfr *Torp*: Tingsret 1. udg. 1892.744, 2. udg. 1916.767. Fra denne opfattelse blev der taget afstand af *C B Henriques* i U 1900.798 ff, der dog måtte erkende, at han kun kunne støtte sin afvigende opfattelse på en enkelt lovregel i Danske Lov 4-3-11. Denne regel blev dengang i teorien opfattet som en singulær bestemmelse, hvorfra intet kunne sluttet. Da man i den nordiske Kommissionslov indførte en regel om afværgelse ved sikkerhedsstillelse, udtalte man endnu, at en sådan regel vist nok ikke stemte med dagældende ret.

Senere er imidlertid reglen i DL blevet efterfulgt af talrige andre. Det antages nu almindeligt i teori og praksis, at afværgelse kan ske mod sikkerhedsstillelse, se nærmere *Panterettigheder* § 24.IX.C.

Man kan herved se, hvorledes en teorisk opfattelse efterhånden har banet sig vej ved at blive accepteret i praksis og i lovgivning.

#### *D. Overdragelse af formuerettigheder*

##### *1° Tinglysning*

Fra tinglysningsrettens område må det særligt fremhæves, at den danske TL i det væsentligt er bygget op på *Vinding Kruses* afhandling herom fra 1923, og det kan generelt siges, at der i lovens første mange år var en nærliggende kontakt mellem lovens fader og praksis, idet han i en række afhandlinger tog stilling til de problemer, som hermed fremkom. Udviklingen omkring TL viser altså, at det også kan have sin betydning med teoriens stilling til problemerne, selv om der foreligger en helt ny lov.

Med *Illums* kritik af adskillige tinglysningsafgørelser og med *Vinding Kruses* argumentation heroverfor blev stillingen vel en noget anden, men det ændrer ikke ved den kendsgerning, at der faktisk på dette område var et omfattende samarbejde mellem teori og praksis. Fra praksis kan nævnes U 1973.503 H om tinglysning af byggeservitutter, forinden de er godkendt af vedkommende myndighed. Som det fremgår af *Trolles* kommentar i U 1973 B.311-313 blev der procederet på, at der før godkendelsen ikke forelå nogen ret over en fast ejendom, og at der derfor ikke kunne lyses. Der var alene stiftet en *obligatorisk* pligt til at finde sig i, at samtykke søgtes. Dette havde vel nogensinde støtte i teorien, men Højesteret går overhovedet ikke ind på denne tankegang, som også ligger meget fjernt fra *Vinding Kruses* ideer om, hvad der kan lyses.

I tinglysningskæresagen U 1988.417 henviser tinglysningsdommeren til forudsætning i utrykt landsretskendelse, refereret i *Peter Blok: Ejerlejligheder*, 2. udg. 588 og i øvrigt til udtalelser i dette værk: dette indgår dog ikke i landsrettens afgørelse, se herom *Blume* i U 1989 B.210 (hvor kendelsen er citeret som U 1987.417).

At teoretikere beskæftiger sig med love, de har været med til at udforme, er en velkendt foreteelse. Man kan henvise til *Stangs* og *Jul Lassens* betydning for retsudviklingen under de nordiske formueretslove, *Getz'* betydning for de nye straffelove i Norge og *Alméns* for de nordiske købelove.

##### *2° Overdragelse af ejendomsret til løsøre*

###### *a. Beskyttelse over for kreditorer*

Det af teorien endevendte problem om beskyttelsen over for kreditorer ved overdragelse af ejendomsret til løsøre er ofte forelagt domstolene til prøvelse. Det er navnlig problemerne om *overgivelsens* og *individualiseringens* betydning, som har sat sindene i bevægelse gennem århundreder. Det er for omfat-

tende et spørgsmål til, at det i denne forbindelse kan gennemgås i enkeltheder. Det er imidlertid karakteristisk for udviklingen i Danmark, at domstolene meget nødigt har villet tage stilling til de rejste problemer, og det er da også ofte lykkedes for domstolene at klare de enkelte retstilfælde uden at lade sig provokere hertil. Om der kræves en bindende eller en blot normal individualisering blev berørt ved U 1954.674 H og .678 H, men sagerne blev afgjort ved at lægge vægt på en række særlige momenter. Ganske vist sammenfatter Frost i sin kommentar i TfR 1955.433 gennemgangen af disse momenter derhen, at man har villet give udtryk for, »at en udskillelse under sådanne forhold ikke er et *normalt* led i en handelssætning og derfor ikke egner sig til at indgå blandt de omstændigheder, der kan føre til retsbeskyttelse for køberen«, men heller ikke benytelsen af udtrykket »normal« i denne sammenfatning har skabt klarhed, jfr *Formuerettigheder* § 10.V. med henvisninger.

Kravene til *ejendomsforbehold ved konsignationsaftaler*, som også har været diskuteret livligt i teorien, ligger efterhånden nogenlunde fast i praksis, se *Formuerettigheder* § 11.111.2°. Kommentaren til U 1958.909 H, *Trolle* i TfR 1959.205 viser, at man dengang ville se udviklingen an. Der synes imidlertid hurtigt at være sket en afklaring, idet *Trolle* i TfR 1961.553 ganske kort kommenterer en afgørelse om ejendomsforbehold ved konsignationssalg derhen, at »de sædvanlige garantier ved konsignationssalg ikke var iagttaget«. Hermed må være hentydet til de kriterier, som landsretternes praksis og teorien efterhånden havde fastnet sig ved.

Ikke desto mindre har U 1985.933 H – i modsætning til Sø- og Handelsretten – anlagt en mere liberal linie vedr bøgers formidling gennem kongignationsaftaler, idet ejendomsforbehold blev anerkendt, uanset at der ikke var nogen kontrol med forhandlerens distribution af bøgerne. Der lægges vægt på, at ordningen ikke rummede væsentlige farer for kreditorerne, ordningens formål og historiske baggrund.

#### *b. Beskyttelse over for aftaleerhververe*

I læren om omsætning af løsøre indtog ældre dansk retspraksis – og teori – det standpunkt, at en godtroende erhverver ikke kunne fortrænge en ældre ret, uden at der fandtes hjemmel hertil i loven. I overensstemmelse med praksis docerer *Torp* (Tingsret, 2. udg, 1916.391 f), at der kun er hjemmel til eksstinktion, hvor overdrageren har været særlig legitimeret i kraft af en skriftlig erklæring, overdragerens stilling til den berettigede eller i henhold til offentlig myndigheds dekret o.l. I TfR 1923.429 tog *Vinding Kruse* på afgørende måde afstand derfra, uanset at denne opfattelse så sent som ved afgørelsen i U 1923.1 H syntes antaget af domstolene. Højesteret ændrede senere opfattelse, jfr U 1929.262 H (jfr TfR 1929.501), der kan forenes med, at eksstinktion ville være indtrådt, hvis erhververen havde været i den fornødne gode tro.

Sammenholder man de senere afgørelser med hinanden, kan der spores en

tendens til at tage hensyn til godtroende erhververe, jfr herved *Torben Jensen* i U 1984 B.73-79 med omtale af U 1983.392 H om bilforhandling, hvor resultatet blev beskyttelse af den godtroende erhverver. Flertals og mindretals begrundelser herfor afviger noget fra hinanden, men der synes at være enighed om, at der bør lægges vægt på, om sælgeren drev finansiering som erhverv, og om han derigennem kunne betinge sig kontrol og vederlag for sin risiko. Her ved går retten videre end til de betragtninger, som ligger i forhandlergrund-sætningen.

Endog i de kvalificerede tilfælde, hvor stjålne genstande videresælges, og hvor DL 6-17-5 kategorisk fastslår vindikation, har U 1972.746 H og U 1975.381 H taget hensyn til den godtroende erhverver, men der lægges navnlig vægt på den bestjålne families passivitet over for de misbrug, som et familie-medlem havde gjort sig skyldig i, jfr *Trolle* i U 1972 B.252 ff og 1975 B.393 ff, der stærkt betoner, at der kun er tale om »brecher« i muren.

#### *E. Sameje og interessentskab*

U 1963.1019 angår opløsning af sameje om en fast ejendom og fastslår, at dette burde ske ved offentlig auktion, men henviser til, at denne »fremgangsmåde findes at måtte anvendes, hvor der ikke er særlige holdepunkter for andet«. Det nævnes af *Gjerulff* i kommentaren i U 1964 B.151-153, at den hidtidige opfattelse har været, at hver af samejerne som hovedregel kan fordre samejet opløst og normalt ved offentlig auktion, men at *v Eyben* i *Formuerettigheder* § 8.II. går ind for en mere nuanceret bedømmelse under fremhævelse af et forudsætningssynspunkt. Sagens afgørelse måtte herefter navnlig bero på, om der var holdepunkter for at antage, at bortsalg ved auktion ville stride mod de hensyn og forudsætninger, der lå bag samejets stiftelse. Denne opfattelse er ifølge domskommentaren, *Trolle* i U 1975 B.386-387 tiltrådt ved afgørelsen i U 1975.218 H.

Et i teorien omstridt spørgsmål blev for en vigtig dels vedkommende afgjort ved U 1986.725, nemlig vedrørende forholdet mellem ældre og yngre særkreditorer set i forhold til selskabskreditorer. Medens der ikke i nyere tid har været tvivl om, at selskabskreditorer har fortrinsret forud for yngre særkreditorer, var der forskellige opfattelser vedrørende forholdet til ældre særkreditorer, jfr *Formuerettigheder*.123 ff med henvisninger. Problemet var navnlig, om man ikke kunne udstrække fortrinsstillingen til også at gælde i forhold til ældre særkreditorer, således at evt misbrug måtte klares ved regler om omstødelse i konkurs m v. U 1986.725 fastslog – ligesom NRt 1900.540 – det generelle synspunkt, idet dommen nægtede modregning mellem skattekjav og krav om negativ momstilsvar vedr et aktieselskab under stiftelse, som if dommen udøvedes som et interessentskabslignende forhold. Modregning-

gen måtte som udgangspunkt respektere selskabskreditorernes fortrinsret til selskabsformuen, og det måtte gælde, uanset at skattevæsenets krav var opstået forud for selskabstiftelsen, jfr *John Peter Andersen* i U 1987 B.172, 176. Det fremhæves i dommen, at interessenstens deltagelse i selskabet ubestridt ikke var udtryk for forsøg på at skabe kreditorly ved en ugyldig eller omstødelig disposition. Med dette forbehold er der åbnet mulighed for at komme til et andet resultat, hvis der foreligger sådanne særlige forhold. Der er ikke med dommen taget stilling til problemet om ældre særkreditorers stilling ved båndlæggelsesbestemmelser, der også udelukker retsforfølgning mod interessenstens *nettoandel*.

U 1988.42 H kommer til samme resultat og henviser til oplysninger om interessensternes forhold ved stiftelse, hvilket formentlig hentyder til, at der blev etableret en rimelig ordning ved generationsskifte. Praksis har vist, at teorien nok har overdrevet faren for at bringe formuer i ly for kreditorer ved sådanne ordninger.

Dommene angår altså tilfælde, hvor løsningen var omstridt i teorien. Teorien virker i sådanne tilfælde ind på den måde, at der er foregået en diskussion, hvor argumenterne for og imod en bestemt løsning har været overvejet. Den hjælper altså domstolene med at vurdere konsekvenserne af de forskellige løsninger. De konkrete sager supplerer så ved at bidrage med konkrete omstændigheder, som yderligere belyser problemstillingen. Præmisserne indeholder ikke nogen henvisning til teorien, men en redaktionsnote til dommen viser, at overvejelserne herfra må være medtaget i proceduren.

I en kommentar til en dom om beskatning af fortjeneste på fast ejendom anfører *Munch* i U 1982 B.325, at der fra og med Sindballes Selskabsret (2. udg. 76ff) hævdtes den opfattelse, at interessenster i et ansvarligt interessenstaskab aldrig ejer en andel af bestemte aktiver i selskabet, og tilføjer: »Denne opfattelse må formentlig siges at være den herskende.«

U 1983.637 fastslog, at indskudskapitalen for medlemmer af en andelsboligforening ikke kunne gøres til genstand for udlæg, idet der bl.a henvises til foreningens formål og medlemmernes begrænsede rådighed over deres andele. Herved anføres fogedretternes mangeårige praksis, der har støtte i den juridiske litteratur, og som lovgivningen må antages at have forudsat opretholdt. Se hertil kommenteret udgave af *Retsplejeloven* § 514, stk 2 med henvisninger og redegørelse i *Justitia* hæfte 6/1989.

#### F. Strafferet

##### 1° Objektivt strafansvar

Uanset at teorien har været inde på i et vist omfang at statuere et objektivt strafansvar, har retspraksis indtaget det standpunkt, at der hertil må kræves lovhjemmel, jfr U 1948.849 H, kommentar i TfR 1949.202 f. Dette har stået

fast i retsopfattelsen siden da, uanset at der er oplyst, at kun 5 af 9 dommere if voteringsprotokollen havde denne opfattelse, jfr *Sysette Vinding Kruse*: Er-hvervslivets kriminalitet, 1983.154. Sådan hjemmel blev gennemført med Be-værterloven § 35, stk 3, jfr § 33, stk 2, jfr nu Restaurations- og hotellovens § 32, stk 5, og tilsvarende hjemmel findes i Færdselslovens § 118, stk 4 om an-svar for overlæs m v. Strfl's grundprincip, at der kun kan straffes, hvis der er lovhjemmel hertil, er hermed blevet fastholdt. På tilsvarende måde indeholder nu et betydeligt antal love udtrykkelig bestemmelse om, at der kan pålægges kollektive enheder bødestraf.

## 2° Fortolkning af straffebestemmelser

Talrige afgørelser, navnlig ved underinstanserne, har ved fortolkning af straf-bebestemmelser søgt vejledning i teorien, herunder i kommentarværker. Dette gælder f eks U 1980.642 om fortolkningen af Strfl § 252, hvor byretten henvi-ser til konkrete udtalelser i retslitteraturen (som dog ikke var helt klare), U 1980.897 H om straf for fysisk blokade, jfr nedenfor under N, U 1965.620 H og 622 H med kommentar i U 1965 B.266 f. U 1987.363 om anvendelse af straffrihedsreglen i § 269 på udbredelse af sigtelser (der var under proceduren henvist til praksis og den herskende opfattelse i teorien, jfr note til dommen). Landsretten nøjes med at fastslå, at betingelserne for anvendelse af grund-sætningen i § 269 under de foreliggende omstændigheder ikke var opfyldt.

## G. Retspleje

Det klassiske eksempel på, at teorien har haft indflydelse på retspraksis inden for retsplejen er vel *Tybjerg*: Om bevisbyrden, 1904, hvorefter bevisbyrden of-te vil blive lagt på den procespart, som har den letteste adgang og opfordring til at sikre sig bevis. I talrige noter til domssamlinger er der henvist hertil, og selv om præmisser ikke direkte citerer *Tybjerg*, bruges der ofte vendinger, som ganske harmonerer med de synspunkter, som blev gjort gældende i teorien. Herom kan henvises til de procesretlige fremstillinger samt til *von Eyben*: Be-vis, 1986.45 ff, hvoraf fremgår, at retspraksis dog ikke så ubetinget lægger denne sætning til grund. Der er måske grund til særligt at tilføje, at denne grundopfattelse fra forskellig side, ikke mindst fra svensk hold, er blevet kriti-seret, men dette har altså ikke medført særlig svækelse heraf.

En udførlig gennemgang af retslitteraturen om procesproblemer findes i kommentaren U 1986 B.44 ff, hvor U 1985.923 H om benyttelse af politirap-porter kommenteres. Såvel de særlige bemærkninger i proceslitteraturen om RpL § 877, stk 3 som de almindelige om rettergangsfejl, når der er anket til prøvelse af skylden, jfr § 965 a. Selv om der antydes mulighed for en noget vi-dere anvendelse af politirapporter end forudsat, da loven blev til, tiltrædes lit-

teraturens formaning om at vise varsomhed hermed, men en ophævelse af dommen kom ikke på tale, da der ikke var tilslidet fundamentale garantier for betryggende procesførelse. Selv om det ikke er udtryk for, at Højesteret simpelthen har anvendt udtalelserne i litteraturen, viser den udførlige gen-nemgang af udtalelserne i teorien og kommentarerne hertil, hvilken vægt der er blevet tillagt dem.

U 1982.890 har antaget, at Rpl § 662, stk 2, jfr stk 3 om anketilladelser vedr skifterettens afgørelser om anmeldte krav, kan anvendes analogt på eksekutorboer, således at der kan ankes, selv om Justitsministeriets tilladelse hertil først afgives over et år efter boopgørelsen, når blot ansøgning herom er indgivet inden denne frists udløb.

Der henvises til, at dette er fast antaget i teori og praksis, og at forarbejder til Rpl ikke giver holdepunkter for at antage, at retstilstanden erændret. Af en note til UfR fremgår, at der henvises til de forskellige processuelle værker, der er overensstemmende på dette punkt.

U 1966.245 H angik et tilfælde – ret sjældent – hvor en fast opfattelse i teorien bliver modsagt af domstolene. Processualisterne *H Munch-Petersen*, *Hurwitz*, *Victor Hansen* forstod – støttet til motivudtalelser – værnetingsreglen som fandtes i den tidligere regel i Rpl § 236, stk 2 således, at der i bestemmelsen var opstillet en rangfølge mellem de nævnte værneting, men dommen underkender klart dette standpunkt, idet man støtter sig til ordlyden, jfr *Trolle* i U 1966 B.251-252.

U 1967.482 (og tidligere ankeudvalgsafgørelse i U 1944.485) blev truffet på baggrund af en noget vaklende opfattelse i teorien, idet det har været diskuteret, om den privat foruretede med bindende virkning kan eftergive forskyldt straf, hvilket praktisk blev resultatet af afgørelsen. Tivlen angik imidlertid såvel det reelle, om sådant samtykke altid skal respekteres, som det formelle, om dette er udslag af en processuel eller en materiel disposition. Tivlen afspejlede sig i voteringen, idet der blandt de 5 dommere var 3 forskellige standpunkter, jfr nærmere *Trolle* i U 1967 B.274-276. Teorien har tjent til belysning af problemerne, og den nye afgørelse har som følge af dissenserne ikke særlig stor præjudikatvirkning.

Andre afgørelser, der støtter sig til teorien, er omtalt ovenfor under I, jfr U 1977.23 H, 1977.293 H, 1983.1088. NRt 1979.1350 henviser direkte til *Bratholm*: Erstatning for uskyldig fengslede, 1961.18-19.

I U 1988.430 henviser proceduren til, at der i teorien var divergerende opfattelser af, hvorvidt der kan anvendes tvangsbøder til gennemførelse af blodprøver på et barn.

## *H. Konkurs*

Et eksempel på, at teori og praksis har arbejdet i samme retning, findes i U 1975.97 H, der henholder sig til »det i retspraksis og juridisk teori siden århundredskiftet anerkendte konkursreguleringsprincip«, hvorved hentydes til enstemmige udtalelser i den konkurs- og obligationsretlige litteratur. Præcis samme vending bruges i en senere afgørelse, der blot behøver at tilføje, at hverken Funktionærloven eller ændringer i Konkursloven har ændret heri.

På tilsvarende måde anfører U 1977.489 H som begrundelse for, hvorledes den tidl Konkurslovs § 21 skulle forstås, at dette var i overensstemmelse med det i retspraksis og nyere litteratur antagne, og dissensen sluttede sig hertil ved at erklære sig enig i, at dette var i overensstemmelse med den almindelige opfattelse i teori og praksis.

Et meget klart eksempel på, at en retsafgørelse inden for Konkursretten har været baseret på teoriens kritik over for en lovbestemmelse, findes i U 1974.486 H, som angår fortolkningen af den tidl KL § 16, stk 1, nr 2, hvorefter et konkursbo, når fallentens medkontrahent har erlagt helt eller delvis, ikke er forpligtet til at udlevere det modtagne, forinden medkontrahenten har holdt boet skadesløst for den del af vederlaget, som skyldneren måtte have erlagt. Allerede *Jul Lassen: Obligationsrettens Alm Del .812 f* betegnede reglen som »unaturlig«, og kritikken fortsatte, jfr *Illum: Modregning i konkurs*, 1934 .82, 99-101.

U 1979.581 fastslog, at B-skat for det år, hvor konkursen indtræder, ikke kan anmeldes i konkursboet, da den kun indgår som en på forhånd skønnet del af den samlede skat for hele året, og derfor ikke selvstændigt kan kræves af boet. En senere afgørelse kommer til samme resultat og begrunder navnlig med henvisning til den tidl dom, afsagt af Sø- og Handelsrettsens skifteafdeling, idet det antages, at »skifteafdelingen siden har fulgt denne praksis, som har vundet tilslutning i den juridiske litteratur og i et vist omfang fulgt af andre skifteretter.«

Om skyldnerens dispositioner i tiden mellem konkursbegæringens indgivelse og dekretets afgørelse har der været tvivl. Ældre praksis anerkendte denne dispositionsret, men *H Munch-Petersen* gik herimod i U 1914 B.161. Herfra tog U 1931.70 H ikke principielt afstand, og senere teori og praksis fulgte hans opfattelse op med visse modifikationer, jfr nærmere *Spleth* i U 1972 B.220-221.

U 1969.1 H nægtede at anerkende indtræden i lønprivilegium for den, der i stedet for en anden udbetalte lønninger til de ansatte. Hermed sluttede Højesteret sig til en almindelig opfattelse i teorien, idet der ikke forelå særlige momenter, der kunne føre til andet resultat, jfr kommentaren *Spleth* i U 1969 B.125-128.

I norsk ret fremhæves fra konkursrettens område navnlig den betydning, *Getz* med sin afhandling i NRt 1878.629 ff har haft for opstillingen af en almindelig afkrefstelsesregel ved siden af de specielt i Konkursloven opregnede, jfr *Eckhoff* .230-231. *Erwin Munch-Petersens* undersøgelser i Konkurssurrogater, 1932, har formentlig også haft deres betydning for udviklingen i dansk retspraksis, men den har dog ikke fuldt ud sluttet sig til de resultater, som her blev opstillet, se hertil *Gomard: Skifteret* .228-230.

### I. Familieret

Ægteskabslovens § 56 giver mulighed for ved separation eller skilsmisses at pålægge en ægtefælle, der har haft særeje – eller haft § 15, stk 2-rettigheder – at yde den anden ægtefælle en godtgørelse, således at denne ikke stilles urimeligt ringe økonomisk. Om anvendelsen af denne bestemmelse har der været discussion. *Ernst Andersen: Familieret*, 3. udg, 1971.100, gik ind for, at den kunne anvendes, når en ægtefælle havde medvirket til at skabe den andens formue, men ifølge *Trolle* i U 1973 B.169 tog U 1972.968 H afstand herfra, se hertil *Strange Beck* i *Familieret*, 1986. 306 ff og *Svend Danielsen* i U 1983 B.326 ff med henvisninger.

U 1975.166 H fastslog, at en umyndig ikke gyldigt kunne påtage sig forpligtelse til at indmelde sig i en fagforening med de forpligtelser, som fulgte heraf. Dommen henviser ikke til teorien, men *Trolle* i U 1975 B.381-382 gennemgår litteraturudtalelserne herom: I blandede aftaler kan arbejdsforpligtelsen efter Mdhl § 35 vel bestå, men ikke formueforpligtelser i forbindelse hermed. Dette blev gjort gældende af *Ussing* i U 1923 B.129, og »rigtigheden heraf synes ikke bestridt siden.«

U 1967.249 H tog stilling til nogle komplikerede spørgsmål om overførelse af midler fra forældre til børn, herunder hvor meget der skal til, for at en bestemmelse om, at det overførte skal være særeje, er gyldig. Det har i teorien været anført, at der ikke hertil kræves en skriftlig aftale, jfr *Borum*: *Familieret II*, 1941.256, *Ernst Andersen*: *Ægteskabsret II*, 1956.68, der imidlertid senere i *Familieretten*, 1964.117 note 22 anfører, at der næsten altid må skriftlig bestemmelse til. Dommen fandt ikke, at der var fornøden klarhed om bestemmelsen, og i kommentaren anfører *Trolle* i U 1967 B.254, at Ernst Andersen nok rent praktisk får ret i den sidstnævnte udtalelse, jfr hertil *Noe Munch* i *Familieret*, 1986.402.

Det har været omstridt, om Aftalelovens § 36, der blev ændret og udvidet i 1975, kan påberåbes ved siden af *Ægteskabslovens* § 58. U 1982.700 besvarede dette bekræftende – ligesom byretsdommen, der udførligt gennemgår *Stig Jørgensen*: Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler .19 ff og Betænkning II fra Justitsministeriets *Ægteskabsudvalg* 369/1964.117. Problemet kommer frem, fordi § 58, stk 3 fastslår, at fristerne i § 58, stk 2 ikke gælder aftaler mellem ægtefæller, der ansættes i kraft af formuerettens almindelige regler, se hertil *Jørgen Nørgaard* i U 1983 B.105 ff og *Gomard*: *Introduktion til obligationsretten*, 1979.50 note 60. I Betænkning II var det anført, at den særlige forældelsesregel efter § 72 ikke gjaldt uden for det af § 72 omhandlede område; for at afskære enhver tvivl foreslges reglen i § 58, stk 3. Se hertil *Peter Vesterdorf* i *Familieret*, 1986.332 ff.

Den gamle pater-est regel har naturligvis været kommenteret indgående i familieretlige fremstillinger, som formentlig har medvirket til de modifikationer, som dels efter praksis, dels ved lovændringer er blevet gennemført. Herom kan der henvises til familieretlige fremstillinger, jfr således *Noe Munck* i *Familieret*, 1986.28 ff, *Finn Taksøe-Jensen*: *Familieretten*, 1990 .173 ff. Men det er ikke sket uden sværDSLag, jfr f eks teoriens forslag om at slække på beviskravet, når problemet alene har været, om barnet skulle høre hjemme i et tidligere eller i et senere ægteskab, jfr *Ernst Andersen*: *Ægteskabsret I*, 1954.92, hvis lære ifølge *Trolle* i TfR 1959.196 foreløbig syntes forkastet med et knebent flertal ved U 1959.39 H, afsagt på grundlag af den ældre lov fra 1937, se *Noe Munck* i *Familieret*, 1986.33 f.

### *J. Arveret*

U 1965.427 H angik spørgsmålet om, hvorvidt den længstlevende ægtefælle, som hensidder i uskiftet bo, kan testere kvalitativt over boets ting, hvad enten de under ægteskabet har hørt til førstafdødes eller længstlevendes bodel. *Bentzon*: *Arveret*.65 havde utalt sig herimod, men under indtryk af *Borums* noter til Arveretten ændrede han opfattelse i U 1934 B.177. 2 dommere slutte-

de sig nu hertil, og det oplyses af *Trolle* i kommentaren TfR 1960.211, at andre dommere, der efter deres standpunkt til et andet spørgsmål ikke kom til at tage stilling hertil, antageligt også ville have sluttet sig hertil, således at der var blevet flertal for opfattelsen.

U 1954.703 H fik ikke løst et stridsspørgsmål i teorien om, hvorledes der skal føres bevis for testamentshabiliteten, når notarius ikke har kunnet bekræfte denne, se *Bentzon*: Arveretten, 3. udg. 111, cfr *Borum*: Arveretten .117, kommentaren ved *Lorenzen* i TfR 1955.417.

U 1962.59 H tog stilling til et stærkt omdiskuteret spørgsmål om retsstillingen ved indsættelse af begunstiget i livsforsikringspolice over for et insolvent bo med en tvangsarving, p d e s *Sindballe*: Forsikringsret II.71-72, *Borum*: Arveretten .284 og p d a s *Drachmann Bentzon* i Kommentar til Forsikringsaftaleloven, 2. udg .530, *Grundt*: Norsk Forsikringsrett .391. 6 af de 7 dommere sluttede sig til de to sidstnævnte forfatteres opfattelse, jfr *Spleth* i TfR 1962.137.

I norsk ret fremhæves *Platous* kritik af Højesterets lempelige håndhævelse af testamentsformerne, Norsk Arveret, 2. udg, 1910.209 ff, en kritik der har virket, og ligeledes *Augdahls* kritik i NRt 1933.673 ff af Højesterets praksis i sager om gensidige testamenter, jfr *Eckhoff* .234.

#### *K. Statsret*

Det læres med bred pen i teorien, at domstolene kan påkende spørgsmålet om domstolenes mulighed for at fastslå, om en lov materielretligt er i overensstemmelse med grundloven. I Danmark begyndte det med *Holcks* Statsforfatningsret fra 1869, og opfattelsen er med visse variationer ført videre af alle senere statsretslærere. Den danske Højesteret har som bekendt aldrig fastslået, at en lov er grundlovsstridigt, men mange har ment, at Højesteret forudsætningsvis har tilsluttet sig læren. Dette er vel stadig et spørgsmål, jfr *Borum* i Festskrift til Alf Ross 1969.49 ff.

Norsk teori har gjort det samme synspunkt gældende fra og med *Aschehougs* Norges Statsforfatningsret fra 1885, men allerede med NRt 1890.455 forelå domstolenes klare tiltrædelse heraf, jfr *Eckhoff* .236-237.

U 1967.22 H tog stilling til vigtige grundlæggende statsretlige spørgsmål. Sagen drejedes sig om *udleveringen af de islandske håndskrifter*. H fastslog, at stiftelsen, der besad disse håndskrifter, havde en af Grl § 73 beskyttet ret, uanset at der gjaldt væsentlige begrænsninger i stiftelsens dispositionsadgang, og at der forelå et indgreb, som måtte betegnes som ekspropriation, ikke blot en praktisk administrativ ændring ved flytning af håndskrifterne. Begge spørgsmål har været diskuteret indgående i teorien, idet såvel statsretli-

ge som ejendomsretlige værket gennem tiderne havde taget standpunkt til de principielle spørgsmål. Hertil kom i øvrigt, at de juridiske fakulteter ved København og Aarhus universiteter havde afgivet udtalelser i sagen, se kommentaren *Trolle* i U 1967 B.77.87.

Netop grundlæggende problemer af denne art belyses formentlig bedst ved teoretiske studier, således at domstolene, når de på et eller andet tidspunkt skal tage stilling til spørgsmålene i en konkret retssag, kan støtte sig til en række sagkyndiges vurdering af de retlige spørgsmål.

Selv erstatningsspørgsmålet blev påkendt ved U 1971.299 H, som principielt fastslog, at der skulle ydes erstatning, uanset at der gjaldt de nævnte væsentlige begrænsninger i rådigheden. Men der var ikke lidt noget tab, uanset at håndskrifterne naturligvis i givet fald ville kunne sælges for betydelige beløb, idet det fundatsmæssige formål stadig kunne realiseres. Det principielle spørgsmål havde også været diskuteret i teorien, men der kunne dog næppe trækkes nogen klar konklusion ud af diskussionen, se kommentaren *Trolle* i U 1971 B.253-256.

Et andet ekspropriationsretlige problem forelå i U 1973.14 H, idet spørgsmålet var, hvor tidligt en ekspropriation kan foretages af hensyn til gennemførelse af foranstaltninger engang ud i fremtiden. *Poul Andersen* havde i J 1963.218 udtalt, at anteciperede ekspropriationer bortset fra lovhjemmel i alt fald kun var lovlige, hvis der foreligger projekter o 1, og dette sluttede H sig til ved U 1973.14 H, se kommentaren *Spleth* i U 1973 B.183-184.

Der vil antagelig stadig opstå problemer om rækkevidden af Grl § 73, jfr også U 1987.1 H om indgreb i landsoverenskomst om almen lægegerning. Lægers krav på honorar og honorarregulering var principielt beskyttet af bestemmelsen, hvilket er i overensstemmelse med teori og tidl praksis, men Højesteret undlod at tage stilling til, om Grl § 73 beskytter mod indkomstpolitiske indgreb. Resultatet blev, at der if dommen ikke forelå et ekspropriationsretligt indgreb, som gav krav på erstatning. Dommen er kommenteret af *Riis* i U 1987 B.281-286, der citerer hovedværkerne på området.

U 1976.184 H, jfr U 1974.826 angår fortolkningen af Grl § 72, hvorefter husundersøgelser m v kun kan ske efter retskendelse, hvis der ikke i lovgivningen er særlige regler herom. Problemet var, om denne bestemmelse også gjaldt Post- og Telegrafvaesens eftersyn af private radioanlæg, altså også uden for strafferetsplejen. Den dissentierende dommer udtaler, at Grl § 72 »efter sin ordlyd og i overensstemmelse med den overvejende opfattelse i teori og praksis ikke kun angår den egte strafferetspleje«, hvorpå følger en diskussion om indholdet af de særlige regler om kontrollen. Flertallet udtaler sig mere forsigtigt: »Selv om bestemmelsen i Grl § 72 måtte antages at omfatte eftersyn af den omhandlede art«, er der intet til hinder for adgangen til eftersyn efter de særlige regler. Såvel flertal som mindretal synes herefter at have lagt vægt på meninger i teorien om fortolkningen af bestemmelsen i Grl § 72.

Et specielt statsretligt spørgsmål, hvorved norsk teori kastede sig ind i en politisk strid, var problemet om regeringens veto over for grundlovsforandringer. Stortingen tog til sidst klart afstand fra den teoretiske opfattelse, jfr *Eckhoff*. 235-236.

Fra den danske arena bør vel nævnes statsretslærernes stillingtagen til provisorielovene, men her kan man nok sætte et spørgsmålstegn ved, om det var teoretikere eller politisk orienterede statsretslærere, der kastede sig ud i kampen.

### *L. Forvaltningsret*

#### *1° Domstolskontrol med forvaltningen*

Som et særlig klart eksempel på, at teorien har haft lejlighed til at sætte sine spor på praksis, kan man henvisе til læren om »magtfordrejning« i forbindelse med forvaltningsakter. Da *Poul Andersen* i 1924 udsendte sin disputats: *Ugyldige forvaltningsakter, forelå i dansk retspraksis kun få retsafgørelser, som berørte emnet*. I *Festskrift til Poul Andersen*, 1958.23, note 4 nævner *Frost* kun 3 afgørelser i alt. Umiddelbart derefter begynder afgørelser om ugyldighed som følge af ulovligt formål at tage fart. Selv om dommerne ikke udtrykkelig henviser til den teoretiske afhandling, viser dog præmisser og noder til dommene, at de har ladet sig inspirere af teoriens udtalelser herom.

Det drejer sig her om et enkelt letfatteligt synspunkt, som vel allerede havde været nævnt i tidligere teori, jfr *Matzen*: Den danske Statsforfatningsret III.221, og det var altså for så vidt velkendt for den danske retsverden. Når det først slog igennem efter teoriens senere bearbejdelse af spørgsmålet, skyldes det vel ikke så meget, at der nu blev fremført væsentlig nye reale argumenter til støtte for standpunktet. Afgørende var vel snarere, at der blev gravet en del fremmed retspraksis – navnlig fransk praksis – op, som viste, hvorledes man vurderede problemet i udlandet, hvor man i højere grad havde dyrket forvaltningsret. Hertil kom vel også den omstændighed, at problemet nu blev indrangeret i en større systematisk sammenhæng. Man fik et almindeligt overblik over læren om forvaltningsakers ugyldighed. Hermed opnåedes der klarhed over sammenhængen med – og modsætningen til – den borgerlige rets regler om ugyldighed. Domstolene stod over for at kunne anvende retsprincipper, som var kendte fra civilretten, på den offentlige rets område. Principperne blev ikke direkte overført, de måtte korrigeres og suppleres. Men når man i Danmark i højere grad kom til at anerkende de almene principper på forvaltningsrettens område, lå det nær at søge udgangspunktet i retsinstitutter, som man anvendte på andre områder.

Spørgsmålet om domstolskontrol over for forvaltningsafgørelser har siden været behandlet i et utal af teoretiske udtalelser, og mange retsafgørelser har været præget af denne diskussion, selv om det ofte er vanskeligt at fastslå, hvorvidt en retsafgørelse har tiltrådt den ene eller den anden teoretiske opfattelse.

Et af de synspunkter, der senere har været trukket frem i den teoretiske debat, er spørgsmålet om, hvorvidt domstolene kan tilside sætte administrative afgørelser, der er *åbenbart urimelige*, se i denne retning *Max Sørensen* i U 1950 B.273 ff, 1952 B.289 ff, men derimod *Poul Andersen* i U 1952 B.225 ff. En del afgørelser har været inde på problemet, jfr f eks U 1961.370 H, U 1963.970 H, men uden at man kan se, om synspunktet er accepteret, se *Trolle* kommentaren i TfR 1961.576, U 1964 B.143-145 samt U 1965.648 H (og *Spleths* kommentar i U 1965 B.268-270).

Ligeledes har kravet om »*ligelig forvaltning*«, som også fremhæves i teorien, undertiden været fremme, men uden at det med sikkerhed kan siges at være tiltrådt af domstolene. U 1960.33 H fastslog, at et parti burde have haft adgang til at deltage i et vælgermøde i radio og fjernsyn, og det nævnes, at en ligelig behandling af de i valget deltagende partier måtte føre til, at et enkelt parti ikke blev udelukket, jfr kommentarer i TfR 1960.247 ff og NaT 1960.37 ff, smh U 1989.148 H, der ligeledes henviser til den ligelige behandling, men i relation til EF-afstemning begrænsler til de partier, som aktuelt er repræsenteret i Folketinget, men U 1987.344 H, 1987.733, 1975.181 H og 1966.911 har ikke anvendt synspunktet, og U 1963.973 H og U 1967.280 H har ikke taget stilling hertil, jfr kommentaren i U 1964 B.145 ff og 1967 B.264. Landsrettsdom af 18/6 1987 følger U 1960.33 H op, jfr *Ole Krarup* i U 1988 B.199-201.

U 1961.592 H, jfr *Trolles* kommentar i TfR 1961.582 viser, at alle dommere var enige i *Poul Andersens* opfattelse om *magtfordrejning*, men blot ikke fandt et sådant forhold godtgjort, jfr også U 1958.868 H med *Lorenzens* kommentar i TfR 1959.256.

U 1957.1045 H, jfr *Trolle* i TfR 1958.351 lægger til grund, at domstolsprøvelsen i *ekspropriationssager* bør give det administrative skøn en *mindre margin* end i andre sager, omend der sættes et spørgsmålstege ved, om domstolenes vurdering heraf kan blive så udømmende som angivet af *Poul Andersen*: Statsret .790-791, smh U 1960.781 med kommentar ved *Gjerulff* i TfR 1961.101 om en toldtariferingsafgørelse, som beroende på en lovfortolkning »og ikke alene på et sagkyndigt skøn, der muligt ikke kunne efterprøves«.

U 1960.506 H angik bl a spørgsmålet om udstedelse af *forvaltningsakter betinget af en økonomisk ydelse*. Dette blev i dette tilfælde besvaret benægtende. I *Trolles* kommentar i TfR 1961.98 anføres, at dette vel er den alm opfattelse i teorien, men at dommen dog næppe havde taget stilling til det generelle spørgsmål, idet forvaltningens bemyndigelse var givet ud fra valutariske og forsyningsmæssige hensyn.

U 1951.1003 H angik fortolkningen af en særlig lovbestemmelse i Forsorgsloven. I *Frosts* kommentar i NAT 1952.95 tages der med støtte i lovmotiver afstand fra *Poul Andersens* udtaelse i Forvaltningsretten .586-587 om, at der med denne bestemmelse var tilsligtet en afgørende ændring i forhold til tidlige retstilstand.

I kommentaren til U 1983.1000 H i U 1984 B.59 ff gennemgås teoriens stilling til *annulation af forvaltningsakter* og ansvar for ulovlige tilladelser. Det nævnes, at den traditionelle lære i Forvaltningsretten sondrer mellem begunstigede og bebyrdende forvaltningsakter og dermed betydningen af denne sondring for ansvar, men det tilføjes også, at denne sondring er for firkantet, og at nyere forvaltningsretlig litteratur har taget afstand herfra. Uanset at en tilladelse til opførelse af en benzinstation var ulovlig og ugyldig, var det offentlige ansvarlig, da borgeren havde haft føje til at disponere som sket.

U 1983.349 H tog stilling til spørgsmålet om anvendelse af visse *regler inden for* et område, hvor der skal udøves *et skøn*. Flertallet (3 af 5) udtalte, at afgørelsen måtte bero på en samlet vurdering af en bistandssøgendes forhold. *Poul Andersen*: Dansk Forvaltningsret, 5. udg, 1965.357 gik ind for, at skønnenet er pligtmæssigt og derfor ikke må sættes under en regel, men indtil 1983 var der ikke taget stilling til dette, jfr *Bent Christensen*: Forvaltningsret. Hjemmelspørsgsmål, 1980.160 ff.

Man kan vist i det hele sige, at teorien på væsentlige punkter har bidraget til afklaring af disse forvaltningsretlige problemer, og at den omstændighed, at den danske teori gennem lang tid var tavs om disse spørgsmål, betød en vanskelighed for domstolene. Forbindelsen med andre landes retssystemer, hvor man i højere grad har dyrket disse problemer, er blevet formidlet ved teoriens undersøgelser.

## 2° *Det offentliges erstatningsansvar*

Den traditionelle opfattelse i dansk teori og praksis var, at stat og kommune m v ikke blev anset ansvarlige for tjenestemænds fejl og forsømmelser. En landsretsdom i U 1924.161 antog i strid hermed ansvar i et tilfælde, hvor tjenestemanden havde handlet culpøst. I tilslutning hertil hævdede *Cohn* i Jur T 1924.89 ff, at staten var ansvarlig for sådanne fejl, og i NAT 1928.177 ff forfægtede *Poul Andersen* et endnu videregående ansvar for staten, nemlig også for ekstraordinære handlinger og anonyme tjenestefejl. Også her var det fuldige oplysninger fra fremmed – navnlig fransk – ret, der vejede tungt. Hertil kom historiske betragtninger om, hvorvidt en modstridende kgl resolution af 12/11 1828 var bindende.

*Cohn* henviste navnlig til, at resolutionen fra 1828 kun angik et tilfælde, hvor tjenestemanden havde oprådt direkte misligt, d v s, hvor der forelå en ulovlighed eller en forbrydelse, hvorfor afgørelsen ikke kunne være bindende i andre tilfælde, hvor tjenestemanden havde begået fejl. Der henvistes dernæst til, at der siden var kommet flere lovbud, som hjemlede ansvar, således Skifteloven af 1874 § 92, Tvangsakkordloven af 1891 § 50 og Retsplejelovens § 1020. *Poul Andersen* gjorde imidlertid opmærksom på, at resolutionen dog udtalte sig almindeligt om »misligt embedsforhold«, hvilket måtte forstås bredere. Derimod lagde han vægt på, at resolutionen ikke indeholdt nogen

dispositiv retsforskrift, men kun en begrundelse for et afslag på ansøgning om erstatning. En sådan udtalelse kunne ikke være bindende for borgerne.

Praksis har derefter accepteret offentligt ansvar for tab, forvoldt ved ansat-tes fejl. Allerede afgørelsen i U 1929.743 H forudsatte, at der kunne statueres ansvar uden hensyn til den kgl resolution fra 1828, idet det kan ses, at flertallet af dommere ville have pålagt ansvar, hvis tjenestemanden havde begået en fejl, og den skadelidte ikke selv havde udvist medskyld, jfr *Troels G Jørgen-sen*: 18 år af Højesterets Historie, 1947.114.

I forbindelse med en sag om muligt ansvar for behandlingen på et hospital af en kvinde, som resulterede i mange års bevidstløshed og påfølgende død, U 1985.368 H, henvises i kommentaren i U 1985.248 ff til udtalelser bl a hos *Skovgaard*: Offentlige myndigheders erstatningsansvar, 1983, og det tilføjes, at dommen på det teoretiske plan belyser vanskeligheden ved at anvende den traditionelle culpanorm i disse tilfælde. Men som i andre lignende relationer henvises til, at det er et lovgivningsspørgsmål som må besvares.

Hvad der på dette område særlig har bidraget til, at praksis fulgte teorien op, var vel nok, at man nu gik ind for at indføre principper, der var velkendte på civile områder. Det føltes vel nærmest som et snærende bånd for retsfølelsen, når den gamle kgl resolution stillede sig hindrende i vejen for at antage samme løsninger på forvaltningens som på civilrettens område.

Om offentligt erstatningsansvar se *Skovgaard*: Offentlige myndigheders erstatningsan-svar, 1983 og *Nørgaard* og *Vagner*.46-47.

### *M. Skatteret*

Spørgsmålet om indkomstbeskatning af avancer opnået ved afdrag på eller indfrielse af pantebreve blev i resultatet besvaret forskelligt i U 1973.472 H (ikke-indkomstskattepligtig) og U 1973.485 (indkomstskattepligtig). Den førstnævnte dom kommenteres i U 1973 B.309-311 af *Trolle* med bemærkning om, at dommen f s v e r i overensstemmelse med *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, 1965, I.655, hvor det udtales, at den omstændighed, at man køber pantebreve systematisk, ikke er tilstrækkelig til at statuere spekuluation eller næringsvirksomhed.

U 1971.133 angik det tilsvarende spørgsmål, om avancer ved ejendomshandeler. Afgørelsen belyser dels det alm spørgsmål om, hvornår der har foreligget spekulationshensigt eller en næringsvirksomhed, dels også det særlige spørgsmål om betydningen af speulations-hensigt kan ophøre, hvis senere omstændigheder tydeligt angiver, at denne hensigt er op-givet. Dette sidste antages af *Thøger Nielsen*: Indkomstbeskatning, 1965, I.574-575 og af *Helkett*: Opgørelse af den skattepligtige indkomst, 10. udg, 474-475. Det anføres i *Helga Pedersens* kommentar i U 1971, B.250, at dommen har bekræftet denne opfattelse.

Specielt om beregningen af forældelsesfrist i forbindelse med skat siges det i *Trolles* kommentar i U 1963 B.246-247 til U 1963.377 H, at man hermed var på linie med principper i et ikke benyttet forældelseslovudkast, og at man havde »lyttet noget til *Thøger Nielsen* i J 1960.462«.

Da pligten til at indeholde A-skat var opstået efter likvidationens begyndelse, var skattevæsenets krav herpå massekrav (»på samme måde som massekrav«), U 1985.610 H. Problemet var diskuteret i forskellige afhandlinger, jfr noten til dommen, men H fulgte – uden dog at citere dette – *Munchs* betragtninger i U 1974 B.284 ff om fortolkningen af Kildeskattelovens § 46.

Selv om juridisk teori og retspraksis efter nogen diskussion forlængst har anerkendt, at lempelse af skatte- og afgiftslove kan ske ved tekstanmærkning til finanslove – hvilket understreges i U 1984 B.58 i kommentaren til dommen i U 1983.876 H – fandt dog et stort mindretal (4 af 9), at der i disse anmærkninger var hjemmel til fritagelse i det foreliggende tilfælde, men kommentaren kommer med skarpe ord mod at lovgive på den måde.

Medens landsretten i U 1984.957 H om fradrag i den skattepligtige indkomst for prioritetsrenter og ejendomsskatter før erhvervelsen henviste til, at løsningen var fast antaget i litteratur og praksis, stadfæstede Højesteret afgørelsen, men ganske enkelt ved at fastslå, hvorledes bestemmelsen i Statsskatteloven skulle forstås.

På tilsvarende måde har underinstansen, skifteretten, vedr et andet skatteretligt spørgsmål (et selskabs skattepligt efter konkurs, men før endelig opløsning) henvist til de i retslitteraturen anførte reale overvejelser, medens landsretten tog direkte stilling til, hvorledes udtrykket »opløsning« skulle forstås ved en henvisning til, hvad der antages i selskabslovgivningen. Udtalelserne i litteraturen var måske ikke på dette punkt tilstrækkeligt dybtgående.

Undertiden ser man i kommentarer beklagelser over, at der i den foreliggende litteratur og praksis kun kan hentes beskeden vejledning til løsning af et spørgsmål, jfr U 1986 B.262 (om den skattemæssige behandling af vederlag for arbejde udført her i landet som accessorium til arbejde i udlandet).

### N. Arbeudsret

Inden for Arbeudsretten er der fremkommet en principiel udtalelse i U 1976.682 H, idet det ligeud udtales: »Som *antaget i den arbeudsretlige teori og praksis* er en kendelse i en faglig voldgiftssag i almindelighed ikke en bindende afgørelse af andre lignende sager eller bindende for andre end dem, der har været parter i voldgiftssagen.« Men derefter går retten over til at vurdere de særlige forhold i den foreliggende sag, som bevirker, at Arbejdsgiverforeningen anses for bundet af den af en opmand trufne afgørelse.

Forskellige afgørelser angår de faglige retters kompetence over for domstolene, se f eks U 1957.306 H (kommenteret af *Lorenzen* i TfR 1958.334) og U 1970.448 H (kommenteret af *Spleth* i U 1970 B.223-224). Begge afgørelser ligger på linie med hinanden, og i kommentarerne henvises til teorien herom. I den sidste sag diskuteredes særligt en bestemmelse i loven om Arbeudsretten, og denne blev af H forstået i overensstemmelse med det af *Illum*: Den kollektive arbeudsret, 3. udg, 1963.279 anførte.

U 1980.897 H fastslog, at der ikke består nogen hævdvunden ret til i en arbejdskamp at anvende fysisk blokade over for en virksomhed, og henviser herved til, at det ikke er anerkendt i arbeudsretlig teori og praksis. En redaktionsnote henviser bl a til *Illum*: Den kollektive arbeudsret .344 og 349.

### O. Immateralret

U 1982.1102 H tog stilling til anvendelse af en undtagelsesbestemmelse i Varemærkelovens § 6, stk 2 a, hvorefter »undtagelsesvis« forskellighed kan foreligge ved særlig indarbejdede varemærker. I dommen siges det ganske kort, at betingelserne for anvendelsen af denne bestemmelse ikke fandtes godt gjort. I kommentaren hertil i U 1983 B.48 ff henvises til ordlyden og motiverne (dvs betænkning nr 199/1958.49 ff og 110 f), men det nævnes også, at bestemmelserne er blevet kritiseret af *Koktvedgaard: Immaterialretspositioner*, 1965.211 ff (den bør bortfortolkes) og *Hardy Andreasen* i U 1961 B.25 og 32. Denne kritik har derfor formentlig også betydet noget for rettens vurdering og dermed for ændringen af Sø- og Handelsrettens dom.

Nogle afgørelser har taget stilling til spørgsmålet om *tvangslicens*. U 1966.566 H fastslog, at retten til tvangslicens ikke var forsikret ved den pågældende udøvelse af den patenterede fremgangsmåde, og måtte støtte sig til udtalelser i norsk teori, idet der ikke dengang fandtes nyere væsentlig fremstilling herom i Danmark. Der henvises af *Trolle* i kommentaren i U 1966 B.274-278 til *Knoph: Åndsretten* .297 og *Alfr B Bryn: Kommentar til Patentloven*, Oslo, 1938.271, og det udtales, at retten nok overvejende har været enig med Bryn i, at de bag ved loven liggende hensyn måtte føre til, at den påbetåbte omstændighed ikke kunne være så væsentlig, i hvert fald ikke, hvis der ikke forelå særdeles graverende forhold fra tvangslicensansøgerens side.

U 1972.325 H tager bl a stilling til størrelsen af vederlaget for tvangslicens og nu – støttet til *Koktvedgaard: Kommentar til patentloven* .243, 205-206 – fastslås, at der skal ydes fuld erstatning, erstatningen »vikarierer for en expropriation«, som det siges i kommentaren.

Varemærkesager synes også i udstrakt grad at have hentet impulser fra teorien, jfr således U 1966.272 H om *ophør af varemærkeretten ved ikke-brug*, hvor der i kommentaren ved *Trolle* i U 1966 B.257-259 henvises til en række udtalelser hos forskellige forfattere (samtid lovens motiver). Det samme gælder U 1964.596 H, hvor der søges opnået en art patentretlig beskyttelse for en særlig art roser ved hjælp af varemærkeregistrering og reglen i den tidl Konkurrencelovs § 15 om handlinger i strid med redelig forretningsskik. *Trolles* kommentar i U 1964 B.271-274 indeholder alm henvisninger, en advokats særlige redegørelse for problemerne findes i *Gartnertidende* 1958 nr 41. »Teorien« kan altså meget vel komme til udtryk gennem en praktiserende jurists udtalelser i et tidsskrift, som ikke ellers er juridisk præget.

### P. International privatret

I U 1981.1046 om anvendelse af lex rei sitae henviser proceduren til teori og praksis, jfr om dommen i § 3 V.A.

### *Q. Passivitetsvirkninger*

Et synspunkt, som går helt på tværs af den alm systeminddeling, er spørgsmålet om *passivitetsvirkninger*. Fra norsk side fremhæves her navnlig den indsats, som er udøvet af *Arnholt* i bogen om Passivitetsvirkninger, 1932 og *Knophs* videreudvikling heraf i Retslige standarder, 1939.192 ff, se *Eckhoff* .233-234. I Danmark blev spørgsmålet taget op af *C Bang* i U 1944 B.101-124.

Det er nok vanskeligt at påvise den betydning, de teoretiske udviklinger herom har haft for retspraksis. Men de har vel nok medvirket til en afdoktrinering af problemet, således at man ikke har følt sig nødsaget til at støtte resultater på fiktioner om stiltiende afkald o l, men direkte på selve passivitetsvirkningen.

### **III. Konklusioner**

Man kan herefter sammenfatte det anførte derhen, at teorien har haft størst succes i tilfælde, hvor man har kunnet henvise til lovbud på flere beslægtede områder, hvor man har kunnet anbefale domstolene at benytte stadig levende retsinstitutter på beslægtede områder, hvor man har kunnet henvise til fremmed retsopfattelse, og hvor man har kunnet opklare historiske problemer. Teorien har sin styrke, hvor den kunne indpasse løsningen af de foreliggende problemer i en større sammenhæng.

Derimod har teorien ikke haft samme evne til at påvirke praksis, når det drejer sig om udviklinger om reale betragtninger. Dette er vel også ganske naturligt. Her føler praktikeren sig jævnbyrdig, ja, vel endog overlegen, se som et eksempel *Frosts* kommentar i TFR 1957.305-307 til U 1956.265 H, der tager afstand fra nyere teori om forståelsen af Ægteskabslovens § 72, *Borum* i J 1961.162-163. Som dommer, som forvaltningsjurist eller som advokat modtager praktikeren dagligt impulser, som han med fordel kan benytte sig af ved formulering af forslag til retsregler. Den enkelte kan måske have for snæver en horisont, men ved samvirke mellem mange praktikere i forskellige stillinger opnås en relativt sikker vurdering af de praktiske fordele og ulemper ved forskellige retsregler. Det er indlysende, at teoretikeren ikke derfor skal afholde sig fra at argumentere ud fra reale overvejelser. Ved intenst studium af retspraksis, som den nedfældes i domssamlingerne, kan der opnås dybtgående kendskab til det praktiske retsliv. Men teoretikeren må blot være klar over, at han i denne relation må regne med en vågen og energisk kritik fra deres side, som har førstehåndskendskab til de praktiske resultater. Den intense belysning af problemerne, som en højesteretsprocedure indebærer, må virke inspirerende på dem, der med førstehåndskendskab hertil og udgangspunkt heri kommenterer afgørelsen.

Men selv om dette giver inspiration, rummer det en svaghed. Netop det dybe engagement på den ene side kan bevirkе, at vægten af et synspunkt bliver overdimensioneret. Retsteoretikeren har udtalt sig uafhængigt af en konkret retssag og har derfor haft mulighed for en mere objektiv afvejning af modstribende argumenter og hensyn. Han har måske tankemæssigt spillet et spil, hvor han skiftevis har optrådt på sagsøgers og sagsøgtes side for til sidst at sætte sig i dommersædet for at træffe en afgørelse. Denne friere stilling giver en overlegenhed over for stoffet, som i hvert fald kan komme til at svigte hos den procederende advokat. Dette kan siges, selv om det vel netop er at adelsmærke for den gode advokat, at han under forberedelsen af en sag meget nøje gør sig selv og sin klient klart, hvad der kan anføres fra modpartens side. Men har advokaten først truffet sin beslutning, ville det vel egentlig være en dårlig advokat, som ikke fuldt og helt gik op i opgaven, således som den stiller sig for den ene part.

Teoretikeren har dernæst den store fordel, at han kan give sig tid til at få overblik over et større område, hvad praktikerne meget naturligt må afstå fra, jfr *Svante Bergström* i Festschrift til Per Olof Ekelöf, 1972.123-123, *Andenæs. Avhandlinger og foredrag*, Oslo, 1962.416.

Man kan herefter konkludere i, at såvel argumenterne fra deres side, som er engageret i den konkrete sag, som fra dem, der uafhængigt heraf ved det stille skrivebord kan gøre sig sine reflektioner over den rette løsning af en blot tænkt konflikt – begge sæt argumenter virker hen til at nå den mest tilfredsstillende løsning af den konkrete konflikt. Det bliver dommerens sag, vidende om fordele og ulemper ved begge sæt argumenter, at træffe afgørelsen i den konkrete sag. Og det bliver derefter såvel teoretikerens som den praktiske advokats sag at granske den trufne afgørelse, overskue dens konsekvenser og kritisere dens begrundelse og resultat ved at konfrontere den med nye betragtninger og nye vurderinger, som ikke hidtil er kommet til orde.

Gennemgangen af en række retsafgørelser ved den danske Højesteret med de dertil knyttede kommentarer viser imidlertid, at der gøres flittigt brug af teoriens udtalelser. Opregningen kunne være suppleret med de talrige kommentarer, hvor der generelt er henvisninger til enkelte eller et større antal litteratursteder.

Det noteres undertiden – som det synes med en vis beklagelse – at spørgsmålet hidtil ikke har været behandlet i retslitteraturen, jfr *Schaumburg* i U 1966 B.266 om U 1966.241 H og *Trolle i TfR* 1959.243 ff om U 1959.103 H, jfr også *Spleth* i U 1964 B.270-271, der konstaterer, at retslitteraturen ikke rigtig lod sig anvende i det foreliggende tilfælde, da situationen i den konkrete sag var en anden.

Det sker, at en dom særligt anfører, at spørgsmålet har været omtvistet i litteraturen, hvorfor der må søges hen i andre retskilder, jfr U 1977.23 H om for tolkningen af den tidl bestemmelse i Rpl § 533, stk 2, der falder tilbage på en

henvisning til retspraksis. Formuleringen viser imidlertid, at det omvendt ville have gjort indtryk på retten, hvis der havde været overensstemmende resultater i litteraturen.

Det ses også, at begge parter har støttet sig til retslitteraturen, måske endog til de samme steder i litteraturen, som man blot har opfattet noget forskelligt, eller som man har ment vil føre til forskellige resultater i det foreliggende tilfælde.

En række tilfælde, hvor der er divergerende opfattelser i litteraturen, er blevet nævnt ved gennemgangen af enkeltilfældene, og i disse tilfælde er benytelsen fra begge sider ganske naturlig.

Ud over de foran nævnte tilfælde, hvor retslitteraturen har haft særlig succes, kan det måske i større almindelighed siges, at retspraksis i det hele et meget lydhør over for udtalelser i litteraturen.

Det er ikke så mærkværdigt, at domstolene i retslitteraturen kan finde et eller nogle bærende argumenter, som virker overbevisende, jfr *Eckhoff*. 228. Forholdet er nemlig ganske enkelt dette, at den, der udtaler sig om et retsprøgsmål i en retsvidenskabelig afhandling, har ræsonneret på samme måde, som hvis han var dommer i tænkte retssager. Teoretikeren føler sig dog måske i sine udtalelser noget friere stillet i denne position, end hvis han sad som dommer, og dette vil praktikeren da også vide at tage i betragtning, når han benytter sig af den teoretiske udtalelse. Det vanskelige for ham ligger dog i, at der er temperamentsforskelle fra den ene teoretiker til den anden. Nogle pålægger sig stærke bånd for netop ikke at lede til resultater, som ikke med sikkerhed kan anses som udtryk for »gældende ret«. Andre er mere dristige i deres udtalelser, undertiden så dristige, at der savnes en klar sondring mellem udtalelser de lege lata og de lege ferenda. At en sådan sondring netop af hensyn til praktikerens vurdering må være så skarp som mulig, hører til viden-skabsetikkens grundregler. Dette må gælde, uanset om man vil betragte retspolitiske udtalelser som retsvidenskab eller ej, et spørgsmål, som under visse betingelser besvares bekraeftende af *Stuer Lauridsen* i hans Studier i retspolitisk argumentation, 1974. At teoretikeren »oftest« ikke klart angiver, om han udtaler sig retsdogmatisk eller retspolitisk, fremhæves i anf værk .335 ff.

Hvis man herefter skal gøre op med det ofte diskuterede problem, om retsteorien kan betragtes som en *retskilde*, er der efter gennemgangen af retspraksis med tilsluttende kommentarer næppe nogen reel tvivl om forholdet. Problemet bliver i det væsentlige af terminologisk karakter.

Det er nemlig helt indlysende, at udtalelser i teorien *ikke* kan være *bindende* for domstolene, og det er der vel heller ikke nogen, som virkelig har ment. Dette følger allerede af, at en henvisning til »teorien« bliver nok så diffus. Teorien er jo ikke en enhed, men et konglomerat af mange forskellige individuelle menneskers opfattelse, som ikke er kanaliseret på samme måde som lovmotiver og retspraksis.

Vel kan det undertiden være vanskeligt at fastslå, om *motiver* klart har taget stilling til et spørgsmål, som ikke er løst ved selve lovteksten, men hvis der findes en klar udtalelse herom et eller andet sted i motiverne, er problemet alene, hvilken vægt der skal tillægges denne udtalelse. Motiverne er f.eks. også »hierarkisk« ordnet. Hvis f.eks. de sagkyndiges mening herom modsiges af den minister, der forelægger lovforslaget, er det ministerens vurdering, som er afgørende. Og hvis de sagkyndiges og ministerens klare udtalelser er blevet desavoueret under parlamentsbehandlingen, er det denne, der skal lægges vægt på. Noget tilsvarende er der ikke tale om, når forskellige opfattelser i teorien skal vurderes over for hinanden. Principielt er alle udtalelser lige vægtige. Den præsumptivt mest kyndige kan være modsagt af en enkelt forfatter, som netop på dette område har haft evne til at komme med en for domstolene overbevisende argumentation, jfr f.eks. om U 1967.86 H under II.C.1°. En indgående debat i teorien med fremhævelse af modstridende synspunkter, evt med udgangspunkt i en afsagt principiel dom kan give et grundlag for en fornyet prøvelse af det omstridte spørgsmål, idet domstolen får fordelen af at kunne benytte sig af en måske årelang diskussion af problemet. Et godt eksempel herpå har man i afgørelsen i U 1937.91 H om regres ved pantsatte policer smh med den ældre afgørelse i U 1904 B.266 H, jfr herom *Hurwitz* i U 1937 B.17-26 med en gennemgang af de forskellige teoretiske opfattelser.

Selv om der ikke er nogen modstrid mellem forskellige teoretiske opfattelser af et problems løsning, ja, selv om der er helt samstemmende opfattelse i teorien, kan denne væltes af en argumentation, som domstolene finder afgørende, jfr f.eks. U 1966.245 H. Hvis dette ikke blev anerkendt, var mulighederne for at udøve kritik afhængigt af, om der tilfældigvis før dommens afsigelse på en eller anden måde var fremkommet en modsigelse mod en vis opfattelse i teorien. Det kunne afhænge af, om der var nogen, der tog et initiativ til at gå mod en vis opfattelse, ved at skrive offentligt herom, om en redaktør af et tidsskrift fandt et sådant indlæg værdigt til optagelse, og om fremkomsten af en anden opfattelse i så fald nåede at komme frem før domsafsigelse.

Heller ikke sammenlignet med *retspraksis*' betydning som retskilde kan teorien få en ligestilling. Der foreligger overhovedet ikke nogen praksis, som har præjudikatværdi, før der foreligger en entydig afgørelse. Retspraksis kanaliseres op imod den øverste instans, Højesteret, og selv i så fald afsvækkes præjudikatværdien, hvis der i denne ret træffes en afgørelse med stærke dissembler. Og hvis der er modstridende afgørelser ved underinstanserne, kan der ikke siges at foreligge noget afgørende præjudikat.

Efter på denne måde at have afsvækket betydningen af retsteori i forhold til nogle andre retskilder, må det lige så stærkt understreges, at undersøgelsen har vist, at retspraksis i høj grad søger bistand i retsteorien, når man står over for løsning af et spørgsmål, som har været behandlet af denne. Det er en sjældenhed at finde en domskommentar til danske højesteretsdomme, som ikke

indeholder udførlig oplysning om retsteorien, og en udtalelse om, at man er gået imod en ubestridt teoretisk opfattelse, er ret sjælden, se dog f eks U 1972.96 H, U 1966.245 H, U 1965.267 H, U 1960.1061 H.

Tidligere tog domskommentarerne sjældent direkte stilling til teorien, idet man først gennemgik den afsagte dom, dens præmisser, dens forhold til tidl retspraksis, dens betydning i fremtiden – hvorpå der generelt blev henvist til litteraturen i en undertiden meget omfattende litteraturliste. Men i de senere år, navnlig efter kommentarernes overførelse fra TfR til U, er de kommenterende dommere langt dristigere med at indflette oplysninger fra retslitteraturen og udtale sig om, hvorvidt man har fulgt teoriens opfattelse eller en af de teoretiske opfattelser, hvorfor man nok tør drage den slutning, at der både nu og tidligere er blevet gjort indgående rede for teorien under proceduren, og at man har diskuteret den lige så indgående under voteringen.

Uanset den omfattende benyttelse af retslitteraturen anses det i hvert fald ved danske domstole ikke for god tone at identificere, hvem der hentydes til, idet man i selve dommen højst angiver, hvad »teorien« har ment om spørgsmålet. Identifikationen sker derefter i kommentarer eller i noter til dommen. Medens det ellers indpræntes, at domme må være meget omhyggelige med angivelse af alle momenter, som er indgået i overvejelserne om resultatet, holder man på dette punkt fast ved en gammel tradition. Men hvorfor dog sløre forholdet for parterne og dem, der senere skal benytte sig af dommens præmisser? Norske domme kan godt anføre navn og titler på værker. Der kan måske forventes en udvikling svarende til den, som er sket vedrørende benyttelse af lov motiver: Tidl blev benyttelsen heraf overhovedet ikke nævnt i dommene, så kom man ind på at henvise mere generelt til »lovens forarbejder«, og nu er det ikke ualmindeligt, at man i selve dommen giver en ganske nøjagtig henvisning til de benyttede steder i forarbejderne, og der er næppe indtrådt nogen skadevirkning herved. Juraen er nu engang ikke en okkult videnskab.

Selv om man herefter må konkludere i, at klare motivudtalelser, som ikke strider mod lovens ordlyd, og klare præjudikater som hovedregel virker meget stærkt i domstolenes overvejelser, medens domstolene føler sig friere stillet over for udtalelser i retslitteraturen, så er det næppe forkert at fastslå, at *antallet* af de tilfælde, hvor der kan søges bistand i teorien, langt overstiger tallet for afgørelser, der er støttet af lov motiver eller retspraksis – retssædvane er ligefrem en sjældenhed. Men *vægten* af retslitteraturens udtalelser i de enkelte sager er vel nok mindre sammenlignet med betydningen af klare lov motiver og klar retspraksis.

## § 7

# Administrativ praksis som retskilde

*Af konsulent Jon Andersen*

### I. Administrativ praksis

#### *A Praksisbegrebet*

Udtrykket »administrativ praksis« benyttes i denne fremstilling bredt som dækende ikke bare mønstre af afgørelser truffet af offentlige forvaltningsmyndigheder, men også disse myndigheders vejledende udtalelser om retlige spørgsmål til brug for andre myndigheder eller private. Med til begrebet hører også generelle tilkendegivelser, som fremkommer enten som generelle vejledninger eller som regulære ordrer til underordnede myndigheder eller ansatte om forståelsen og administrationen af regler.

Uden for emnet falder generelle administrative bestemmelser, som har egentlig bindende virkning for borgerne, dvs. ministerielle bekendtgørelser, vedtægter, regulativer, reglementer og lignende forskrifter, som systematisk må henregnes til katagorien administrative anordninger.

Praksis, således som det er defineret her, kan inddeltes efter forskellige kriterier, som alle har retskildemæssig relevans.

Det har for det første betydning, om myndighedens udtalelser har karakter af en *egentlig afgørelse*, eller om der er tale om en principielt uforbindende tilkendegivelse om et givet retsspørgsmål.

Det spiller endvidere en væsentlig rolle, *hvilken myndighed* der har afgivet udtalelsen. Det har ikke samme normerende virkning, om en udtalelse stammer fra et ministerium eller fra en underordnet instans. Myndigheder, der personelt og processuelt er indrettet på at træffe afgørelser af høj kvalitet, har større gennemslagskraft i retsdannelsen end mere traditionelt indrettede organer.

Om en given tilkendegivelse er produktet af en *bevidst* præjudikatskabende virksomhed eller tilkendegivelsen alene er møntet på et konkret forelagt tilfælde har også betydning for dens retskildemæssige værdier.

Endelig må der sondres efter, om forvaltningens udtalelser angår *fortolkning* af en lovbestemmelse, eller om der er tale om udøvelse af et skøn på

grundlag af en mindre præcis bestemmelse. Ligeledes må der skeernes imellem, om praksis vedrører *realiteten* eller et forvaltningsprocessuelt anliggende.

### B. *Tilgængelighed*

Administrativ praksis består af meget forskelligt ikke altid alment tilgængeligt materiale. Enkeltafgørelser eller udtalelser skal i modsætning til anordninger ikke kundgøres for almenheden, men blot bekendtgøres over for de berørte. Generelle interne retningslinier er heller ikke undergivet et egentligt kundgørelseskrav.

Myndighederne vil som oftest selv have et solidt overblik over deres egen praksis i kraft af journalnøgler, visdomsbøger, interne praksisoversigter og lignende. Sådant internt materiale er i almindelighed ikke tilgængeligt for udenforstående. I den udstrækning enkeltafgørelser kan identificeres, vil der dog kunne søges aktindsigt enten i henhold til kapitel 4 i forvaltningsloven eller efter offentlighedsloven. Endelig kan parterne i en retssag i en vis udstrækning forlange praksis fremlagt i henhold til retsplejelovens regler om edition (Rpl §§ 298-300).

Kendskabet til praksis udbredes primært gennem myndighedernes egen offentliggørelse heraf. Rent faktisk bliver oplysninger om praksis kommuniceret i ganske betydeligt omfang, men på højst forskelligartet måde. Navnlig tidligere blev principielle afgørelser offentliggjort i Ministerialtidende. Fortsat optages i dette organ ministerielle cirkulærer og vejledninger, der udstedes i tilslutning til lovgivningen, og det er fortsat almindeligt, at der i sådanne cirkulærer foretages sammenskrivninger og opjusteringer af praksis. Som særligt markante eksempler herpå kan nævnes Socialministeriets vejledning nr. 6 af 29. oktober 1990 om social pension samt Landbrugsministeriets cirkulære nr. 38 af 8. marts 1990 om landbrugsloven. (Ligningsvejledningen er dog ikke optrykt i Ministerialtidende). Det må dog erindres, at sådanne retningslinier ikke kun støtter sig på administrativ praksis, men også inddrager andre retskildefaktorer eksempelvis lovteksten, lovens forarbejder, domme samt udtalelser fra ombudsmanden. Derved får de en retskildemæssigt set mere sammensat karakter.

Der henvises ikke altid i lovcirkulærer til de faktorer, fremstillingen støtter sig på, og det er derfor vanskeligt for udenforstående at vurdere fremstillings pålidelighed.

Kommissioner, der nedsættes med henblik på udarbejdelse af lovforslag, afgiver ofte en betænkning, hvori den hidtidige retstilstand gennemgås nøje. Sådanne redegørelser rummer ofte fyldige gengivelser af myndighedens hidtidige praksis, herunder ikke sjældent hidtil utrykt praksis, jf. eksempelvis betænkning nr. 857/1978 om Offentlighedslovens revision samt betænkning

nr. 775/1976 om godkendelse af adoptanter. Gennemføres der ny lovgivning på baggrund af betænkningen, opstår et særligt usikkerhedsmoment, idet den nye lovgivning på visse punkter kan have taget afstand fra den beskrevne praksis og på andre kodificeret den.

Mange myndigheder afgiver periodiske beretninger om deres virksomhed og gengiver heri vigtige myndighedsudtalelser. Som eksempler kan nævnes Indenrigsministeriets afgørelser og udtalelser om kommunale forhold, Registertilsynets årsberetning, Overfredningsnævnet Orienterer, Skat, Afgørelser og vejledende udtalelser fra Planstyrelsen og den tilsvarende publikation fra Miljøstyrelsen.

Nok så informative om praksis er de mange halvofficielle regelsamlinger om forskellige retsområder, der hyppigt indeholder administrative præjudicater. Af sådanne publikationssystemer kan nævnes Schultz Sociale Love, hvori er gengivet hovedparten af de afgørelser, som udsendes til de sociale myndigheder som Sociale Meddelelser (SM), Skattekartoteket, Kendelser om Fast Ejendom samt Jurinformations Sociale Nyhedsbrev.

Kommenterede lovværker forfattes ofte af medarbejdere hos de myndigheder, der administrerer den kommenterede lov. Kommentarerne bygger i vid udstrækning på myndighedernes interne visdomsmateriale og indeholder gengivelser af praksis. Som et par markante eksempler kan nævnes Karnovs Lovsamling, Den kommenterede Miljøbeskyttelseslov, 2. udg. 1986 ved *J. Bjerring og Gorm Møller*, Forvaltningsloven med kommentarer af *Asbjørn Jensen, Bo Westerdorff og John Vogter*, 1987 samt Kommuneplanloven, 3. udgave 1989 ved *Bent Andersen og Ole Christiansen*. Tilsvarende rummer juridiske specialfremstillinger ofte utrykt praksis fra de relevante myndigheder, jf. eksempelvis Dansk Kommunalforvaltning I og II af *Erik Harder* (4. udgave 1982 og 1. udgave 1979).

Parterne i retssager påberåber sig ikke sjældent praksis, som kan være genstand for en indgående beskrivelse samt procedure under sagen. Gennem oftentliggjorte domme kan praksis på denne måde blive almen kendt.

På samme måde kan praksis blive kendt via Folketingets Ombudsmands årlige beretning i afsnittet med referat af vigtige sager. Ikke mindst ombudsmandens egendrift-undersøgelser af udvalgte myndigheders forhold afdækker hyppigt hidtil for almenheden mindre kendt administrativ praksis, jf. herved Juridisk Grundbog, bind 4, s. 239.

Det må forventes af den offentlige regeldatabase Retsinformation ad åre vil kunne tilbyde kunderne adgang til visdomsmateriale fra en lang række statslige myndigheder.

## II. Administrativ praksis som retskilde

### A. Anvendelse af administrativ praksis i specialværker

I den almindelige retslære har administrativ praksis været vanskelig at indplacere og givet anledning til overvejelser om, hvorvidt der overhovedet kan tales om en egentlig retskilde. I forbindelse med udarbejdelse af monografier om emner, der administreres af forvaltningsmyndigheder, er det dog en fast tradition, at oplysninger om myndighedspraksis indgår i materialet med stor vægt. Af nyere afhandlinger, som i udstrakt grad bygger på analyse og udlæggninger af administrativ praksis, kan nævnes *Karsten Revsbech*: Planer og Forvaltningsret, 1986, *Jørgen Mathiassen*: Aftaler i forvaltningsretten, 1974, *Preben Espersen*: Beslutning og Samtykke, 1974, *Steen Rønsholt*: Om saglig kommunalforvaltning og communalbestyrelsесmedlemmers habilitet, 1987, *Bent Christensen*: Nævn og Råd, 1958, *Erik Harder*: Om ændring af administrative afgørelser, 1963, *Ellen Margrethe Basse*: Miljøankenævnet, 1987 samt *Kirsten Ketscher*: Offentlig børnepasning i retlig belysning 1990.

Lige så problematisk retskildeteorien opfatter indplacering af administrativ praksis i det almindelige retskildesystem, lige så naturligt opleves det altså ved specialstudier at indsamle og bearbejde myndighedsafgørelser – og hvad der i denne forbindelse er særlig interessant – på grundlag heraf fremkomme med udsagn om, hvad der er gældende ret.

### B. Administrativ praksis som subsidiær retskilde

Ved inddragelsen af administrativ praksis som en relevant retskildefaktor må det dog gøres klart, at der er tale om en *subsidiær retskildefaktor*. De umiddelbare retskilder er love og anordninger. Administrativ praksis er imidlertid også subsidiær i forhold til domme og ombudsmandsudtalelser.

Administrationen er undergivet en grundlovsfæstet kontrol både af domstolene og Folketingets Ombudsmand, hvilket må medføre, at forvaltningspraksis generelt må tillægges en underordnet rolle i forhold både til domme og til ombudsmandsudtalelser.

Administrativ praksis, der er underkendt af domstolene, mister helt eller delvis sin betydning, og en praksis, som med nogen grad af sandsynlighed kan forventes at blive underkendt af prøvelsesmyndighederne, har også en afsvækket retskildemæssig værdi. Rækkevidden af dette korrektiv til vægtningen af administrativ praksis er imidlertid begrænset for så vidt som store områder sjældent og/eller sporadisk bliver undergivet prøvelse, og at både ombudsmanden og domstolene ofte koncentrerer deres udtalelser om forelagte tilfælde.

Det vil ofte forholde sig på den måde, at der for en lov, der har været i kraft i nogle år, vil have fæstnet sig en nogenlunde fast praksis for i hvert fald de hyppigst forekommende problemstillinger, og denne praksis vil hyppigt bestå af et meget stort antal enkeltafgørelser, der tilsammen danner et bestemt mønster. Selv på sagsområder, hvor der er hyppige prøvelsessager som eksempelvis skatteområdet, vil der ofte være store prøvelsesmæssige »huller«, hvor forvaltningens praksis i realiteten er styrende for retsanvendelsen i den daglige administration. På prøvelsesmæssigt mindre intensivt kontrollerede områder bliver praksis selvsagt af endnu større praktisk betydning. I hvert fald så længe praksis ikke anfægtes ved domstolene eller ombudsmanden, vil der ud fra en praktisk synsvinkel være næsten sammenfald mellem praksis og gældende ret. Selv om denne beskrivelse ud fra en principiel synsvinkel ikke kan opretholdes, idet myndigheden kan blive tvunget til ud fra rent normative synspunkter at ændre praksis, peger den alligevel på noget retskildemæssigt relevant. At praksis har denne styrende virkning tillægges i sig selv en vis normativ betydning. Afgørelser, der er truffet som et led i en fast administrativ praksis, vil således ikke uden videre kunne genoptages og omgøres, hvis praksis på et senere tidspunkt underkendes. I hvert fald kan begunstigende afgørelser ikke ændres med tilbagevirkende kraft.

Set ud fra et praktisk synspunkt har administrativ praksis en høj retskilde-værdi, men kun set i et kortsigtet perspektiv. Principielt og på længere sigt må forvaltningens egen handlemåde tillægges en forholdsvis beskedent vægt. I marginalsituationer, hvor flere retskildefaktorer må inddrages, og hvor disse peger i forskellige retninger, kan administrativ praksis blive udslagsgivende og dermed få en noget større rolle.

### **III. Momenter af betydning for den retskildemæssige vægt af administrativ praksis**

Der kan peges på en række momenter, som får indflydelse på anvendelsen af den retskildemæssige prioritering af administrativ praksis.

#### *A. Skønsmæssige eller retlige afgørelser*

I almindelighed må det formodes, at praksis har størst betydning for udfaldet af konkrete sager, hvor der er tale om skønsmæssige spørgsmål, og mindst hvor praksis drejer sig om fastlæggelse af bestemte udtryk i skrevne regler. Dette hænger sammen med, at domstols- og ombudsmandsprøvelsen generelt er begrænset i forhold til skønsspørgsmål. Har der fæstnet sig en fast intern regel om anvendelsen af skønsmæssig beføjelse, er der i nyere retspraksis

en tendens til, at den interne regel inddrages som et led i prøvelsesgrundlaget, jf. herved *Bent Christensen*, Forvaltningsret, domstolsprøvelse af forvaltningsakter, s. 55 ff samt s. 91 ff og den dér anførte praksis. Tilsvarende er det almindeligt i ombudsmandens undersøgelser, at det søges klarlagt, hvad der er normal praksis, og at det dernæst prøves, om den undersøgte sag er blevet behandlet i overensstemmelse hermed. Et eksempel herpå er, at ombudsmanden påser, om det tætmaskede net af interne regler, som Civilretsdirektoratet har udviklet, er blevet anvendt med rette i det enkelte tilfælde, jf. FOB 1988.295.

#### *B. Afgørelser truffet af under- eller overordnede myndigheder*

Det er endvidere oplagt, at det spiller en central rolle for, hvilken vægt administrative afgørelser bør tillægges for retsanvendelsen, om der er tale om en ministeriel udtalelse, eller om der er tale om en afgørelse, som kan påklages til en eller måske flere overordnede instanser.

Afgørelser fra Landsskatteretten, Den Sociale Ankestyrelse, Miljøklagenævnet og Overfredningsnævnet, der alle er sidste klageinstans i et særligt lovordnet rekurssystem, har således en særlig gennemslagskraft ikke alene ned i systemet, men også i forhold til domstolene og ombudsmanden.

Er myndighedens kompetence, som tilfældet er på visse sagsområder med Den Sociale Ankestyrelse, begrænset til at omfatte spørgsmål af principiel betydning, er det fra lovgivers side markeret, at myndigheden skal udøve præjudikatskabende virksomhed, og det må derfor antages, at den praksisdannelse, der sker på baggrund af ankestyrelsens afgørelser, har større gennemslagskraft end administrativ praksis i øvrigt.

Også andre myndigheder kan i lovgivningen være udset til at have en udviklende og styrende funktion på et retsområde, og dette moment må indgå med vægt i vurderingen af præjudikatsværdien af disse myndigheders afgørelser. Som eksempler kan nævnes Registreretilsynet, Forbrugerombudsmanden og Ligestillingsrådet.

#### *C. Den administrative myndigheds kvalitet*

Om en praksisdannelse kan opretholdes som udtryk for gældende ret implicerer også et kvalitativt problem. Sjuskede rutineafgørelser kan ikke forventes at blive fulgt op på samme måde som gennemarbejdede og alsidigt argumenterede afgørelser. Om produktet har den fornødne juridiske kvalitet afhænger af flere forskellige faktorer. Af særlig betydning er det, om der for myn-

digheden gælder sådanne processuelle garantier, at der på samme måde som ved retsplejen sikres en så alsidig belysning af den enkelte sags faktiske og retlige forhold som muligt. En vis almen sikring af alsidighed i sagsoplysningen er nu gennemført ved Forvaltningslovens § 19 om partshøring. Bestemmelsen begrænser sig imidlertid til partshøring omkring en sags faktuelle forhold. Nogen garanti for, at sagernes jus blyses indgående, giver den ikke. Myndigheder, som i sin sagsbehandling følger egentlige retsplejaprincipper, vil derimod i højere grad være sikre på at have fået blyst samtlige aspekter af den forelagte sag og dermed også et grundlag for at træffe en bæredygtig afgørelse.

Som en variant af dette kvalitetssynspunkt kan yderligere nævnes myndighedens personalemæssige sammensætning. Der sigtes hermed både til, at det må tillægges betydning, om der er tale om et kollegialt organ, som repræsenterer interesser, som i særlig grad er berørt af de afgørelser, myndigheden træffer, og til om der foreligger sagkundskab, som garanterer, at afgørelserne bliver »rigtige« ud fra en faglig vurdering.

De her fremdragne momenter må således føre til, at tilkendegivelser fra Sundhedsvæsenets Patientklagenævn har særlig vægt, men kun for så vidt angår de elementer i afgørelserne, der forudsætter den særlige lægelige ekspertise, nævnet er udstyret med. Den Sociale Ankestyrelsес afgørelser af sager om social pension har ligeledes særlig vægt for så vidt angår den rent lægelige og arbejdsmarkedsmæssige vurdering, som indgår i afgørelserne. For så vidt sådanne sager rejser og giver anledning til praksisdannelse vedrørende fortolkning af de anvendte regler eller om andre rent juridiske spørgsmål, gælder imidlertid ingen formodning for, at afgørelserne er truffet på et sagligt set særligt kvalificeret grundlag og dermed heller ikke for at prioritere denne del af afgørelserne retskildemæssigt specielt højt.

Organer, der som Indenrigsministeriets Kommuneafdeling og Justitsministeriets Lovafdeling er udstyret med og gennem årene har samlet speciel juridisk ekspertise og viden, må i overensstemmelse med det her anførte have en særlig høj retskildemæssig status inden for deres speciale, og udtalelser fra disse myndigheder indgår dermed med særlig vægt.

#### *D. Lovbestemmelsens præcise eller upræcise karakter*

Om administrativ praksis får gennemslagskraft som normerende faktor vil i de konkrete situationer i høj grad bero på tilstedeværelsen af andre retskildefaktorer med højere værdi end myndighedernes egen praksis. Størst rolle vil praksis spille ved anvendelsen af upræcise lovbestemmelser med sparsomme lovforslagsbemærkninger og med få eller ingen domme eller ombudsmandsudtalelser til at fastlægge grænserne.

Som et særligt klart eksempel på dette kan nævnes den praksis, der har udviklet sig omkring refusionsbestemmelserne i lov om social bistand i forbindelse med klienter, der flytter. Hovedbestemmelserne er § 11, der har det hovedsigte at beskytte en kommune med institutioner mod at blive påført ekstraudgifter til bistandshjælp til klienter, der får ophold på institutionerne. En af bestemmelserne går ud på, at en person, der ved medvirken fra en anden kommune eller offentlig myndighed er anbragt på institution eller i pleje, kan kræve udgifter til bistand refunderet af en tidligere opholdskommune. Bestemmelserne har givet anledning til en righoldig administrativ praksis, hvoraf en stor del er offentliggjort gennem SM-systemet. Faktisk er § 11 en af de bestemmelser, om hvilken der er flest offentliggjorte afgørelser, og bestemmelserne giver jævnligt anledning til, at Den Sociale Ankestyrelse optager principielle afgørelser til behandling. Praksis er kendetegnet ved at have udviklet sig på sin helt egne måde og med en indre konsekvens, som har ført til resultater, som umiddelbart kun har fjern forbindelse med bestemmelsernes ordlyd. Nogle eksempler kan belyse hvorledes: I praksis anses en kommunens støtte til at yde uddannelseshjælp i henhold til bistandslovens § 43 for refusionspligtig efter bestemmelserne; med andre ord i praksis anses et ophold på universitet omfattet af bestemmelsernes udtryk »institution eller pleje« og støtten for en refusionsfremkaldende medvirken. Den kommune, der er refusionspligtig, er ifølge bestemmelserne »en tidligere opholdskommune«, hvilket forstås som den pågældende klients første opholdskommune her i landet. I praksis er der heraf draget den konsekvens, at en kommune med et flygtningecenter er refusionspligtig over for senere opholdskommuners bistandsudgifter til flygtninge, når den periode, i hvilken staten har det økonomiske ansvar for flygtningene, er ophørt. Praksis udviser ikke blot en betydelig selvstændighed i forhold til lovteksten, men har også ført til resultater, der er i tvivlsom overensstemmelse med bestemmelsernes formål. Indtil videre er der imidlertid ingen ombudsmandsudtalelser og kun et par (mindre klare) domme. De talrige konflikter mellem kommunerne om refusions-spørgsmål må derved indtil videre løses med udgangspunkt i den offentliggjorte praksis, som er det afgørende grundlag både for rekursmyndighedernes praksis og for de talrige mellemkommunale refusionsaftaler, der indgås.

#### *E. Langvarig eller kortvarig administrativ praksis*

Helt afgørende betydning har det, om den praksis, der er tale om at inddrage som retskilde, er ny og måske alene kan støttes på nogle få afgørelser, eller om der er tale om en langvarig og fast handlemåde fra forvaltningens side. En tilstrækkelig langvarig og fasttømret praksis er i flere tilfælde af domstolene blevet tillagt stort set samme virkning som egentlige lovbestemmelser.

I U 1958.1275 Ø accepterede retten, at politiet opkrævede en afgift til Gentofte-Lyngby Hospital af telholderne på Dyrehavsbakken i henhold til en »århundrede gammel administrativ praksis.« U 1991.164 H angik beregningen af en godtgørelse for afleveret danefæ. Sagsøgeren havde afleveret et møntfund til en metalværdi af knap 5.000 kr. og en handelsværdi på skønsmæssigt 1,2 mio. kr. Kulturministeriet udbetalte 20.000 kr. i godtgørelse. Finderen påberåbte sig under sagen en på afleveringstidspunktet endnu gældende plakat af 7. august 1752, hvorefter findere af danefæ skulle »nyde efter dets værd fuldkommen betaling.« Det oplystes under sagen, at der på bag-

grund af bestemmelsen havde udviklet sig en fast administrativ praksis, hvor efter der til findere af danefæ udover metalværdien kunne tildeles en skøns mæssigt fastsat godtgørelse. Fastsættelsen af godtgørelse i det foreliggende tilfælde fandtes ikke at være sket i strid med de almindeligt fulgte retningslinier.

#### *F. Administrativ praksis tiltrådt af lovgiver, domstolene eller ombudsmand*

Har praksis været forelagt domstolene eller ombudsmanden, uden at disse har underkendt praksis som lovstridig, foreligger naturligvis en bestyrkelse af praksis som retskildegrundlag. I de lige nævnte to domme U 1958.1275 Ø og U 1991.164 H blev den forelagte praksis tiltrådt efter grundig beskrivelse af praksis og indgående diskussion af retskildeproblemet. I sådanne tilfælde vil praksis fremover have samme virkning som lov eller anordning, medmindre den enten ændres ved lov, eller administrationen ændrer praksis (hvis dette er foreneligt med lovgrundlaget i øvrigt). Om en dom har denne bekræftende virkning må afgøres ved fortolkning af dommen og dens præmisser. En dom, som ikke tager afstand fra en afgørelse, som er truffet på grundlag af fast praksis, behøver imidlertid ikke nødvendigvis at være udtryk for tilslutning til praksis. Om dette er tilfældet beror på, om resultatet kan begrundes i andre forhold end praksis, hvorledes retten har fået praksis præsenteret samt domstolens egen afgrænsning af prøvelsestemaet.

En beslægtet situation opstår, såfremt administrativ praksis kodificeres ved lov. Problemet kan belyses af en ombudsmandsudtalelse (skrivelse af 22. april 1991, j.nr. 1988-257-713, kommer i beretningen for 1990). Sagen drejede sig om SU-styrelsens opkrævning af renters rente af SU-lån fra perioden 1970-75. Den relevante bestemmelse fastsatte rentens størrelse, men gav ikke styrelsen ret til at tilskrive renten til hovedstolen og beregne renten af den nye hovedstol for næste periode. Alligevel havde styrelsen i hele perioden fulgt denne beregningsmåde. Ombudsmanden fandt det tvivlsomt, om der havde været fornøden hjemmel hertil. Inden ombudsmanden tog stilling, men efter at sagen var påklaget til ombudsmanden, blev der i SU-loven indføjet udtrykkelig hjemmel for opkrævning af renters rente, og i lovforslagsbemærkningerne anførtes, at der ikke var tilsigtet en ændring af den bestående praksis. Lovforslagsbemærkningerne oplyste dog ikke, at den hidtidige praksis var blevet anfægtet. Ombudsmanden fandt, at lovændringen og dens henvisning til praksis havde skabt en sådan tvivl, at han ikke ville kritisere praksis, men han meddelte samtidig, at han var indstillet på at henstille, at der blev givet klageren fri proces under en eventuel retssag til afklaring af spørgsmålet. Indtil videre foreligger der således ingen endelig afklaring på sagen.

Principielt bør en lovændring som den omtalte ikke tillægges synderlig be-

tydning for vurderingen af lovmedholdeligheden af en omstridt praksis. Derimod kan der ikke bortses fra det forhold, at en myndighed i en længere årrække i forhold til et stort antal personer har ment sig berettiget til at handle på en bestemt måde. Forekomsten af en sådan administrativ praksis må imidlertid afvejes over for de andre retskildefaktorer. I den konkrete sag måtte afvejningen foretages over for en almindelig udbredt antagelse i formueretten om, at beregning af renters rente kræver særlig hjemmel, og at bestemmelser, der var udformet på samme måde, som den pågældende bestemmelse i SULoven ikke antages at indeholde en sådan hjemmel.

#### *G. Betydningen af, om praksis er offentliggjort*

Ud fra et rent praktisk synspunkt har det umådelig betydning for gennemslagskraften af administrativ praksis som retskilde, om praksis er offentliggjort, eller om den alene er blevet registreret hos myndigheden selv. Hverken ombudsmanden eller domstolene vil være tilbøjelige til at lægge administrativ praksis til grund, medmindre den foreligger oplyst på en pålidelig og klar måde. Dette kan naturligvis som i U 1991.164 H ske under selve retssagen. Langt mere overbevisende er det dog, om praksis i forvejen er offentliggjort. Dertil kommer, at offentliggørelse eller en tilsvarende kommunikation af praksis er en nødvendig forudsætning for, at andre myndigheder end den praksisskabende myndighed kan forventes at efterleve den.

Kendskabet hos de retsundergivne eller snarere muligheden for at tilegne sig kendskab til praksis må imidlertid også ud fra en mere principiel vurdering medføre, at offentliggjort praksis har en højere retskildemæssig prioritet end utrykt og ikke tilgængelig praksis. Kun den tilgængelige praksis kan antages at have skabt berettigede forventninger i forhold til en bredere kreds af personer og dermed medvirket til den normering af retsforholdene, der kan ligge heri. Se hertil ovenfor i § 1.V.

### **IV. Praksis' betydning for domstolene og ombudsmanden**

#### *A. Prøvelsesintensiteten*

Det er allerede flere gange i det tidligere strejfet, at prøvelsesmyndighedernes holdning til praksisdannelse hos forvaltningen har væsentlig betydning for, hvilken retskildemæssig rolle praksis kommer til at spille. I samme udstrækning navnlig domstolene kan forventes at tilslutte sig og endog fastholde myndighederne på en fast fulgt praksis, vil praksis få en retskildemæssigt set særlig værdi. I en vis udstrækning bliver det retskildemæssige problem derved

sammenfaldende med spørgsmålet om, med hvilken intensitet prøvelsen i øvrigt foregår.

Prøvelsesintensiteten beror i praksis på en række faktorer. De vigtigste er den præcision, hvormed det underliggende retsgrundlag er formuleret, om prøvelsesmyndigheden er fortrolig med det pågældende sagsområde, om det i lovgivningen er forudsat, at prøvelsen skal være mere eller mindre intensiv, samt den måde parterne fører sagen på. Domstolene og ombudsmanden prøver således abstrakte fortolkningsspørgsmål til bunds. Landsrettens prøvelse af afgørelser om tvangsfjernelse af børn er som forudsat i bistandsloven meget indgående, og ombudsmanden har i praksis udviklet betydelig ekspertise vedrørende aktindsigt og prøver selv skønsmæssige afgørelser på grundlag af offentlighedsloven forholdsvis tæt. Omvendt må domstolenes og ombudsmandens kontrol med rene afvejningsspørgsmål karakteriseres som ekstensiv. En praksisdannelse på et område, der er undergivet tæt kontrol, vil således have en mindre normerende virkning end praksis, der bygger på vurderinger, som ikke eller kun i beskeden udstrækning bliver prøvet.

I marginalsituationer, kan praksis dog i tvivlstilfælde gøre udslaget – også i tilfælde, hvor prøvelsen principielt er tilbundsgående. I U 1965.648 H antages en professor i retsmedicin at kunne fratække udgifter, han selv havde måttet afholde i forbindelse med deltagelse i en kongres for retsmedicinere i New York, som en driftsomkostning eller en udgift til embedets bestridelse, jf. Statsskattelovens § 6, stk. 1 a og b. I præmisserne henvistes til, at dette resultat i øvrigt fandtes stemmende med Landsskatterettens praksis. I UfR 1965 B.268 henviste *Spleth* i en kommentar til dommen til sin egen bemærkning, s. 150 a.st. til to andre skattesager, hvor administrationens praksis også var blevet tillagt en væsentlig betydning: »Det synes som om domstolene i tvivlstilfælde er ret utilbøjelige til at ville omstøde en fast praksis eller med andre ord, hvis to forståelser af loven har nogenlunde lige meget for sig, vælger man den, som administrationen har fulgt.«

#### *B. Prøvelse af skønsmæssige afgørelser*

Det er nævnt ovenfor, at praksisdannelse på baggrund af forvaltningens skønsmæssige beføjelser generelt har større gennemslagskraft i forhold til både domstolene og ombudsmanden, og at praksis i en vis udstrækning lige-frem indgår i disse organers prøvelsesgrundlag. Anses praksis for forenelig med lovgrundlaget, er det naturligt for kontrolorganerne at påse, at praksis ikke fraviges vilkårligt til skade for enkelte borgere.

I en vis udstrækning forholder både domstolene og ombudsmanden sig dog skeptiske til praksisdannelse vedrørende skønsudøvelse. Har praksis udviklet sig til interne regler, hvorved et pligtmæssigt skøn helt afskæres eller be-

grænses meget stærkt, kan praksis blive underkendt, og i samme udstrækning vil praksisdannelsen være svækket som fremtidigt grundlag for afgørelser, jf. f.eks. FOB 1977.537, FOB 1987.107, UfR 1983.349 H, UfR 1988.239 Ø samt UfR 1989.775 Ø.

### *C. Fravigelse fra fast praksis*

Administrativ praksis, som holder sig inden for de rammer, loven og anordningerne fastsætter, vil dog i vid udstrækning blive respekteret og lagt til grund af domstolene. En sådan praksis har med andre ord en vidtgående normerende virkning. Dermed opstår samme spørgsmål, som for andre mere autoritativt udformede retskilder, *om* og *på hvilken måde* praksis kan ændres.

Det er åbenbart, at en fast praksis, så længe den følges, ikke kan fraviges i enkeltstående tilfælde.

Det er ligeledes klart, at en i praksis anlagt *fortolkning* af en bestemt venving i lovgivning, som siden har vundet tilslutning af prøvelsesmyndighederne, heller ikke kan fraviges. Det samme gælder andre tilfælde, hvor retskildefaktorer med højere prioritet end praksis, f.eks. forarbejderne til loven entydigt peger på en bestemt resultat, jf. eksempelvis FOB 1979.162.

Angår praksis et fortolkningsspørgsmål, som i øvrigt må anses for usikert, er det ikke udelukket, at der i praksis anlægges en ny fortolkning. Bliver praksis ligefrem underkendt ved en dom, er forvaltningen selvfølgelig forpligtet til at ændre praksis.

Ved udøvelsen af skønsmæssige beføjelser er forvaltningen i videre udstrækning berettiget til at ændre praksis. Både i dette tilfælde og ved praksisdannelsen på baggrund af mindre sikre fortolkningsspørgsmål, må det dog altid kræves, at der foreligger saglige grunde for praksisændringen jf. U 1965.648 H.

Der kan imidlertid ved ændring i en offentliggjort praksis ikke bortses fra, at borgerne har indrettet sig på den samme måde som på love og anordninger, og at der derfor bør ske en offentliggørelse af praksisændringen før den kan finde anvendelse. I U 1983.8 H fandtes en praksisændring, der blev meddelt i et cirkulære i 1975, hvorved kommanditisters adgang til at foretage afskrivninger blev begrænset, ikke at have virkning for tiden før cirkulærrets udstedselse, jf. også U 1963.679 H.

### *D. Praksis, som er blevet underkendt*

Det vanskeligste og mest uafklarede problem vedrørende praksisdannelsen vedrører genoptagelse af tidligere sager som følge af, at praksis er blevet un-

derkendt ved dom, en ombudsmandsudtalelse eller af forvaltningen selv. Problemet foreligger, når den ændring af praksis, der herefter sker, kan opfattes som retlig nødvendig, fordi den hidtidige praksis har været retlig uholdbar.

Er praksisændringen sket på et sådant grundlag, at tidligere sager, der er afgjort efter den hidtidige praksis, må herefter anses for uforenelig med loven, må udgangspunktet være, at myndigheden har pligt til, såfremt parterne i sådanne tidligere afgjorte sager henvender sig, at genoptage sagen til fornyet behandling, jf. U 1990.488 H og U 1987.351 H. Dette gælder dog ikke, såfremt der kan rettes bebrejdelser mod parten for ikke selv at have sørget for at anfægte praksis, eller der foreligger søgsmålsfrister eller forældelsesfrister, der afskærer retskravet fra nu at blive gjort gældende, jf. FOB 1978.299 samt UfR 1927.585 H.

I øvrigt må det antages, at forvaltningen selv i vid udstrækning har pligt til at genoptage tidligere afgjorte sager, hvis praksis bliver omgjort. Der er naturligvis ikke pligt til genoptagelse af sådanne sager, hvis myndigheden ikke har pligt til at genoptage en sag på anmodning fra parten selv. Derudover må en eventuel genoptagelsespligt bero på, hvor ressourcekrævende det vil være for myndigheden at finde frem til de tidligere sager, samt hvor sikkert det må antages at være, at underkendelsen har betydning for de pågældende sager. I U 1983.349 H underkendtes de sociale myndigheders praksis, hvorefter personer, der var tilmeldt som studerende, stort set aldrig blev anset for berettiget til kontanthjælp efter bistandsloven. Underkendelsen kunne imidlertid ikke forventes i sig selv at skabe ret for tidligere klienter til hjælp og dermed heller ikke pligt til for myndighederne at tage alle sager med studerende inden for de seneste år op til fornyet behandling. Omvendt antog skattemyndighederne, at konsekvensen af U 1987.351 H, hvorved det statueredes, at pensionister havde krav på personfradrag for såvel gifte som ugifte i det indkomstår, hvor deres ægtefæller afgår ved døden, måtte føre til en praksisændring, der blev ført tilbage 5 år ~~forud~~ for dommen, og at dette måtte ske ex officio, jf. nærmere *Lis Sejr: Anke og Genoptagelse i principielle sociale sager*, 1990, s. 97 ff og den dér anførte praksis.

## § 8

# Ombudsmandens udtalelser

### **I. Problemstillingen**

Det kan diskuteres, om Ombudsmandens udtalelser skal anses som omfattet af begrebet retskilder.

Efter Ombudsmandslovens § 5 har han indseende med, om de personer, som omfattes af hans kompetence, har gjort sig skyldige i fejl eller forsømmelsen under udøvelse af deres tjeneste. Efter Instruksen for Ombudsmanden § 3, stk. 1, påhviler det ham at være opmærksom på, om nogen, der omfattes af hans virksomhed, i tjenesten forfølger ulovlige formål, træffer vilkårlige eller urimelige afgørelser eller på anden måde gør sig skyldige i fejl eller forsømmelser ved udførelsen af tjenesten. Der kan gribes ind, når der er begået en fejl, selv om denne ikke kan bebrejdes vedkommende tjenestemand.

Ombudsmanden kan ikke ændre en afgørelse, men kan udtale sin opfattelse af sagen og give en henstilling til vedkommende myndighed.

Det er herefter klart, at Ombudsmanden ikke ved denne virksomhed kan træffe bindende afgørelser. Dette kan imidlertid ikke være afgørende efter de synspunkter, som er gjort gældende i denne fremstillings § 1 og i øvrigt i de forskellige afsnit, hvor de enkelte retskilder gennemgås. Hvis man tager udgangspunkt i, hvad der benyttes ved domstolenes fastlæggelse af, hvad er er gældende ret, må man under begrebet også medtage momenter, selv om de ikke omfattes af den traditionelle forståelse heraf, hvis det kan konstateres, at de virkelig indgår i de overvejelser, som domstolene anlægger, når en retstvist skal afgøres. Men begrebet omfatter andet og mere end det, der med sikkerhed kan føre til et resultat, altså anses som udslag af gældende ret. Der kan være tale om større eller mindre sikkerhed. Dette fremgår af, hvad der er fremstillet om de enkelte retskilder. Motivudtalelser kan være mere eller mindre sikre, retspraksis kan have en mere eller mindre klar karakter, en sædvane kan være mere eller mindre fast, analogislutninger kan variere i styrke. Og ikke mindst litteraturudtalelser kan have en meget begrænset betydning – men undertiden da også have en væsentlig vægt.

Ud fra disse synspunkter kunne meget tale for, at også Ombudsmandens

udtalelser må opfattes som en retskilde. Men udtryk for gældende ret behøver de ikke at være. Det må undersøges

Ligesom ved gennemgangen af andre – mulige – retskilder må det være af afgørende betydning, om der ved gennemgang af domspræmisser kan opnås en klarhed herom. Problemet bliver altså, om ombudsmandsudtalelser virkelig anvendes som led i argumentationen i afsagte domme.

Det var derfor nærliggende og en logisk konsekvens af, hvad der i øvrigt er anført om de forskellige retskilder, at foretage en sådan undersøgelse. Altså konstatere, om ombudsmandsudtalelser virkelig er indgået i domspræmisser. Dette har kunnet lade sig gøre ved at sammenholde en række ombudsmandsudtalelser med de retsafgørelser, som i tilslutning heraf er blevet truffet.

Dette arbejde byder imidlertid på særlige vanskeligheder, når det drejer sig om ombudsmandsudtalelser sammenholdt med anvendelsen af andre mulige retskilder. Det faktiske grundlag kan variere fra udtalelsen til den endelige retsafgørelse foreligger. Der kan være tilvejebragt nye oplysninger, som vil indgå i overvejelserne, og der kan undertiden gå ret lang tid mellem udtalelsen og den endelige dom.

Hertil kommer, at Ombudsmanden anvender formuleringer, der ofte er holdt i brede vendinger, således at der ikke – som f eks ved retsafgørelser eller i motivudtalelser – foreligger en klar stilling til problemets løsning. Der kan være udtrykt forskellig kritik over for administrative afgørelser, der strækker sig fra en klar påtale af en ulovlig adfærd, til en henstilling om at tage spørgsmålet op til fornyet overvejelse.

Hertil kommer også det meget væsentlige, at Ombudsmandens udtalelser ofte og vel i de fleste tilfælde, når der rejses kritik mod administrative afgørelser eller bestemmelser, fører til, at administrationen bører sig for udtalelsen og ændrer praksis eller ligefrem tager hensyn til den fremsatte kritik. Dette er måske den væsentligste betydning af ombudsmandsudtalelser, når der ses hen til, om de får betydning for fastlæggelsen af gældende ret. Det falder altså helt uden for domstolenes regie, når der sker denne ændring i retstilstanden. Og det var vel også netop på denne måde, at man forestillede sig, at Ombudsmandens virksomhed fik særlig betydning. Fremstillingen her bliver altså kun et udsnit og vel endda et mindre væsentligt udsnit af den betydning, som Ombudsmandens virksomhed har.

Endelig må det også understreges, at Ombudsmandens virksomhed – som naturligt er – omfatter områder, som langt sjældnere betrædes af domstolene. Som det ses allerede af de eksempler, som nævnes i det følgende, og som det særligt fremgår af Ombudsmandens beretninger, så er det yderst sjældent, at Ombudsmanden tager stilling til problemer inden for f eks Formueret og Strafferet – bortset fra gennemførelse af eller overtrædelser af administrative forskrifter. Til gengæld er det forholdsvis sjældent, at domstolene får lejlighed til at tage stilling til forvaltningsretlige – herunder socialretlige – pro-

blemer, medens netop problemer af denne art hører til det daglige arbejde hos Ombudsmanden.

## II. Domstolenes stilling til Ombudsmandens udtalelser

Ved gennemgangen af nogle typiske tilfælde, hvor Ombudsmandens udtalelse er blevet efterfulgt af en domstolsafgørelse, viser det sig, at domstolene følger meget forskellig praksis. For at få oversigt over dette problem er disse sager systematiseret på den måde, at der først nævnes eksempler på tilfælde, hvor man genfinder Ombudsmandens retlige vurdering i realiteten benyttet ved domstolsafgørelsen (A). Herefter gennemgås tilfælde, hvor dommen indeholder fyldig redegørelse for Ombudsmandens udtalelse (B). Herefter følger nogle tilfælde, hvor der er meget kort henvisning til Ombudsmandens udtalelse (C). Dernæst omtales nogle sager, hvor overhovedet ikke findes nogen henvisning til Ombudsmandens udtalelse (D). Afslutningsvis medtages nogle domme, som ikke er optaget i UfR, men kort refereret i Ombudsmandens beretninger (E). Der er derfor ikke oplysninger om dommens evt benytelse af Ombudsmandens udtalelse.

Derimod er der ikke i denne systematik taget hensyn til, om et domsresultat stemmer med, hvad der med større eller mindre styrke er gjort gældende af Ombudsmanden. I nogle undtagelsestilfælde er en dom kommet til et resultat, som ikke harmonerer med Ombudsmandens vurdering, hvad enten dette skyldes konkrete forhold i den foreliggende retssag, eller at domstolene har haft en anden opfattelse af de retlige problemer. Men dette er ikke væSENSforskelligt fra, hvad der foreligger om retskilder, som f eks motiver, praksis, sædvaner eller retslitteratur. Hvad der er kan udledes af en af disse retskilder har ikke altid ført til samme resultat ved domstolene.

### *A. Domme med indhold hentet fra Ombudsmandens udtalelser*

#### *FOB 1980.103*

Problemet var, om studerende var berettiget til kontanthjælp efter Bistandslovens § 37 smh med de øvrige bestemmelser i lovens kap 9 efter de dagældende regler. Herefter var der krav på sådan hjælp, hvis ansøgeren på grund af sygdom, svigende arbejdsmuligheder eller andre ændringer i sine forhold erude af stand til at skaffe sig det fornødne til sit eget eller sin families underhold, forudsat at ansøgeren har udnyttet sine arbejdsmuligheder. Den sociale Ankestyrelse havde afslået sådan bistand under henvisning til, at den pågældende der havde taget 1. del af sine studier, men derefter ikke havde deltaget i undervisningen, nu påny havde meldt sig til studierne.

Ombudsmanden havde i sin udtalelse, FOB 1980.103, kritiseret, at der ved afgørelsen var lagt vægt på Socialministeriets tilkendegivelse, der måtte forstås således, at en studerende, hvis uddannelse ikke udelukkende foregår i fritiden, på grund af tilmeldelsen til institutionen i sig selv er afskåret fra at få kontanthjælp uanset arten og omfanget af (tidl) erhvervsarbejde, og uanset ønske om at påtage sig erhvervsarbejde, men ikke kan anvises arbejde. Herefter hvilede afgørelsen på et tvivlsomt retligt grundlag. Ombudsmanden henstillede, at der blev bevilget fri proces under en sag til prøvelse heraf, og denne bevilling blev givet.

Ombudsmanden havde i en tidligere udtalelse, FOB 1969.83, henstillet, at der blev ændret en praksis om et andet studieproblem, således at der i hver enkelt sag blev foretaget en konkret vurdering, jf herom nedenfor.

#### *U 1983.349 H*

Dommen fastslog, at afgørelsen var ugyldig (med 3 stemmer mod 2), idet den omstændighed, at den pågældende agtede at tilmelde sig studierne, vel skabte en formodning om, at han ikke længere opfyldte betingelserne for bistands-hjælp, men at afgørelsen måtte bero på en samlet vurdering af hans forhold; da dette ikke var sket, var afgørelsen ugyldig.

Dommen omtaler ikke Ombudsmandens udtalelse i sagen, men redaktionsnoten henviser til FOB 1969.83 og 1980.103, og som det ses, er argumentationen den samme som blev gjort gældende af Ombudsmanden.

Efter den nuv formulering af lovens § 42, stk 3 kan der ikke ydes hjælp til personer under uddannelse eller som er berettigede til ungdomsydelser. Socialministeren fastsætter dog nærmere regler om, at der i særlige tilfælde kan ydes hjælp til dem, se bkg 1990 nr 570.

#### **FOB 1980.686**

Klagen angik et spørgsmål om tilbagebetaling af hjælp efter Bistandsloven. Ombudsmanden udtalte, at Den Sociale Ankestyrelsес afgørelse herom enten hvilede på en uriktig retsopfattelse, eller at begrundelsen i hvert fald ikke var dækkende for den opfattelse, som Ankestyrelsen senere gav udtryk for. I forbindelse hermed udtaler Ombudsmanden bl a:

»Den sociale ankestyrelse har da også nu i skrivelsen af 2. april 1981 givet udtryk for, at det er fejlagtigt at anføre § 26, stk. 1, nr. 4, som hjemmel for tilbagebetalingskravet.

2. Den sociale ankestyrelse anførte i sin skrivelse af 29. november 1979, at afgørelsen var »i overensstemmelse med gældende praksis, hvorefter såvel erstatninger, der er udbetalt for tidspunktet for hjælpens ydelse, jfr bistandslovens § 39, som erstatninger, der først senere kan udbetales, kan tages i betragtning ved ydelsen af hjælpen«.

I min skrivelse af 28. november 1980 bad jeg ankestyrelsen om at yddybe denne begrundelse. Jeg anførte, at der, så vidt jeg kunne se, ikke kunne drages nogen sikker slutning *fra* den omstændighed, at en *udbetalt* forsørgertabserstatning (eller et foreliggende endnu ikke opfyldt krav herpå) kan tages i betragtning ved afgørelser om *ydelse* af fremtidig hjælp, jfr. bistandslovens § 39, *til* det foreliggende tilbagebetalingsspørgsmål. På denne baggrund bad jeg ankestyrelsen om at uddybe den nævnte begrundelse. Dette har ankestyrelsen ikke gjort i sin skrivelse af 2. april 1981. Jeg går ud fra, at dette har sammenhæng med, at ankestyrelsen ved fornyet overvejelse af sagen har ændret sit syn på – eller dog fundet på en an-

den måde at burde præcisere sin opfattelse af – det retlige grundlag for afgørelsen, jfr. nærmere nedenfor.

Ankestyrelsen har i sin skrivelse af 2. april 1981 anført, at »den ydede hjælp er krævet tilbagebetalt i henhold til lov om social bistand § 26, stk. 1, nr. 3«. Jeg gør opmærksom på, at denne bestemmelse ikke er omtalt i ankestyrelsens skrivelse af 29. november 1979.«

#### *U 1983.1117 H*

Dommen fastslog, at kommunen ikke kunne kræve tilbagebetaling, efter at der var tilkendt en ægtfælle erstatning for tab af forsørger ved en færdselsulykke, uanset at der ved ydelse af hjælp til den efterladte blev taget forbehold om tilbagebetaling. Landsretten fastslår vel, at der i lovgivningen var hjemmel til at kræve tilbagebetaling, men lægger vægt på, at modtageren ikke blot skulle være gjort bekendt med tilbagebetalingspligten, men tillige have tilkendegivet hvilke af de i loven anførte grunde, der var bragt i anvendelse. Da dette først blev meddelt modtageren lang tid efter ydelsen af hjælpen, kunne tilbagebetaling ikke kræves.

Det refereres i dommen, at Ombudsmanden efter indgiven klage havde henstillet til Den Sociale Ankestyrelse at genoptage sagen og meddele klageren en ny afgørelse (med en dækkende begrundelse). Men ankestyrelsen foretog ikke nogen ændring, idet den omstændighed, at der fejlagtigt var angivet en urigtig lovbestemmelse som grund for tilbagebetalingspligten, efter ankestyrelsens opfattelse ikke med rimelighed kunne føre til at afskære betalingskravet.

#### *FOB 1975.207*

Problemet var, om der kan kræves aktindsigt i sager om advarsler efter StrfL § 265, eller om dette tilfælde dækkes af undtagelsesbestemmelsen i den dældende Offentlighedslov § 6, stk. 1 om sager inden for strafferetsplejen.

Ombudsmanden gennemgik udførligt alt: forhistorie, formål og almindelige betragtninger, herunder om praksis vedr sager af beslægtet karakter og konkluderede i, at han – fortsat – var af den opfattelse, at § 6 måtte fortolkes således, at den ikke omfattede ændring eller ophævelse af advarsler efter StrfL § 265. Under brevvekslingen mellem Justitsministeriet og Ombudsmanden blev alle betragtninger for og imod ført frem.

Efter at der var bevilget fri proces blev sagen afgjort ved *U 1978.914 H*, der gav Justitsministeriet medhold, men Ombudsmandens udtalelse refereres, og argumenterne fra brevvekslingen mellem Justitsministeriet og Ombudsmanden går igen i dommens fremstilling. Det anføres som slutbegrundelse, at advarsler efter StrfL § 265 er af en sådan karakter og har en sådan sammenhæng med sager angående overtrædelse af StrfL kap 25 og 27, at det efter de hensyn, der efter forarbejderne til Offentlighedsloven må antages at ligge til grund for bestemmelsen i § 6, stk. 1, herunder hensynet til beskyttelse af de i sagen im-

plicerede personer, er mest nærliggende at fortolke bestemmelsen som omfattende sager om advarslerne.

**FOB 1956.161**

Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt en mand, der efter de dagældende regler var pålagt bidrag sammen med en anden mand til et barn født uden for ægteskab, kunne forlange bidraget ophævet eller nedsat. Et amt havde afslægt andragende om fritagelse for denne bidragspligt. Dette var sket i hen til Justitsministeriets skr af 28.3. 1953 (MinT 1953.132). I denne sag henholdt Justitsministeriet sig til den ældre udtalelse, men havde dog for sit vedkommende intet at erindre imod, at der blev givet fri proces til prøvelse heraf.

Ombudsmanden udtalte følgende:

»Da den endelige afgørelse af spørgsmålet om fortolkningen af § 22, stk. 2, i omhandlede lov henhører under domstolene, fandt jeg ikke grund til at indgå på en nærmere argumentation om spørgsmålet. I anledning af det af Justitsministeriet anførte henledte jeg dog opmærksomheden på, at der i bemærkningerne til § 22, stk. 2, i det i Folketinget den 13. december 1935 fremsatte forslag til lov om børn udenfor ægteskab (Rigsdagstidende 1935/36, tillæg A, spalte 2369) anføres følgende:

»I stk. 2, der er nyt, gives regler for de tilfælde, hvor flere ved faderskabssagen er anset som bidragspligtige. Bidraget til barnet skal for hver af dem fastsættes til det til enhver tid gældende normalbidrag, jfr. § 192 i lov om offentlig forsorg, og de i § 20, stk. 2, jfr. § 3, stk. 2, og § 19, givne regler om fastsættelse af bidragets størrelse kommer således ikke til anvendelse. Af reglerne i § 20 overføres i øvrigt, jfr. 2. pkt., stk. 3, 4 og 7.««

*U 1958.1159 H* gav klageren, der efter henstilling fra Ombudsmanden fik bevilget fri proces, medhold i, at der også i dette tilfælde var hjemmel til ophævelse eller nedsættelse af bidragspligten, idet der lægges vægt på forarbejderne, hvorfra citeres RT 1935-36 A sp 2369, som netop var anført af Ombudsmanden. Det anføres, at det ikke fremgår af lovens forarbejder, at der skulle være tilsigtet at pålægge en mand en principielt videregående bidragspligt i tilfælde af, at han kendes bidragspligtig til et barn sammen med en eller flere andre end den, der er hjemlet, hvor kun én anses som bidragspligtig.

Nogen omtale af eller henvisning til Ombudsmandens udtalelse i sagen findes ikke, heller ikke i noten til dommen i UfR.

**B. Domme, der indeholder fyldig redegørelse for Ombudsmandens udtalelse****FOB 1986.99**

Problemet opstod navnlig, fordi Matrikeldirektoratet vel gav tilladelse til udstykning til oprettelse af et selvstændigt landbrug inden en vis frist, men Landbrugsministeriet afslog afhændelse, da ejendommen ikke udgjorde en bæredygtig driftsenhed, og da der var behov for suppleringsjord, en afgørelse, der dog senere blev ændret.

Ombudsmanden udtalte bl a, at Landbrugsministeriet var klar over, at ejeren var af den fejlagtige opfattelse, at bebyggelse efter udløbet af fristen ville være retstridig. Han fandt det kritisabelt, at Landbrugsministeriet undlod at give nærmere vejledning om retstilstanden, og noget tydede på, at man bevidst søgte at holde klageren i uvidenhed om adgangen til at bebygge ejendommen efter fristens udløb. Ved den påfølgende retssag om erstatning henviste sagsøgeren til Ombudsmandens »afgørelse«, hvorefter sagsøgeren blev holdt uvidende om adgangen til at bebygge efter fristens udløb. Ministeriet holdt fast ved, at Ombudsmandens udtalelse ikke var bindende. Retten måtte selvstændigt tage stilling til problemet. I landsrettens præmisser til dommen i *U 1990.265* henvises flere gange til Ombudsmandens »afgørelse«. Landbrugsministeriet havde »som fastslættet i flere ombudsmandsafgørelser« fortolket Landbrugslovens § 8, stk 6, 1. og 2. pkt forkert. Ministeriet havde som følge heraf ikke kunnet undgå at bibringe sagsøgeren den urigtige retsopfattelse, at sagsøgeren efter fristens udløb ikke uden Landbrugsministeriets tilladelse var berettiget til at opføre beboelsesbygninger på ejendommen. Herefter påhvilede der ministeriet erstatningsansvar som følge af den manglende vejledning.

#### *FOB 1980.345*

Problemet var, om udgifter til folkeskoleelevers skolerejser, lejrskoleophold og praktik er omfattet af begrebet »udgifter til Folkeskolen«, jfr Folkeskolelovens § 40, stk 1, hvilket medfører, at udgifterne skal afholdes af skolerne og ikke af forældrene.

Ombudsmanden gennemgår udførligt de bestemmelser, der kan komme i betragtning, og motiverne hertil, men må fastslå, at der ikke herudaf kan uledes noget med sikkerhed. Han ender dog med følgende udtalelse:

»En sproglig fortolkning af folkeskolelovens § 40, stk. 1, sammenholdt med lovens øvrige bestemmelser og de dertil knyttede bekendtgørelser og cirkulærer kan efter min mening ikke begrunde en antagelse om, at folkeskolebegrebet i § 40, stk. 1, skulle være begrænset til de aktiviteter i folkeskolen, der kan betegnes som egentlig undervisning. Et mere nærliggende resultat af en sådan fortolkning er at anse skolerejser og lejrskoleophold – og vel nok også (og måske navnlig) praktik – for omfattet af folkeskolebegrebet i folkeskolelovens § 40, stk. 1.

Jeg henviser dels til, at aktiviteterne skal indgå i undervisningsplanen, dels til, at de tidsmæssigt er placeret som en del af den obligatoriske undervisningstid. Det synes herved forudsat, at aktiviteterne har et pædagogisk sigte . . . På denne baggrund synes den omstændighed, at deltagelsen i lejrskoleophold og skolerejser er frivillig – en frivillighed, som i øvrigt er begrænset til et valg mellem at deltage i arrangementet og at deltage i undervisning – ikke at kunne begrunde en anden bedømmelse af udgiftsspørgsmålet. At eleverne har såvel ret som pligt til at deltage i undervisningen, hvis de ikke ønsker at deltage i arrangementerne, kan betragtes som en yderligere understregning af disses placering som integrerede i skolens pædagogiske virksomhed.

Det følger af det ovenfor anførte, at skolerejser og lejrskoleophold efter min opfattelse

ikke finansieringsmæssigt kan sidestilles med den i folkeskolelovens § 3, stk. 3, nævnte undervisning i fritiden, som kommunerne ifølge folkeskolelovens § 42 kan afkræve forældrene betaling for.«

Ombudsmanden henstillede, at spørgsmålet blev afklaret ved lovgivningen, men Undervisningsministeriet fandt ikke anledning hertil og oplyste, at der var udtaget stævning mod ministeriet.

Sagen, der konkret angik en udflugt for 2. klasser til Zoologisk Have i Kbh., blev afgjort ved *U 1983.871 H*, der fastslår, at sådanne udflugter ikke var gratis for eleverne.

Der findes et omfattende citat fra Ombudsmandens udtaelse, men der lægges særlig vægt, at der eksisterer en årelang praksis, hvorefter det kan pålægges forældre at deltage i betalingen for udgifter til skolerejser osv.

#### *FOB 1975.202*

Sagen angik afskedigelse af en skoleleder, hvilket stod i forbindelse med, om skolen for fysioterapeuter også kunne optage synshandicappede elever. Efter indgivelsen af klagen afgav Ombudsmanden en udtaelse, som kritiserede den fremgangsmåde, som var benyttet ved afskedigelsen, bl.a. *fordi* der ikke var givet tilstrækkelig orientering om de grunde, der talte for en sådan afskedigelse, *fordi* der ikke var givet mulighed for at lade den pågældendes advokat udtales sig i sagen, og *fordi* sagen ikke havde været forelagt skolebestyrelsen. Denne kritik blev af ministeriet taget til efterretning, hvorfor sagen påny blev taget under overvejelse, men disse endte med, at lederen påny blev afskediget, hvorefter hun igen klagede til Ombudsmanden. Men om denne afskedigelse udtalte Ombudsmanden, at der ikke forelå sådanne mangler, at han havde tilstrækkeligt grundlag for en henstilling om fornyet behandling.

Skolelederen anlagde herefter sag mod Indenrigsministeriet, jfr *U 1980.131*, men landsretten fandt ikke, at der forelå sådanne materielle mangler, som kunne føre til at anse afskedigelsen for ugyldig. Sagen blev anket til Højesteret, men her forelå alene spørgsmål om en landsdommers mulige inhabilitet, hvilket ikke blev anset for godtgjort.

Landsretsdommen indeholder imidlertid meget udførlig redegørelse for Ombudsmandens undersøgelser og udtaelser. Da ministeriet havde erkendt de formelle mangler ved den første afskedigelse, var det alene den sidste afskedigelses gyldighed, som forelå til påkendelse.

#### *FOB 1962.330*

Højesteretsdommen i *U 1962.330 H*, der ændrede landsrettens afgørelse, fastslog, at Landbrugsministeriet ikke havde haft hjemmel til som sket at betinge en grosserer optagelse i et register for autoriserede kartoffeleksportører af, at han havde haft erfaring i eksportvirksomhed. Dette begrundes dels med

ordlyden af de gældende lovbestemmelser, dels ministerudtalelser, som var fremsat under en tidl lovs tilblivelse, der havde baggrund i den indtil da fulgte praksis. Ministeren havde udtalt, at det, som var meningen med at give autorisation, naturligvis var, at man skulle vide, hvem der eksporterer for at kunne holde kontrol. Da ordningen gav anledning til kritik fra landbrugets side, blev der gennemført en ordning, der skabte sikkerhed for, at eksporten blev varetaget af kvalificerede eksportører.

Dommen indeholder udførligt referat af Ombudsmandens udtalelse, men den benyttes altså ikke i selve begrundelsen.

Ombudsmanden havde henvist til en tidligere udtalelse om samme spørgsmål, FOB 1958.230, der i de sammenfattende bemærkninger bl a udtaler følgende:

»Efter det oplyste måtte det antages, at retstilstanden fra 1933 til 1938 – uanset bemærknin gerne til § 3 i lovforslaget af 30. november 1932 om, at det påtænkede register blev indført for at vanskeliggøre eksporten for personer, der ikke i almindelighed oprådte som eksportører af denne vare – havde været den, at enhver kunne optages i registeret, når han betalte det fastsatte gebyr. Denne ordning blev ændret efter vedtagelsen af loven af 31. marts 1938, idet der efter indstilling fra Landbrugsmisteriets Kartoffeleksportudvalg blev fastsat nærmere vilkår for optagelsen i registeret. . . .

Sammenholdt man denne udvikling med landbrugsmisteriens udtalelser under behandlingerne af 1932- og 1938-lovene, var der overensstemmelse mellem ministerens udtalelse i forbindelse med vedtagelsen af 1932-loven og retsstillingen i årene 1932-38. – Det var der derimod ikke forsåvidt angår tiden efter 1938. Under behandlingen af 1938-loven udtalte landbrugsmisteren, at meningen med autorisationen kun var, at man ville have kendskab til, hvem der eksporterede (RT 1937/38, Ft. forh., sp. 4044). Denne udtalelse måtte efter min opfattelse nærmest forstås således, at enhver som hidtil skulle kunne optages i registeret.«

#### *FOB 1961.166*

Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt en fuldmægtig havde krav på at rykke op i en højere lønningsklasse som ekspeditionssekretær uanset kvalifikationen af det arbejde, han hidtil havde udført, når blot hans tjenestlige forhold i enhver henseende havde været tilfredsstillende.

Herom udtalte Ombudsmanden efter en gennemgang af lovens motiver, at han fandt det rimeligt, at spørgsmålet blev prøvet ved domstolene, således at der blev bevilget fri proces under sagen. Der henvises bl a til, at det i Lønningskommissionens 2. betænkning s 91, sp 1 om den automatiske oprykning udtales, at det også her er en betingelse, at vedkommende under hensyn til kvalifikationer og tjenestlige forhold i det hele findes egnet til forfremmelse til den højere stilling.

Under den følgende retssag, *U 1965.269 H* gives der en udførlig redegørelse for Ombudsmandens udtalelse, hvorfra hele sammenfatningen citeres ordret, men resultatet ved såvel landsret som Højesteret bliver, at ministeriet frifin-

des. Om Lønningskommissionens bemærkning udtales, at det angivne forbehold, hvis nærmere indhold ikke er ganske klart, ikke har fundet udtryk i lovens tekst.

### *C. Domme, der indeholder kort omtale af Ombudsmandens udtalelse*

#### *FOB 1986.123*

Problemet var, om afslutningsdebatten i radio og TV forud for afstemning om EF-pakken kunne begrænses til repræsentanter for hvert af Folketingets partier, eller om også andre partier, der ikke havde repræsentanter i Folketinget, men var opstillingsberettigede, kunne forlange at være repræsenteret. Af afgørende betydning var det, om en sådan debat var væsensforskellig fra en afslutningsdebat forud for folketingsvalg, om hvilke U 1960.33 H havde fastslået den videregående løsning. Medens folketingsvalgdebatten måtte have en agitatorisk karakter, blev det nu gjort gældende, at denne debat havde en oplysende karakter, hvorfor en debat med flere repræsentanter ikke kunne antages at bringe væsentlig nye synspunkter frem og ville blive for langstrakt.

Medens landsretten i U 1989.148 H fandt, at der også her kunne blive tale om en agitationsmæssig betydning, lagde H vægt på, hensynet til ligelig behandling ikke var til hinder for begrænsningen til Folketingets partier, da udsendelsen i det væsentlige var tilrettelagt som oplysende.

Kun i landsretsdommen er der en kort henvisning til, at lighedsgrundsætningen siden højesteretsdommen fra 1959 (*U 1960.33 H*) stedse har været efterlevet i praksis, »bl a efter henstillinger fra Folketingets Ombudsmand«.

I reaktionsnoten henvises til FOB 1963.15, 1977.217 og 1986.123.

Ombudsmanden havde i sine udtalelser tidl og i denne sag gennemgået, hvad der i praksis og litteratur er anført om lighedsgrundsætningen. Endvidere omtaltes de tidl udtalelser i tilsvarende sager. I FOB 1963.15 havde Ombudsmanden kritiseret, at der – bortset fra en rundbordssamtale i TV og radio – ved de øvrige arrangementer kun havde været repræsentation for de aktuelt repræsenterede partier. Ombudsmanden henviste også til FOB 1977.317, der drejede sig om afgrænsning af de politiske partier, der havde fået adgang til at producere og udsende partipolitiske udsendelser i DR.

Ombudsmanden konkluderer herefter i følgende:

»Højesteretsdommen fra 1959 fastslår klart, at det for så vidt angår deltagelse i den afsluttende parti(leder)debat forud for et folketingsvalg er uberettiget at afskære repræsentanter for de opstillingsberettigede partier, der ikke tillige er repræsenterede i det siddende folkeeting. Efter ombudsmandens udtalelse fra 1963 må det samme utvivlsomt gælde, for så vidt der i forbindelse med en folkeafstemning gennemføres en afsluttende parti(leder)debat. Danmarks radios praksis har – så vidt den er oplyst over for mig – helt konsekvent været i overensstemmelse hermed i samtlige de tilælte, hvor spørgsmålet har været aktuelt siden afgørelsen af højesterets dom i 1959.

Jeg må derfor være af den opfattelse, at Danmarks radio har været ubeføjet til at afskære de partier, der ville være opstillingsberettigede ved et folketingsvalg, men som ikke er repræsenterede i det siddende folketingsvalg, fra at deltage i den afsluttende debatudsendelse, der er planlagt til den 25. februar 1986. Det bemærkes herved, at det efter min opfattelse er uden betydning i den foreliggende sammenhæng, at der aktuelt er tale om en vejledende – og ikke som i de tidligere tilfælde en bindende – folkeafstemning.«

#### FOB 1975.393

Klagen angik behandlingen af nogle stationsforstandere, hvis stillinger var blevet ændret ved strukturændringer inden for DSB. Udtalelsen var meget udførlig og fyldte 11 sider i beretningen. I konklusionen tog Ombudsmanden stilling til nogle hovedsynspunkter, som Finansministeriet havde lagt vægt på: Stillingsbetegnelsen som var bevaret uændret, ledelsesfunktionerne i den ældre og i den nye stilling og den generelle omstrukturering (områdedrift). Men hertil føjes andre synspunkter. Udtalelsen slutter herefter med følgende:

»Det fremgår af det ovenfor anførte, at spørgsmålet, om der for de stationsforstandere, der er omfattet af denne sag, eller nogle af disse, foreligger, hvad der må sidestilles med forflyttelse eller stillingsinddragelse, efter min mening bør bedømmes på grundlag af et noget bredere sæt af synspunkter end de synspunkter, der efter det oplyste har ligget til grund for finansministeriets afgørelse; det fremgår endvidere, at jeg ikke ganske kan dele ministeriets opfattelse vedrørende bæredygtigheden af de synspunkter, der er lagt til grund.«

Hvis Finansministeriet ville fastholde sin afgørelse, og klagerne ville indbringe spørgsmålet for domstolene, ville Ombudsmanden overveje en henstilling om fri proces. Herefter blev en sag indbragt for domstolene.

Højesteretsdommen i *U 1980.13*, der stadfæster landsrettens afgørelse, fastslår, at en stationsforstander ved den dav endestation for Hareskovbanen, ikke kunne kræve afgang med ventepenge, subsidiært evt vælge mellem en tilbuddt stilling som stationsforstander på Birkerød station og afsked med pension. Efter en gennemgang af den tidl stillings indhold sammenholdt med oplysninger om den tilbudte stilling lægges det til grund, at der ikke var sket nogen ændring i tjenesteforholdene, som kunne ligestilles med forflyttelse, endelige inddragelse af stillingen. Det fremgik af ansættelsesskrivelsen, at den pågå indtil videre skulle gøre tjeneste ved den nævnte endestation, som blev nedlagt som følge af, at Hareskovbanen blev ført ind til Svanemøllestationen.

Den eneste henvisning til Ombudsmanden er citat fra nogle oplysninger, som statsbanerne havde afgivet til Ombudsmanden i anledning af en klage fra Jernbaneforeningens 3. kreds.

#### FOB 1975.507

Problemet i sagen var navnlig forståelsen af ægtefællers aftale om vilkår for separation. Det hedder heri bl a: »Såfremt ægtefællernes økonomiske forhold væsentlig ændres, skal, på en af ægtefællernes begæring, forhandling

om underholdsbidragets størrelse optages. For så vidt enighed ikke opnås, henskydes den endelige afgørelse både af spørgsmålet om, hvorvidt forholde- ne væsentlig er ændret, og spørgsmålet om, hvilken virkning denne ændring skal have på underholdsbidragets størrelse, til overøvrigheden.«

Ombudsmanden henledte i sin redegørelse fra januar 1976 bl a opmærksomheden på, at formuleringen af det nævnte pkt i vilkårene kunne give anledning til tvivl med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt bidragene kunne betragtes som fastsatte eller aftalte. Men Justitsministeriet meddelte manden, at man fastholdt den tidligere afgørelse. Så meget omtale finder der i landsretten dom vedrørende Ombudsmandens behandling af sagen.

Ombudsmandens udtaelse var imidlertid meget fyldig. Efter en gennemgang af selve sagens forløb udtales det, at det nævnte vilkår muligvis kunne læses som en ikke helt dækkende henvisning til de til enhver tid gældende regler om ændring af fastsatte bidrag. Dette kommenteres derefter nærmere. Men vilkåret kunne også opfattes som en begrænsning i amtets og Justitsministeriets ændringsadgang. Der kunne da rejse spørgsmål om aftalens bortfald i tilfælde af »papirløst samliv«, der er et snævrere begreb end »økonomisk interessefællesskab«. Sagen burde tages op igen, og der kunne da blive tale om fri proces – hvilket blev resultatet, hvorefter der fulgte en domstolssag.

I Højesterets præmisser, *U 1980.147 H*, anføres som begrundelse for afgørelsen:

»Det tiltrædes, at de omhandlede separations- og skilsmissevilkår må anses for aftalt mellem ægtefællerne. Efter punkt 3 i vilkårene findes overøvrigheden herefter ved afgørelser angående underholdsbidrag til appellanten alene at være berettiget til at tage hensyn til væsentlige ændringer i ægtefællernes økonomiske forhold, og det i sagen omhandlede interessefællesskab mellem appellanten og tredjemand findes derfor kun at have kunnet tillægges betydning i det omfang og så længe, det medførte en sådan ændring i appellantens økonomiske forhold.

Medens der herefter ikke findes grundlag for at tilsidesætte afgørelsen om bidragets bortfald, findes det efter det anførte ikke at have været berettiget at træffe de senere afgørelser, hvorved genoptagelse af bidragsspørgsmålet efter ophøret af interessefællesskabet nægtedes, alene med begrundelse i, at appellanten havde haft et sådant fællesskab med den pågældende tredjemand. Disse resolutioner vil derfor være at optage til fornyet afgørelse af bidragets størrelse i overensstemmelse med det anførte.«

#### *FOB 1974.133*

Efter de før 1973 gældende regler gik togbetjente, der lod sig forbigå som togfører for at undgå forflyttelse, ved senere besættelse af ledige stillinger på hjemstedssationen forud for andre tjenestemænd. I 1973 blev som led i en rationalisering indgået aftale mellem DSB og Dansk Jernbaneforbund om bortfald af denne præferencestilling, men der blev opslået nogle stillinger

som togfører i Kbh, og disse stillinger blev forbeholdt togbetjente, som havde ladet sig forbigå.

En togbetjent i Padborg afslog navnlig u h til sine familiemæssige forhold ansættelse som togfører i Kbh og gjorde nu gældende, at den i 1973 skete ændring var uberettiget, da det drejede sig om et indgreb i en velerhvervet rettighed, medens DSB henviste til, at ordningen i 1973 var begrundet i rationaliseringshensyn og var aftalt med Jernbaneforbundet.

Ombudsmanden havde i sin udtalelse, der i beretningen fylder godt 5 sider, udførligt gennemgået de retlige problemer vedr den gennemførte ordning og slutter således:

»Alt i alt må det konkluderes, at spørgsmålet om den nærmere rækkevidde i den her omtalte henseende af bemyndelsen i § 45 er et spørgsmål, der ikke er nærmere belyst gennem bestemmelsens ordlyd, dens forarbejder, retspraksis eller retslitteratur – og dermed et spørgsmål, der indtil videre henstår som uafklaret.

Men hensyn til spørgsmålet, om den nu ophævede præferenceanciennitet for visse togbetjente kunne betragtes som en »velerhvervet ret« for de pågældende, finder jeg indledningsvis at burde pege på, at retten ikke tilkom de pågældende umiddelbart i henhold til lovgivningen, men var erhvervet i kraft af de enkelte ansattes egne handlinger (afkaldet på at blive udnævnt til togfører straks), muligvis endda mod et betragteligt økonomisk vederlag fra de pågældende side (forskellen mellem den løn, de ville have oppebåret efter udnævnelse til togførere, og den faktisk opnåede løn). Denne »subjektive« karakter af rettigheder taler for så vidt for at anse den for en »velerhvervet ret«, i hvilken der ikke uden videre kan gøres indgreb, jfr. herved Borum: Lovkonflikter, s. 16-17.«

Efter henstilling blev der givet fri proces, og sagen kom for domstolene.

*U 1977.324* gav DSB medhold og begrunder dette med, at ændringen i 1966 ikke gik ud over, hvad sagsøgeren som tjenestemand måtte være forpligtet til at tåle.

Landsretten omtaler i sin dom fra marts 1976 ikke Ombudsmandens redegørelse i sagen, men i H's dom citeres en udtalelse fra Finansministeriet indhentet af Ombudsmanden; herudover anføres intet fra redegørelsen og intet om Ombudsmandens vurdering af sagen.

#### *FOB 1961.135*

Klagen angik spørgsmålet om, hvorvidt en person, der havde ansøgt om invalidepension, og hvis ansøgning var blevet afslået, efter loven af 2.2. 1866 kunne forlange afskrift af de i sagen afgivne erklæringer. Herom udtalte Ombudsmanden:

»Selvom denne lov efter gældende praksis fortolkes ret snævert, måtte jeg alt taget i betragtning være mest tilbøjelig til at mene, at loven omfatter afslag på ansøgninger i henhold til invalidepensionsloven. Jeg bemærkede herved, at bestemmelsen i folkeforsikringslovens

§ 49, stk. 3 (nu invalidepensionslovens § 13, stk. 3), efter sin ordlyd alene vedrører ansøgerenes adgang til at blive bekendt med akterne, *inden* afgørelsen træffes, mens 1866-loven giver den ansøger, hvis ansøgning afslås, ret til at få eller tage afskrift af de i sagen afgivne erklæringer.«

Under hensyn til tvivlen om bestemmelsens rækkevidde henstillede Ombudsmanden, at der blev bevilget fri proces, hvilket skete.

*U 1963.433* kom – efter en udførlig gennemgang af Invalidepensionslovens forhistorie og formål – til det resultat, at det havde været lovens hensigt helt at opnævne retten til aktindsigt, således at det beroede på Invalideforsikringsrettens frie skøn, om der i det enkelte tilfælde kunne gives adgang hertil, og at dette også måtte gælde, efter at afgørelse er truffet.

Dommen refererer kort Ombudsmandens udtaelse.

#### *D. Domme, der ikke omtaler Ombudsmandens udtaelse*

##### *FOB 1983.52*

Sagen angik en klage over, at Ankenævnet for Arbejdsløshedsforsikringen havde fundet, at en mand, der i to på hinanden følgende sommersæsoner havde været ansat som leder af en campingplads, ikke under sin ledighed i den efterfølgende vinter stod til rådighed for arbejdsmarkedet. Han kunne derfor ikke modtage arbejdsløshedsdagpenge.

Ombudsmanden gennemgår udførligt sagens forskellige aspekter, herunder også de konkrete forhold vedrørende netop denne persons forhold, og konkluderer i følgende udtaelse:

»På det foreliggende grundlag er jeg derfor ikke i stand til at tage stilling til, om nævnets i sin vurdering har inddraget forhold, som jeg efter, hvad der er anført i det foregående, ikke mener har kunnet tillægges selvstændig betydning i den foreliggende sammenhæng. Efter min gennemgang af sagen må jeg imidlertid være af den opfattelse, at nævnets afgørelse, for så vidt den alene bygger på oplysninger om de forhold, som efter min mening kan indgå i vurderingen af rådighedsspørgsmålet, er udtryk for en bevisbydefordeling, som stiller større krav til medlemmet, end rimeligt er, herunder væsentligt videregående end, hvad der har fundet udtryk i cirkulæret af 1. juni 1983.«

Sagen blev indbragt for domstolene og afgjort ved dommen i *U 1988.239*.

I landsrettsdommens præmisser udtales følgende:

»Efter bevisførelsen lægges det til grund, at . . . i det pågældende tidsrum som mange andre langtidsledige inden for sit arbejdsområde har søgt helårsarbejde, og at han har været i stand til at påtage sig et sådant. Han har således ikke med campingforeningen haft nogen aftale, der har forhindret ham i at overtage arbejde inden for sit fag, og hans arbejdsperioder på campingpladsen har alle været af kortere varighed.

. . . findes derfor at have været til rådighed for arbejdsmarkedet hvert år, når camping-

pladsen lukkede, jfr. arbejdsløshedsloven § 62, stk. 1, nr. 5, sammenholdt med bekendtgørelse nr. 182 af 29. april 1982 § 2, jfr. § 7, stk. 1.

Efter oplysningerne om karakteren og omfanget af . . . arbejde som lejrchef og efter oplysningerne om kiosken er der ikke grundlag for at antage at . . . har drevet selvstændig erhvervsvirksomhed i det tidsrum, sagen vedrører.

Afgørelsen af, om et medlem af en arbejdsløshedskasse opfylder lovgivningens betingelser om at stå til rådighed for arbejdsmarkedet, må bero på en konkret vurdering af samtlige foreliggende oplysninger om det pågældende medlem. Dette gælder efter loven og bekendtgørelsen fra 1982 også personer, der har været beskæftiget ved sæsonarbejde. Denne vurdering fører i denne sag til det resultat, at dagpenge er udbetalt med rette, og der kan ikke tillægges en eventuel tiludsættelse af forskrifterne i Arbejdssdirektoratets cirkulære af 1. juni 1983 nogen selvstændig betydning i henseende til påstanden under denne sag.

Sagsøgers påstand tages derfor til følge.«

At sagen havde været indbragt for Ombudsmanden fremgår ikke af dommen, men i en note i U henvises til FOB 1983.52.

#### *FOB 1983.87*

Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt den skønsmæssige adgang til at godt-gøre stempelafgift, hvis det retsforhold, som et dokument vedrører, ikke kommer til eksistens, eller aftalen annulleres med eller uden erstatning, kan prøves ved domstolene. Ombudsmanden kritiserede på grundlag af den dengang gældende lovgivning, at afgiftsmyndighederne afskar denne adgang til prøvelse, hvad der efter hans mening ikke havde støtte i bestemmelsens ordlyd og forarbejderne. Men den endelige afgørelse henhørte under domstolene, hvorfor han fandt det rettest, at spørgsmålet søgtes afklaret under en retssag.

Ved en lovændring – ved lov nr 150 af 11.4. 1984, der trådte i kraft 1.5. 1984 – blev bestemmelserne herom senere ændret, således at det nu udtrykkelig fremgik, at domstolsprøvelse var udelukket over for sådanne skønsmæssige afgørelser.

Retssagen gik sin gang, men endte med et retsforlig i Østre Landsret, jfr herom Beretning 1984.252, hvorefter det i et retsprotokollat udtaltes, at retten ikke fandt grundlag for at tiludsætte Skattedepartementets afgørelse. Sagsøgeren tog herefter bekræftende til genmæle og hermed var sagen afsluttet.

#### *FOB 1981.135*

Problemet var, om politiet var erstatningsansvarlig for tyveri af nogle dele fra en knallert, der var taget i forvaring af politiet på grund af ulovligheder vedr knallerten.

Ombudsmanden mente ikke at kunne kritisere, at et erstatningskrav ikke var imødekommet, da det ikke var fastslået ved dom, og der fandtes endda byretsdomme, der i lignende tilfælde havde nægtet at give erstatning. Men af hensyn til sagens principielle karakter henstillede Ombudsmanden, at der blev givet fri proces til prøvelse af spørgsmålet.

Resultatet ved *U 1984.153* blev, at der blev tilkendt erstatning.

At Ombudsmanden havde været indblandet i sagen fremgår kun af en bemærkning i dommen, der refererer en udtalelse, afgivet af drengens værge i klagen til Ombudsmanden.

#### *FOB 1975.427*

Problemet i sagen var, om den ny ophævede bestemmelse i Normalpolitivedtægtens § 12, stk 3, hvorefter der ikke inden for en afstand af 100 m fra adgangen til en kaserne eller skole må uddeles skrifter, også omfattende uddeling af antimilitaristiske skrifter, i det foreliggende tilfælde en dupliceret 4-sidet folder i halvt A4-format med citat fra Viggo Hørup. Justitsministeriet fastholdt, at bestemmelsen også dækede dette tilfælde. Uddelerne gjorde gældende, at bestemmelsen måtte fortolkes i overensstemmelse med § 12, stk 1, der taler om skrifter, der er egnet til at forstyrre den off orden, og at det i øvrigt var i strid med Grl § 77 om ytringsfriheden.

Ombudsmanden konkluderede i følgende udtalelse:

»Efter ordlyden af vedtægtsbestemmelsen er denne anvendelig i alle tilfælde, hvor der sker uddeling af skrifter inden for en nærmere angiven afstand (100 meter) fra adgangen til en kaserne. Anvendelsen er ikke betinget af, at uddelingen i det konkrete tilfælde er ordensforstyrrende. Bestemmelsen indeholder således efter sin formulering et forbud mod en type handlinger, et forbud der må anses for begrundet med en antagelse om, at disse handlinger generelt bedømt er egnet til at virke ordensforstyrrende. Det er denne forståelse af vedtægtsbestemmelsen, som myndighederne har lagt til grund i den foreliggende sag.

Under hensyn til affattelsen af den nævnte politilovs § 2 og den praksis, der hidtil har været anerkendt med hensyn til denne lovbestemmelses rækkevidde, finder jeg ikke at have grundlag for at kritisere justitsministeriets opfattelse, hvorefter det må antages, at lovbestemmelsen afgiver fornøden hjemmel for fastsættelsen af en generel ordensbestemmelse i politivedtægten, som den ovenfor omtalte.

Jeg finder heller ikke at have grundlag for at kritisere justitsministeriets opfattelse, hvorefter der ikke i grundlovens § 77 findes afgørende støtte for en indskrænkende fortolkning af politiloven og/eller vedtægtsbestemmelsen, hvorefter dennes anvendelse forudsætter handlinger, der konkret bedømt er ordensforstyrrende.«

De tiltalte blev frifundet ved *U 1977.872*, men med 2 stemmer mod 1:

To af de voterende udtaler:

De særlige ordensmæssige og disciplinære hensyn, som gør sig gældende inden for områder hørende til skoler eller kaserner vil ikke kunne varetages gennem regler udfærdiget i henhold til den i § 2 i loven af 1871 indeholdte hjemmel til fastsættelse af de fornødne bestemmelser vedrørende iagttagelse af orden »på offentlig vej, gade eller plads«.

Der findes ikke grundlag for at antage, at uddeling af skrifter, som sker på gaden inden for den i politivedtægtsbestemmelsen angivne afstand fra adgangen til en kaserne, skulle frembyde større risiko for forstyrrelse af ordenen på stedet end uddeling af skrifter på andre offentligt tilgængelige steder, hvor der færdes mange mennesker, men hvor der ikke gælder noget generelt forbud mod uddeling af skrifter. Endvidere vil politiet, hvis uddelingen kon-

kret medfører forstyrrelser eller risiko herfor, have mulighed for at gribe ind efter andre bestemmelser i politivedtægten.

Over for hensynet til ikke unødigd at begrænse adgangen til udbredelse af meninger findes det herefter betænkligt at anse bestemmelsen i politivedtægten § 12, stk. 3, sidste punktum, for fornøden til sikring af den offentlige orden.

Da bestemmelsen efter det således anførte ikke har en så sikker hjemmel, som måtte være en forudsætning for pålæggelse af strafansvar for overtrædelse af bestemmelsen, stemmer disse voterende for at frifinde de tiltalte for anklagemyndighedens tiltale.

En af de voterende dissentierede, da uddeling af skrifter ved indgangen til kaserner eller inden for en kortere afstand herfra i visse tilfælde kunne indebære en særlig risiko for forstyrrelser af den offentlige orden.

Ombudsmandens udtalelse omtales ikke.

#### *FOB 1972.188*

En hotelejer klagede over, at kommunen havde afkrævet ham et årligt gebyr for en spilleautomat, der langt oversteg omkostningerne ved sagen. Problemet var altså, om denne afgift var omkostningsbestemt eller kunne fastsættes efter et frit skøn. Hotelejeren opfattede den høje afgift som en slags skat, der tilfaldt kommunen og blev fastsat af denne.

Ombudsmanden havde oversendt klagen til tilsynet med kommunernes styrelse til foranstaltung, da Ombudsmanden ikke kan tage stilling til klager over afgørelser truffet af kommuner, og heller ikke fandt anledning til af egen drift at tage sagen op til undersøgelse. I forbindelse hermed udtales:

»Samtidig med at jeg underrettede Handelsministeriet om oversendelse til tilsynsrådet, gav jeg over for ministeriet udtryk for, at bestemmelsen i restaurationslovens § 26 mig bekendt er den eneste lovbestemmelse, der hjemler kommunalbestyrelser en adgang til at gennemføre en direkte beskatning. Jeg pegede på, at loven ikke indeholder nogen regler, der vedrører spørgsmålet om afgifternes størrelse, og at den ikke giver hjemmel for, at sådanne regler kan fastsættes af ministeren; herved adskiller bestemmelsen sig fra andre skatteregler. Jeg henviste samtidig til, at det af den statistik vedrørende kommunernes praksis med hensyn til afgiftsfastsættelsen ... fremgår, at der er meget betydelige forskelle i kommunernes praksis ... .

På denne baggrund fandt jeg at burde forespørge Handelsministeriet, om ministeriet overvejede eller var indstillet på at tage op til overvejelse, om der i forbindelse med en eventuel ændring af restaurationsloven burde angives visse retningslinjer i loven for kommunernes afgiftsfastsættelse, eller i loven burde gives ministeren en bemyndigelse til fastsættelse af sådanne retningslinier.«

Handelsministeriet meddelte, at man var indstillet på ved en evt ændring af loven at tage spørgsmålet op til overvejelse i forbindelse med Skattedepartementet, men bestemmelsen er ikke blevet ændret.

Dansk Automatbrancheforening indbragte som mandatar for hotelejeren sagen for domstolene, og Kommunernes Landsforening indtrådte i sagen som intervenient til støtte for kommunen.

Resultatet ved såvel landsret som Højesteret blev, at der ikke var grundlag for at til sidesætte kommunens beslutning om at afkræve en afgift på 8000 kr årligt i stedet for 1000 kr, som hotelejeren mente var det højeste beløb, omkostningerne kunne udgøre, *U 1977.31 H.*

Landsretten gennemgår udførligt forarbejderne til loven, og Højesteret supplerer yderligere disse oplysninger.

Hverken i dommen eller i note til UfR nævnes noget om, at Ombudsmanden havde udtalt sig om klagens, men det var ikke direkte på Ombudsmandens foranledning, at der blev rejst domstolssag om problemet.

#### *FOB 1958.145*

Sagen drejede sig om en fraskilt ægtemandens bidragspligt over for hustruen. Det blev gjort gældende, at hun samlevede med en logerende, hvilket blev benægtet. På ægtemandens begæring nedsatte Justitsministeriet på et vist tidspunkt bidragets størrelse. Hustruen anmodede om inddrivelse af restancer, men dette blev nægtet, efter at der var tilvejebragt nye oplysninger om forholdet til den logerende. Derimod ville man godt inddrive bidrag for tiden efter 22.8. 1957, da samlivet efter det oplyste var ophört. Da det var Overpræsidiets praksis at lade bidragspligt bortfalde indtil videre, såfremt der forelå oplysninger om samliv, nægtede det at inddrive bidrag fra tiden før den nævnte dato.

Herom udtalte Ombudsmanden følgende:

»Da det ikke i det af Justitsministeriet i medfør af § 4 i lov nr. 133 af 7. maj 1937 om inddrivelse af underholdsbidrag udfærdigede cirkulære nr. 206 af 20. december 1937 i noget tilfælde sås at være overladt til myndighederne at skønne over, om de vil yde bistand til at inddrive forfaldne bidrag, forelagde jeg sagen for Justitsministeriet, der udtalte, at Overpræsidiets efter ministeriets opfattelse ikke havde haft hjemmel til at nægte at yde bistand til inddrivelse af det pågældende underholdsbidrag.

Den 24. april 1958 udtalte jeg, at jeg var enig med Justitsministeriet i, at Overpræsidiet ikke havde haft hjemmel til at nægte at yde fru A bistand til hos hendes fraskilte mand at søge inddrevet det for tiden indtil 22. august 1957 skyldige underholdsbidrag. Jeg henstillede samtidig til Overpræsidiets, at det nu søgte bidraget inddrevet.«

Under den påfølgende retssag, *U 1960.546 H* ville manden have anerkendt, at hustruen var uberettiget til at fordre bidragsrestance for tiden før Overpræsidiets afgørelse, og at Overpræsidiets var uberettiget til at medvirke til inddrivelse heraf.

H frifandt hustruen og Overpræsidiets, men der var tvivl i H. 4 dommere lagde vægt på, at der efter den dav bestemmelse i Ægteskabslovens § 71 måtte kræves, at der var sket en forbedring i hustruens økonomiske kår, og dette blev ikke anset for godt gjort, og selv om hun havde afgivet bevidst urigtige forklaringer, kunne dette ikke bevirkе, at bidragspligten ansås for bortfaldet

før dette tidspunkt. En 5. dommer sluttede sig til resultatet, men lagde vægt på, at Overpræsidiet efter det oplyste ikke kunne have ophævet bidragspligten tidligere. 4 dommere kom til det modsatte resultat og lagde særlig vægt på de urigtige forklaringer.

Ombudsmandens udtalelse omtales ikke i dommene, og dette skete heller ikke i redaktionsnote til UfR.

#### *E. Domme, som kun er kort refereret i Ombudsmandens beretning*

I en del sager er en pågældende dom i retssag ikke blevet trykt, men refereres kort i en senere beretning. Det fremgår ikke af disse referater, i hvilken udstrækning dommen har benyttet sig af eller citeret Ombudsmandens udtalelse.

#### *FOB 1983.85*

Sagen angik erstatning efter Rpl § 1018 b, jfr § 1018 a. En personbil var taget i bevaring af toldvæsenet i medfør af Toldlovens § 126, og billejeren underskrev erklæring om indforståelse hermed. Ejer blev tillige sigtet for overtrædelse af Toldlovens § 76, stk 1 og § 105 i Registreringsbekendtgørelsen, endvidere blev han sigtet for overtrædelse af Vægtafgiftslovens § 23, stk. 2. Bilen blev senere udleveret med henblik på udførsel fra Danmark, og det blev af politiet meddelt, at der ikke ville blive foretaget videre i anledning af de påsigtede forhold.

Ombudsmanden udtalte, efter at der var blevet klager over størrelsen af den tilbudte erstatning:

I den anledning skal jeg meddele, at ombudsmanden i praksis har afstået fra at behandle klager på lovgivningsområder, hvor der foreligger en særlig adgang til domstolsprøvelse, idet klagerne da er blevet henvist til at udnytte denne prøvelsesadgang. Jeg henviser til den almindelige redegørelse for bl.a. dette forhold i folketingets ombudsmands beretning for 1981, s. 10.

Under henvisning hertil finder jeg ikke at burde foretage videre i anledning af Deres klage til mig, men må henvise Dem til inden 2 måneder fra modtagelsen af denne skrivelse over for justitsministeriet at begære kravet indbragt for domstolene.«

Ved byretsdom af 11.9.1985, omtalt i *FOB 1985.224*, fik klageren tilkendt en yderligere erstatning. I dommen udtales:

»Det lægges efter erstatningssøgendes forklaring til grund, at leje af bil har fundet sted i tilfælde, hvor han har haft et ekstremt behov herfor under sit revisionsarbejde hos forskellige klienter i Jylland, Fyn og Sjælland, og hvor han ud over den personlige transport tillige skulle medbringe arbejdsmateriale m.v. Det lægges videre til grund, at erstatningssøgende ikke af toldmyndighederne var gjort bekendt med, hvor lang tid beslaglæggelsen måtte antages at strække sig.

Retten finder under disse omstændigheder at erstatningssøgende har begrænset sit tab mest muligt og kun lejet bil, hvor det har været påkrævet for at kunne udføre sit arbejde på rimelig tid, hvorfor det dokumenterede erstatningskrav på 4.908,40 kr. vedrørende 5 tilfælde af billeje findes at burde imødekommes, jfr. retsplejelovens § 1018b, jfr. § 1018a.

Retten finder tillige i medfør af samme bestemmelser, at der bør tillægges erstatningssøgende en skønsmæssigt udmålt ulempesratning på 2.000 kr. i anledning af beslaglægelsen, der strakte sig over ca. 3 måneder.«

#### *FOB 1981.39*

Spørgsmålet i denne sag var, om et arbejdstilbud som viceværtmedhjælper til en ingeniør faldt uden for, hvad der i forhold til ingeniøren kunne anses for et rimeligt tilbud om arbejde i den forstand, dette udtryk var anvendt i lovgivningen om arbejdstilbud til langtidsledige.

Ombudsmanden gennemgik udførligt loven og dens forarbejder (s 41-44) og afsluttede med følgende bemærkninger:

»På det således foreliggende grundlag må jeg efter min gennemgang af sagen være af den opfattelse, at det jobtilbud (som viceværtmedhjælper), som ingeniør (A) modtog den 9. juli 1980 af arbejdsformidlingen i Kolding, falder udenfor, hvad der i forhold til ham kunne anses for »et rimeligt tilbud om arbejde« i den forstand, hvori dette udtryk var anvendt i den dagældende bestemmelse i lovens § 97 b, stk. 1. Ved min bedømmelse har jeg også lagt vægt på forløbet af den konkrete sag om en forstkandidat, der er omtalt under pkt. 4.

Jeg finder derfor at måtte henstille til arbejdsmarkedsnævnet, at nævnet tager initiativ til, at der gives ingeniør (A) et nyt arbejdstilbud, nu efter reglerne i lov nr. 277 af 10. juni 1981 om arbejdstilbud til ledige.«

Sagen kom for domstolene og endte med VLD 5.4. 1986, jfr *FOB 1985.221*, der gav klageren medhold:

»Ifølge den dagældende § 97 b, stk. 1, i lov om arbejdsformidling og arbejdsløshedsforsikring m.v. har sagsøgeren haft krav på, at der med henblik på hans genplacering på arbejdsmarkedet blev givet ham et rimeligt tilbud om arbejde. Der findes ikke grundlag for at antage, at der blev udvist fejl eller forsommelse i bestræbelserne på at give sagsøgeren et rimeligt tilbud om arbejde. Det tilbudte arbejde som viceværtmedhjælper findes imidlertid efter det oplyste om arbejdets indhold sammenholdt med sagsøgerens uddannelse og faglige baggrund ikke at kunne anses som et rimeligt tilbud om arbejde i lovens forstand. Landsretten tager derfor sagsøgerens påstand til følge.«

#### *FOB 1981.63*

Sagen angik en anmodning til Statsskattedirektoratet om forhåndsstillingtagen til nogle lånearrangemerter til brug for Foreningen af Danske Lægestuderende under en evt konflikt i forbindelse med overenskomstforhandlinger. I skr af 23.4. 1981 meddelte Statsskattedirektoratet, at man ikke anså foreningsydelsen for fritaget for indkomstsat, men som strejke- eller lockout-godtgørelse, som efter Kildeskattelovens § 43, stk 2, a, er A-indkomst.

Ombudsmanden udtalte herom følgende:

»Det fremgår ikke af statsskattedirektoratets ovennævnte skrivelse af 23. april 1981, at statsskattedirektoratet har foretaget nogen konkret vurdering af de forslag til låneordninger, der af advokaten var forelagt statsskattedirektoratet til bedømmelse. T værtimod er det efter min opfattelse mest nærliggende at forstå direktoratets skrivelse således, at det generelt afvises, at sådanne låneordninger skulle kunne anses for reelle.«

Sagen kom for domstolene. Ved ØLD af 19.1. 1987 blev ministeriet frifundet; i præmisserne anførte retten, jfr *FOB 1986.182*:

»Efter ligningslovens § 14, stk. 7, er ydelser fra en fagforening til medlemmer indkomstskattepligtige for disse. I medfør af kildeskattelovens § 43, stk. 2, litra d, jfr. § 1, stk. 4, i bekendtgørelse nr. 145 af 28. marts 1969, er strejkegodtgørelse A-indkomst. For at ydelser fra en fagforening til medlemmer kan være fritaget for indkomstskattepligt, skal begrundelse herfor følge af andre regler. Vilkårene for forrentning, afdrag og tilbagebetaling af de i sagen omhandlede udbetalinger fra foreningen – der efter de fremlagte regnskaber har økonomisk tilknytning til Foreningen af Yngre Læger – må anses som langt lempeligere end de på det almindelige lånemarked gældende vilkår. En samlet bedømmelse af disse vilkår og af baggrunden for omstændighederne ved udbetalingerne giver ikke retten grundlag for at anse ydelserne for lån, der er fritaget for beskatning i medfør af statsskattelovens § 5 c eller af andre grunde. Herefter må ydelserne anses for indkomstskattepligtige, og landsretten tagger sagsøgte frifindelsespåstand til følge.«

#### *FOB 1981.189*

Sagen angik spørgsmålet, om en zonelovstilladelse var bortfaldet ved forældelse efter forvalningsrettens alm regler. Miljøministeriet havde meddelt, at en sådan tilladelse til opførelse af et sommerhus på Anholt var bortfaldet som uudnyttet. Ved en senere lovændring blev det udtrykkelig fastslået, at sådanne tilladelser bortfalder, hvis de ikke er udnyttet inden 3 år, efter at de er meddelt. Et af hovedproblemerne i sagen var, om der kunne skaffes vandværksvand på ejendommen og dermed opfylde et vilkår for tilladelsen.

Herom udtaler Ombudsmanden:

»I sin udtalelse af 13. maj 1981 i anledning af Deres klage til ombudsmanden har Århus amtskommune bl.a. oplyst, at dette vilkår var begrundet i, »... at amtsrådet var bekendt med de vandværksmæssige forsyningsvanskæligheder på Anholt«. Jeg må derfor gå ud fra, at amtsrådet også var bekendt med, at der kunne gå nogen tid, inden det ville være muligt for (A) at opfylde det stillede vilkår.

Efter min gennemgang af sagen må jeg endvidere lægge til grund, at (A) – dels selv, dels gennem Dem – i tiden siden meddelelsen af zonelovstilladelsen i 1976 har holdt sig orienteret om mulighederne for at få indlagt vandværksvand på ejendommen og således opfylde det stillede vilkår, og at hans henvendelse om byggetilladelse i 1979 fandt sted ca. 1 år, før han på dette grundlag kunne forvente, at tilslutningen kunne gennemføres.

Under disse omstændigheder må jeg nære afgørende betænkelighed ved på det foreliggende grundlag at tilslutte mig den opfattelse, at den i 1976 meddelte zonelovstilladelse efter forvalningsrettens almindelige regler kan anses for bortfaldet ved forældelse.«

Ombudsmanden henstillede til Miljøministeriet at undergive sagen en fornyet overvejelse på grundlag af de synspunkter, som han havde anført i sin udtalelse, men ministeriet fandt ikke grundlag for at ændre afgørelsen. Herefter henstillede Ombudsmanden, at der blev bevilget fri proces til prøvelse af spørgsmålet. Denne tilladelse blev givet, og sagen endte med ØLD af 9.11.1984, hvorved Miljøministeriet tilpligtedes at anerkende, at klageren var berettiget til at bebygge grunden med et sommerhus. I præmisserne (*FOB 1984.246*) udtales følgende:

»Det lægges til grund, at Århus amtsråd som bygningsmyndighed, jfr. skrivelsen af 13. maj 1981, var klar over, at (A) ikke havde nogen rimelig mulighed for at opfylde kravet om forsyning med vandværksvand, før den allerede i midten af 1970'erne projekterede udvidelse af vandværket var gennemført. Det lægges endvidere til grund, at sagsøgeren i tiden efter zonelovstilladelsen af 12. februar 1976 løbende holdt sig orienteret om mulighederne for at opnå forsyning med vandværksvand, og at han søgte om tilslutning til det udbyggede vandværk, så snart det var muligt. Selv om der i perioden 1976-1979 var sket betydelige ændringer i planlægningsgrundlaget, findes det under de nævnte omstændigheder ikke at kunne statueres, at tilladelsen under de foran fastlagte omstændigheder er bortfaldet.«

#### *FOB 1975.440*

Sagen angik tilbagebetaling af boligsikring for en kvinde, som havde optaget en logerende. Der var sket visse ændringer i forholdet mellem kvinden og den logerende, men Ombudsmanden udtalte, at undladelse af at meddele en relevant oplysning kun kunne medføre tilbagebetalingspligt, hvis der er et forholdsvis klart grundlag for at bebreje boligsikringsmodtageren, at oplysningen ikke var givet. Ved byretsdom blev kvinden frifundet for tilbagebetalingen, dommen blev anket af kommunen, men forligt ved landsretten, idet kommunen anerkendte, at der ikke skulle tilbagebetales.

### **III. Sagsomkostninger**

Det kan have en vis interesse at iagttage, hvorledes domstolene har forholdt sig med spørgsmålet om sagsomkostninger i de sager, som efter udtalelse fra Ombudsmanden indbringes for domstolene.

Det er helt klart, at hovedreglen i disse sager er den, at ingen af parterne skal betale sagsomkostninger til hinanden. Dette gælder således i sagerne U 1989.148, 1984.153, 1983.871 H, 1983.361 1983.117, 1980.13, 1980.147, 1978.914 H, 1977.132, 1965.269 H, 1963.433, 1960.546. Den off myndighed er pålagt sagsomkostninger i U 1958.1159 og U 1963.330, og omvendt er den private pålagt sagsomkostninger i U 1977.31 (sagen om afgift for spilleautomater).

Rpl § 312 indeholder den hovedregel, at den tabende part skal betale sags-

omkostninger til modparten, men gør undtagelse, hvis særlige omstændigheder er skellig grund til afvigelse, dvs efter praksis navnlig at ingen af parterne betaler sagsomkostninger til den anden part. Derimod er det ret sjældent, at der gøres sådan undtagelse, blot fordi sagen har været meget tvivlsom. Men i to typetilfælde gælder det derimod, at der ikke betales omkostninger, nemlig dels hvor den vindende part har begået fejl eller forsømmelse, dels hvor den *vindende* part er en off myndighed, jfr *Grathe* i J 1965 443-451. Dette sidste begrundes med, at kampen mellem en privat og en off myndighed kan være noget ulige. Men de fremdragne eksempler viser, at hovedreglen i disse sager altså er, at der ikke pålægges sagsomkostninger, og det uanset at den offentlige myndighed i de fleste sager har været den *tabende* part. Det må så formentlig skyldes, at sagerne hører hjemme i den førstnævnte gruppe, altså hvor den vindende part har gjort sig skyldig i fejl eller forsømmelse, hvilket jo også harmonerer med Ombudsmandslovens § 5, hvorefter Ombudsmanden kun påtaler fejl eller forsømmelser. Trods alt har man fornemmelsen af, at ombudsmanden i disse sager har grebet ind, fordi der har været spørgsmål om tvivl vedrørende afgørelsens rigtighed eller rimelighed, hvilket også er kommet til udtryk i Ombudsmandens udtalelser. Dette tyder på, at det snarere er sagens tvivlsomme karakter, der har motiveret denne løsning på sagsomkostnings-spørgsmålet, end den omstændighed, at der forelå en fejl eller forsømmelse. At nogle af sagerne kan rubriceres under den sidstnævnte gruppe er der dog ingen tvivl om.

Der er måske grundlag for – hvor ikke særlige forhold foreligger – altid at anvende undtagelsesreglen, når Ombudsmanden har udtalt kritik af den administrative adfærd, idet selve denne omstændighed meget vel kan rummes inden for bestemmelsen herom i Rpl § 312.

#### **IV. Sammenfatning af domstolenes stilling til Ombudsmandens udtalelse**

Som det fremgår af de omtalte sager, hvor Ombudsmanden har taget stilling til en klage, og hvor sagen derefter er kommet til afgørelse ved domstolene, har domstolene i de allerfleste tilfælde fulgt den opfattelse, som er gjort gældende af Ombudsmanden, og man genfinder i præmisserne begrundelser, som svarer til, hvad Ombudsmanden har gjort gældende.

Men henvisningen til Ombudsmandens udtalelse i sagen er behandlet på meget forskellig måde.

I ikke så få tilfælde finder man en sådan identitet mellem Ombudsmandens udtalelser og præmisserne til domme, at man må drage den slutning, at dommerne i det væsentlige har sluttet sig til Ombudsmandens betragtninger, jfr således FOB 1980.686, 1975.207, 1956.161.

I andre tilfælde findes der i dommene en fyldig redegørelse for Ombuds-

mandens udtalelser, men uden at de indgår i selve begründelsen for domsresultatet, jfr således FOB 1986.99, 1980.345, 1975.202, 1962.330, 1961.166.

Så er der tilfælde, hvor i dommen kun findes en kort omtale af Ombudsmandens udtalelse, jfr således U 1985.124 H (landsretsdømmen) 1975.393, 1975.507, 1974.133, 1961.135.

Men endelig findes der adskillige domme, som intet indeholder om Ombudsmandens udtalelse, jfr således FOB 1983.52, 1983.87, 1981.135, 1975.427, 1972.188, 1958.145.

Når man sammenholder Ombudsmandens udtalelser med de domme, som er afsagt i tilslutning til sådanne udtalelser, kan man ofte få indtrykket af, at den »forsømmelse«, som foreligger fra administrationens side, ligger i, at der virkelig har været tvivl om den rigtige forståelse af lovgivning eller gældende ret i øvrigt. Når der har været forskellige resultater ved de forskellige instanser, når nogle af afgørelserne er blevet afgjort med større eller mindre dissenser, og når præmisserne giver indtryk af, at dommerne har været i tvivl om den rigtige afgørelse, er det nok så undskyldeligt, at administrationen har fulgt en anden opfattelse end den, som blev det endelige resultat ved domstolene. Man stiller kravene højt til administrationen, når dens retlige vurderinger skal stå mål med et flertal i Højesteret. Udtrykket »forsømmelse« tages altså i denne relation i vid betydning. En straffesag eller en disciplinær sag kunne i disse tilfælde vanskeligt komme på tale.

Alligevel kan man acceptere denne vide forståelse af begrebet »forsømmelse«, idet der hermed er skabt en velfungerende metode til at få afklaret tvivlsomme retsspørgsmål, som ellers ville have endt med den opfattelse, som administrationen nu engang fandt var den rette, men som ikke kunne holde ved en domstolsprøvelse.

Det er imidlertid helt klart – ligegyldigt hvordan dommen eller den redaktionelle behandling i UfR er formuleret – at Ombudsmanden har haft betydning for afgørelserne i hvert fald i den forstand, at de undersøgelser, som Ombudsmanden har foretaget, går igen i de afsagte domme.

Det må også tillægges, at i hvert fald nogle af de pådømte sager næppe var kommet for domstolene, medmindre Ombudsmanden havde foretaget sin undersøgelse af sagen og fremkommet med en udtalelse, som har været et solidt grundlag for indbringelse af problemet for domstolene.

Men selv om Ombudsmanden således må antages at have haft væsentlig indflydelse på afgørelsen ved domstolene, er det ikke muligt på det foreliggende grundlag at fastslå, at Ombudsmandens udtalelse har virket som retskilde. I de egentlige præmisser er udtalelsen ikke blevet fremhævet som noget, der var af betydning. I hvert fald er det kun blevet strejfet i forbindelse med andre betragtninger.

Det er muligt, at man står over for samme udvikling, som er iagttaget vedrørende præmissernes behandling af lovmotiver og udtalelser i retslitteratu-

ren. Fra et stadium, hvor disse retskilder overhovedet ikke er blevet nævnt, gennem et mellemstadium, hvor de blev strejfet i dommen eller blot overladt til redaktionelle noter eller dommerkommentarer, er man efterhånden gået over til mere eller mindre udførligt at citere disse kilder. Det er derfor meget muligt, at Ombudsmandens vurdering under rettens overvejelser har været indgående diskuteret og har påvirket dommerne ved deres stillingtagen. Men det kan altså – indtil videre – ikke konstateres ved en gennemgang af de afsagte domme.

Foreløbigt kan man derfor kun fastslå, at Ombudsmandens udtalelser har haft en særdeles væsentlig betydning for, at tvivlsomme sager overhovedet er kommet for domstolene, og retfærdigheden dermed sket fyldest. Ombudsmanden har derfor i hvert fald virket som en stærk *formidler af retskilder* eller – hvis man foretrækker et fremmedord for denne virksomhed – som en *katalysator*, jfr diskussionen herom vedr retslitteraturens betydning ovenfor i § 6 I.A. Der er blot den forskel, at retslitteraturen nu efterhånden er blevet trukket ind i selve domsbegrundelserne i en række tilfælde, medens dette ikke med sikkerhed har kunnet opvises endnu vedr Ombudsmandens udtalelser. Retten havde muligvis selv fundet frem til de samme retskilder, selv om der ikke havde foreligget en ombudsmandsudtalelse. Men det kan man ikke vide. Man kunne i det mindste i præmisserne indskyde en bemærkning, som den der i en kommentar til U 1990 B.892 H anføres af *Wendler Pedersen* i U 1991 B.151: »Som anført af Ombudsmanden, jfr. FOB 1978, s. 626-27 . . . må det være udelukket . . .«

Afslutningsvis kan der være grund til at fremhæve det ønskelige i, at domspræmisserne også i relation til Ombudsmandens udtalelser udtaler sig klarere om deres betydning, således at de interesserede ikke er henvist til nærmere studier ved at sammenholde domme med Ombudsmandens beretninger for at finde ud af, hvilken betydning Ombudsmandens udtalelser har haft for fastlæggelsen af gældende ret.

## § 9

# Folkeret som retskilde

*Af professor, dr jur Claus Gulmann*

### **I. Indledning**

Der går i det følgende ud fra som en given ting, at folkeret er retskilde i dansk ret, dvs at argumenter byggende på folkeretlige regler kan have en *bestemmede indflydelse* på det resultat, danske domstole når ved afgørelse af retstvister.

Der vil næppe være nogen, der vil bestride, at folkeret er retskilde i dansk ret, når retskildedefinitionen er så bred som her forudsat. Det er formentlig ubestridt, at en dansk retsregel i det omfang, det er muligt, vil blive *fortolket* i overensstemmelse med Danmarks folkeretlige forpligtelser, dvs at den pågældende folkeretlige regel vil være bestemmende for afgørelser af den retstvist, som direkte afgøres på grundlag af den fortolkede danske regel.

Dette udgangspunkt er i sig selv vigtigt. Dansk ret er lige så lidt som andre retssystemer lukket over for folkeretten. Danske jurister må principielt altid overveje, om der er folkeretlige regler af betydning for fastlæggelsen af indholdet af gældende dansk ret.

Men udgangspunktet er kun et udgangspunkt. Konstateringen af, at folkeret er retskilde i dansk ret, løser ikke det spørgsmål, der i praksis er vigtigt, nemlig spørgsmålet om den vægt, der skal tillægges folkeretlige retskilder i det danske retskildehierarki.

Folkerettens betydning i dansk ret kan ikke undersøges og forstås uafhængig af dansk rets almindelige principper for, hvorledes folkeretten gøres til en bestanddel af det danske retssystem. Det er selvsagt af væsentlig betydning, at grundlovens § 19 forudsætter, at folkeretlige regler, der tilsiger at have retsvirkninger i dansk ret, skal inkorporeres ved hjælp af danske regler, jf herom nedenfor i afsnit II.

Der findes ikke noget klart grundlag for at fastlægge folkerettens retskildeværdi i dansk ret. Retstilstanden har udviklet sig i et sammespil mellem retsvidenkabelige udtalelser og retspraksis.

Almindeligvis har der nok tidligere været en tendens til at anse folkerettens retskildeværdi som relativt begrænset, mens der i de senere år både i retsvidenkablen og retspraksis kan spores en tendens til at tillægge folkeretten reel vægt i det danske retskildehierarki, se om retsvidenskabens behandling nedenfor i afsnit IV.

Hovedformålet med den foreliggende undersøgelse er på grundlag af retspraksis at vurdere, hvorledes danske domstole anvender folkeretlige retskilder. Retspraksis af relevans for spørgsmålet er – i hvert fald indtil de allerseneste år – meget begrænset. Der er formentlig flere grunde hertil.

Hovedparten af det store antal traktater, der er indgået efter anden verdenskrig, regulerer ikke de områder, hvor der i større antal opstår retstvister, der fører til retssager.

En anden og vigtig grund er den, at alt tyder på, at Folketinget og de danske administrative myndigheder rent faktisk opfylder vore folkeretlige forpligtelser korrekt i langt de fleste tilfælde.

En tredje grund kan være, at de procederende advokater ikke i tilstrækkelig omfang anvender argumenter byggende på folkeretlige retskilder. Dette kan skyldes ukendskab til de hyppigt vanskeligt tilgængelige folkeretlige retskilder, og det kan skyldes, at advokaterne måske fortsat har den opfattelse, at domstolene er avisende overfor argumenter på grundlag af disse kilder.

Undersøgelsen omfatter ikke domstolenes anvendelse af EF-retlige retskilder. Dette skyldes, at der på EF-rettens område gør sig det særlige forhold gældende, at EF-retten stiller selvstændige krav for så vidt angår EF-reglerne behandling i de nationale systemer. Disse krav fremgår dels af selve EF-traktaterne og dels af EF-Domstolens praksis. Der kan om disse krav henvises til den EF-retlige litteratur, se f.eks *Gulmann og Hagel Sørensen*: EF-ret og *EF-Karnov* 1990-udgaven. Det er det almindelige indtryk, at danske domstole respekterer EF-rettens krav til den retskildemæssige behandling af EF-reglerne i dansk ret. I øvrigt er der tilsyneladende enighed om, at de nedenfor angivne regler for folkeretlige retskilders stilling i dansk ret i hvert fald også gælder for EF-retlige retskilder.

## II. Folkeretlige reglers inkorporering i dansk ret

Efter fast forfatningsretlig praksis her i landet, byggende på kravet i grundlovens § 19 om folketingsamtykke til indgåelse af »nogen forpligtelse, til hvis opfyldelse Folketingets medvirken er nødvendig«, opfyldes traktater ved omskrivning til national ret eller ved inkorporering gennem henvisning i de nationale regler til de folkeretlige regler. Det samme gælder i principippet sædvaneretlige regler.

Denne retstilstand er som nævnt af stor betydning for folkeretlige reglers retskildeværdi i dansk ret. På det praktiske plan tilsiger retstilstanden, at de retsundergivne i første række skal gå til retskilder med oprindelse inden for det danske retssystem for at få fastslættet deres rettigheder og pligter. Det danske retssystem har ikke som andre retssystemer åbnet sig på den måde, at rati-

ficerede traktater og folkeretlige sædvaneregler uden videre og automatisk bliver anset som en bestanddel af gældende intern ret.

Man kan sige, at det er Folketinget, der har fået den primære forpligtelse til at sørge for, at landets folkeretlige forpligtelser bliver respekteret.

Dette udelukker ikke, at der kan påhvile de retsanvendende myndigheder, herunder også domstolene, vidtgående muligheder og formentlig vidtgående pligter til at sørge for, at landets folkeretlige forpligtelser bliver respekteret i den praktiske retsanvendelse.

### **III. De folkeretlige regler**

Der opstår selvsagt først retskildemæssige problemer, hvis det lykkes at identificere en folkeretlig regel, som efter sit indhold vil kunne have betydning for afgørelsen af en dansk retstvist.

Der kan være folkeretlige regler, der udelukkende henvender sig til staterne og ikke tilsiger at have retsvirkninger i intern ret. Disse har ikke retskildemæssig betydning for afgørelsen af danske sager. Der kan også være folkeretlige regler, der indholdsmaessigt er så præcise, skønsmæssige og/eller betingede, at de ikke er egnede til at være grundlag for afgørelsen af en retstvist.

Vigtigt er det også, at folkeretlige regler som alle andre retsregler kan give anledning til fortolkningstivil, dvs at de folkeretlige reglers præcise indhold skal fastlægges, forinden de kan lægges til grund for afgørelsen af en retstvist. Det er de danske domstole, der i disse tilfælde skal fastlægge den folkeretlige regels betydning. De folkeretlige regler skal også i disse tilfælde fortolkes i overensstemmelse med de almindelige principper for fortolkningen af folkeretlige regler, jf herved Wienertraktatretskonventionen art 31 ff. Dette følger allerede af det forhold, at en sådan fortolkning er en forudsætning for, at Danmark respekterer sine folkeretlige forpligtelser. Det forekommer på forhånd nærliggende at antage, at folkeretlige regler, der er vanskeligt fortolkelige, vil have mindre retskildemæssig værdi i dansk ret end klare folkeretlige regler.

Den forfatningsretlige behandling af folkeretlige regler i andre lande viser, at der sommetider gives folkeretlige regler en forskellig status i intern ret, alt efter om det drejer sig om traktatretlige regler eller sædvaneretlige regler. Det har også i dansk litteratur været gjort gældende, at der er grund til i visse henseender at lægge vægt på denne sondring.

#### **IV. Behandlingen af retskildespørgsmålet i den retsvidenskabelige teori**

Spørgsmålet om opfyldelsen af landets folkeretlige forpligtelser gennem inkorporering ved generelle regler i det danske retssystem har været grundigt behandlet navnlig i *Ole Espersens* disputats om indgåelse og opfyldelse af traktater og i betænkning 1973 nr 682 om kundgørelse og opfyldelse af traktater.

Indtil for få år siden var spørgsmålet om den retskildemæssige værdi af den ikke-inkorporerede folkeret forholdsvis lidt behandlet. I de senere år har dette spørgsmål derimod været viet ganske stor opmærksomhed, ikke mindst i forbindelse med betydningen af den ikke-inkorporerede europæiske menneskerettighedskonvention. Det er dog også således, at en virkelig dybtgående behandling endnu ikke er blevet spørgsmålet til del. Det har endvidere nok været karakteristisk, at det først og fremmest er de folkeretlige og statsretlige forfattere, der har behandlet spørgsmålet, og at det ikke har været behandlet af forvaltningsretsforfatterne, eller i øvrigt generelt i forbindelse med den danske retskildelære.

Om forholdet mellem dansk ret og folkeretten kan foruden til *Espersen*: Indgåelse og Opfyldelse af Traktater, og betænkning 1973 nr 682 om kundgørelse og opfyldelse af traktater, henvises til *Ross*: Dansk Statsforfatningsret (3. udgave ved Espersen, 1980), *Max Sørensen*: Statsforfatningsret (2. udgave ved Peter Germer, 1973), *Zahle*: Dansk Forfatningsret (1989, kap 38), *Ross m fl.*: Lærebog i Folkeret (6. udgave 1984, § 6), *Gulmann, Bernhard og Lehmann*: Folkeret (1989) kap 3, *Germer*: Indledning til Folkeretten, *Ruth Nielsen*: Retskilderne (1989), *Rehof og Trier*: Menneskeret (1990), *Eilschou Holm*: Den europæiske Menneskerettighedskonventions praktiske betydning i Danmark, Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1981. 118, *Eilschou Holm*: The Danish Ombudsman and the European Convention on Human Rights, Scandinavian Studies in Law 1986, *Niels Madsen*: Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret, Festschrift til Højesteret UfR 1986. 33, *Gulmann* i Nordisk Tidsskrift for International Ret 1983. 43, *Harhoff*: Skønheden og Udyret, Retsvidenskabeligt Instituts Årsskrift 1986, *Stenderup Jensen*: Folkeretten som retskilde i dansk ret U 1990.1 samt Justitsministeriets redegørelse for nogle forfatningsretlige spørgsmål, Nordisk Tidsskrift for International Ret 1971. 65.

Adskillige af de senere års bidrag er gået ind for, at folkeretlige retskilder tillægges betydelig vægt i dansk ret. Der gøres op med den hidtidige behandling af emnet, idet det understreges, at der i dansk ret er gode muligheder for at tillægge de internationale regler retsvirkninger i dansk ret, og idet det fremhæves, at det er nødvendigt at inddrage adskillige og forskelligartede hensyn ved spørgsmålets afgørelse. Der kan i denne forbindelse ikke mindst henvises til *Henrik Zahles* behandling i »Dansk Forfatningsret«, til *Rehof og Triers* behandling i »Menneskeret« og til *Stenderup Jensens* behandling i U 1990.1. Der er næppe nogen tvivl om, at *Niels Madsens* behandling i Festschrift til Højesteret har været en inspiration for disse forfattere.

Det lidt mere traditionelle synspunkt er i *Gulmann, Bernhard og Leh-*

*manns »Folkeret« (s 91) søgt sammenfattet således: »En folkeretlig regel, der ikke er »gennemført« ved dansk retsakt, kan ikke anvendes, når den er i strid med en udtrykkelig dansk retsregel, og den kan ikke erstatte en manglende hjemmel i gældende dansk ret i tilfælde, hvor en sådan hjemmel kræves som grundlag for danske myndigheders virksomhed.« Der fortsættes imidlertid med en fremhævelse af*

*»folkerettens regler kan have andre retsvirkninger eller sagt med andre ord, at dansk ret giver de retsanvendende myndigheder og domstole en række midler til at sikre, at Danmark opfylder sine folkeretlige forpligtelser. Der er i hvert fald tre vigtige.*

For det første er det almindeligt accepteret, at danske retsregler altid så vidt muligt skal fortolkes på en måde, der bringer dem i overensstemmelse med landets folkeretlige forpligtelser (*en folkeretskonform fortolkning*). Noget sådant forudsætter, at der er fortolkningstvivl, dvs at det er muligt ved hjælp af dansk rets almindelige fortolkningsprincipper at fortolke bestemmelserne på flere måder, hvoraf den ene fører til et resultat, der er i overensstemmelse med den folkeretlige regel. (Dette er naturligvis udelukket, hvis det eks gennem en lovs forarbejder klart kan underbygges, at lovgiver ville udelukke den fortolkning, der gør loven folkeretsmæssig). Denne regel kaldes sædvanligvis *fortolkningsreglen*.

For det andet er det også normalt accepteret, at det skal formodes, at lovgiver eller andre regeludstedere ikke har villet handle i strid med landets folkeretlige forpligtelser. De retsanvendende myndigheder og domstolene *skal* formentlig i disse tilfælde anvende de nationale regler på en måde, der undgår folkeretsstridige handlinger. Denne situation adskiller sig fra den netop nævnte derved, at det her drejer sig om tilfælde, hvor det ikke er muligt ved hjælp af dansk rets almindeligt accepterede fortolkningsprincipper at fortolke den danske regel i den ønskede retning. Man må gå imod dens naturlige fortolkning for at bringe den i overensstemmelse med folkeretten. .... Denne regel kaldes sædvanligvis *formodningsreglen*. Dens anvendelsesområde må nødvendigvis være uprecist. Det er klart, at den primært finder anvendelse i situationer, hvor der er behov for mindre korrektioner i den danske regels anvendelsesområde, og hvor en respekt af folkerettens regler ikke betyder en egentlig udhuling af den af Folketinget tilsigtede anvendelse af reglen.

For det tredje synes der at være overvejende enighed om, at *folkeretlige regler binder myndighederne, når de udøver det frie skøn*, som er blevet dem givet i de generelle regler, de skal administrere. En sådan regel, der af Henrik Zahle er foreslået kaldt *instruktionsreglen*, er næppe klart fastslået i domspraksis, men dels har regeringen i en række betydningsfulde sammenhænge givet udtryk for den, dels er den accepteret af en vigtig del af teorien, og endelig synes reale grunde at tale for den.«

## V. Retspraksis

### A. Systematik

Det er ovenfor nævnt, at der kun findes relativt få retsafgørelser, der kan danne grundlag for et forsøg på at uttale sig om folkeretlige reglers retskildeværdi i dansk ret.

Det er vanskeligt at finde en hensigtsmæssig systematik for behandlingen af de her undersøgte domme.

Det ville være nærliggende at forsøge en systematik, der umiddelbart kunne bruges til at vurdere, om retspraksis svarer til den ovenfor gengivne mere traditionelle opfattelse af folkerettens retskildeværdi i dansk ret, dvs

- om der gælder forrang for danske retsregler, hvis der foreligger modstrid mellem sådanne og folkeretlige regler,
- om folkeretlige retskilder aldrig kan udgøre et selvstændigt retsgrundlag, når princippet om lovmæssig forvaltning kræver en hjemmel for myndighedernes handlinger,
- om fortolknings- og formodningsreglen anvendes, når det er nødvendigt for at hindre, at landets myndigheder handler i strid med landets folkeretlige forpligtelser, og
- om myndighedernes frie skøn begrænses af landets folkeretlige forpligtelser.

En anden mulighed ville være at tage udgangspunktet i en systematik, der bygger på EF-domstolens praksis vedrørende den direkte virkning af direktiver. Direktiver er efter EØF-traktatens art 189 retsakter, der er rettet til medlemsstaterne, og som skal gennemføres af disse i national ret ved udstedelse af nationale regler. Udgangspunktet for så vidt angår direktiver svarer således til dansk rets udgangspunkt for så vidt angår folkeretlige regler, dvs at de skal inkorporeres i national ret.

EF-domstolen har imidlertid fastslået, at direktiver, der ikke rettidigt er gennemført eller ikke er gennemført korrekt, under visse betingelser direkte skal anvendes af nationale dommere. Der gælder en generel pligt for nationale dommere til at fortolke national ret i overensstemmelse med EF-direktiverne, dog således at dette ikke må føre til, at der opstår et strafansvar. Og borgerne kan, i det omfang et direktiv er tilstrækkeligt præcist og ubetinget, påberåbe sig direktivets bestemmelser direkte i sager overfor myndighederne i medlemsstaterne, dvs at borgerne kan opnå rettigheder direkte på grundlag af direktiver. Derimod kan myndighederne ikke direkte overfor borgerne påberåbe sig et direktivs bestemmelser. Borgerne kan heller ikke overfor andre borgere direkte støtte ret på et direktiv, dvs at borgerne aldrig kan blive pålagt pligter direkte på grundlag af sådanne direktiver. Denne retspraksis har til formål at fremme den effektive anvendelse af EF's direktiver, i det omfang det er muligt inden for de grænser, der følger af nødvendigheden af at respektere borgernes retssikkerhed.

Retspraksis er imidlertid vanskelig at systematisere på grundlag af disse systematiseringsmodeller. Der er derfor valgt en anden systematisering, der næppe kan begrundes ud fra strengt logiske grunde. De undersøgte domme opdeles i 4 grupper:

- først omtales nogle domme, hvor folkerettens relevans direkte eller indirekte er forudsat i danske retsregler,

- dernæst gennemgås domme, hvor spørgsmålet har været, om domstolene kunne påkende søgsmål mod personer, der påberåbte sig søgsmålsimmunitet i henhold til folkerettens regler,
- herefter behandles domme, der vedrører folkerettens betydning i sager om privatretlige spørgsmål, og
- endeligt undersøges sager, hvor borgerne navnlig på grundlag af Den europæiske Menneskerettighedskonvention har gjort gældende, at myndighederne ikke kunne foretage nærmere bestemte strafprocessuelle eller andre indgreb overfor dem.

Enkelte domme er vanskelige at placere i denne systematik. Det gælder navnlig den vigtige dom i HT-sagen (U 1986.898 H), der på den ene side vedrørte Den europæiske Menneskerettighedskonvention og på den anden side blev påberåbt i en privatretlig sag mellem Hovedstadsrådet og en række afskedige chauffører. Denne dom omtales under pkt F.

*B. Domme, hvor folkeretten er af betydning på grund af en direkte eller indirekte henvisning i danske retsregler eller på grund af dens præjudicielle betydning for danske reglers anvendelse*

Sådanne domme er for så vidt af begrænset relevans for det spørgsmål, der er hovedspørgsmålet i dette kapitel. De folkeretlige reglers betydning for sagernes afgørelse er her en konsekvens af den vilje, der i danske regler er vist med henblik på at »inkorporere« de folkeretlige regler. Der er selvsagt intet usædvanligt eller overraskende i, at danske regler gennem henvisninger i videre eller snævrere omfang kan gøre folkeretlige regler til direkte retskilder i dansk ret. Et eksempel på denne type sager er dommen i U 1983.1127 Ø, hvor spørgsmålet var, om nogle danske statsborgere, der var beskæftigede på de amerikanske militærbaser på Grønland, skulle betale grønlandsk indkomstskat, og hvor hovedproblemet var, om de pågældende danske statsborgere var omfattet af en bestemmelse i den grønlandske lov om indkomstskat, hvorefter »personer, virksomheder mv, som er omfattet af art. 7 i overenskomsten i henhold til Den Nordatlantiske Traktat mellem Kongeriget Danmark og Amerikas Forenede Stater om forsvaret af Grønland« er undtaget fra grønlandsk skattelepligt. Denne sag kunne kun afgøres på grundlag af en fortolkning af de relevante folkeretlige regler.

På samme måde er det naturligt at forstå dommen i U 1964.624 H, jf Trolles kommentar i U 1964 B.276. Dommen vedrørte et spørgsmål, om en person, der havde såvel dansk som czekoslovakisk statsborgerskab, kunne gøre krav på andel i den globalerstatning, som den czechiske stat i overensstemmelse med en aftale med Danmark havde ydet til kompensation for de tab, der var lidt ved czechiske nationaliseringer. Fordelingen af globalerstatningen

blev foretaget af et fordelingsnævn, der var nedsat i medfør af en lov fra 1958. Efter lovens § 4 skulle fordelingsnævnet prøve de indkomne krav bl a »med vejledning i aftalen og forudsætningerne for denne«. Højesteret afviste den pågældende persons krav, idet den udalte: »Efter det foreliggende har den af den czechoslovakiske stat ydede globalerstatning skullet tjene til dækning af de krav, som danske statsborgere efter folkerettens regler måtte have i anledning af de skete nationaliseringer. Når henses til, hvad der er oplyst om overenskomstens forudsætninger og de stedfundne forhandlinger forud for denne, samt til fru Schmeichler-Paghs statsborgerskab i Czechoslovakiet og hendes tilknytning henholdsvis til denne stat og til Danmark, findes hun ikke på sit danske statsborgerskab at have kunnet støtte noget krav på artikel 3 i overenskomsten af 23. december 1958, jfr § 4 i loven af 7. juni 1958.« Henvisningen i Højesterets præmisser til lovens § 4 viser formentlig, at Højesteret må have lagt til grund, at det ved den danske gennemførelse af reglerne om fordelingen af globalerstatning var forudsat, at denne skulle fordeles i overensstemmelse med forudsætningerne i aftalen mellem Czechoslovakiet og Danmark og folkerettens almindelige regler.

Folkeretlige regler kan præjudicielt være af betydning for afgørelsen af danske retssager, jf *Ross m fl*: Folkeret, 6. udgave, 81. Et eksempel herpå er de domme, der blev afsagt efter anden verdenskrig vedrørende vindikation af løsøre, som under trussel om beslaglæggelse var udlagt til tyskerne under krigsen, og som ved besættelsens ophør blev overtaget af englænderne og derefter overdraget til den danske stat, se U 1947.772 V og U 1948.837 H. Det blev fastslået, at de engelske myndigheder og dermed også den danske stat ikke kunne opnå større ret end den, tyskerne efter det såkaldte landkrigsreglement havde til at beslaglægge de pågældende løsøregenstande, dvs at landkrigsreglementet fik en *præjudiciel* betydning for afgørelsen af vindikationsspørgsmålet.

En i denne sammenhæng speciel sag er sagen mellem grosserer H G Hansen og Generaldirektoratet for Statsbanerne, se U 1953.595 Ø. H G Hansen gjorde gældende, at Generaldirektoratet's krav mod ham om betaling af transport af et parti træ fra Sverige var forældet i overensstemmelse med statsbanelovens forældelsesregler, mens Generaldirektoratet henviste til, at det pågældende betalingskrav, der vedrørte international transport, skulle bedømmes efter de forældelsesfrister, der var fastsat i den internationale overenskomst om godsbefordring, som Danmark havde ratificeret, og som var kundgjort i Lovtidende C. Ratifikationen og kundgørelsen var sket i medfør af en bestemmelse i en dansk lov, hvorefter regeringen var bemyndiget til at tiltræde overenskomster med fremmede stater om befordring af gods og til at bekendtgøre sådanne overenskomster i Lovtidende. Østre Landsret gav Generaldirektoratet medhold, idet den udalte: »Efter det således foreliggende må det antages, at den i nærværende sag omhandlede overenskomst om godsbefordring, der er ratificeret og bekendtgjort i Lovtidende, i medfør af den ved fornævnte bestemmelse i loven af 22. januar 1935 givne bemyndigelse er bindende overfor borgerne her i landet, uanset om dens bestemmelse afviger fra de regler, der ifølge den danske statsbanelov er gældende for befordring over statsbanernes egne strækninger«. Dommen er for så vidt enestående i dansk ret, fordi den umiddelbart under henvisning til en folkeretlig regel pålægger borgerne pligter, som ikke ville være gældende, hvis dansk ret alene skulle være lagt til grund. Dommen kan kun forstås, når henses til, at Østre Landsret lagde til grund, at overenskomsten var inkorporeret i dansk ret gennem kundgørelsen i Lovtidende C, idet det på grundlag

af 1935-lovens forarbejder var klart, at bemyndigelsen såvel var en bemyndigelse til at ratificere traktaten som en bemyndigelse til at inkorporere overenskomsten i dansk ret. Det kritisable i dommen er i første række, at der ikke blev taget hensyn til det faktum, at offentlig-gørelsen alene var sket i Lovtidende C og ikke i Lovtidende A, dvs i en del af Lovtidende, hvor der ikke normalt optages retsforskrifter, der er bindende for borgerne.

### C. Søgsmålsimmunitetssagerne

Der findes i folkeretten grundlæggende krav om, at staterne skal give fremmede stater og statsorganer immunitet. Reglerne har traditionelt været sædvaneretlige, men er i de senere år i et vist omfang kodificerede ved traktater, som Danmark har ratificeret og inkorporeret i dansk lovgivning. Der findes flere sager, hvor danske domstole uden videre har accepteret at tage stilling til afvisningspåstande fremsat under henvisning til sagsøgtes immunitet. I disse sager har domstolene i alle tilfælde undersøgt spørgsmålet direkte på grundlag af folkerettens regler og har i intet tilfælde beskæftiget sig med spørgsmålet om, på hvilket grundlag de folkeretlige immunitetsregler kunne påberåbes for den danske domstol. Det klassiske eksempel er dommen i U 1942.1002 Ø, Schierbeck-sagen, hvor arrest blev nægtet foretaget i et skib under henvisning til, at skibet tilhørte det russiske statsrederi og derfor ejedes af en fremmed stat. Dette skete, selv om retsplejelovens almindelige regler om arrest var opfyldt.

I U 1963.617 om udlevering til moderen af to børn tog Københavns Byrets Fogedafdeling ex officio stilling til, om tvangsfuldbrydelsen kunne finde sted uden hensyn til den eksteritorialitetsret, der tilkom rekvisitus.

Tilsvarende afgørelser er truffet i U 1982.1128 HKK, hvor den tjekkoslovakiske ambassade havde påstået søgsmålsimmunitet overfor et krav om betaling for bygningsarbejder på ambassaden, og i U 1989.873 ØLK, hvor en fransk diplomat havde påstået diplomatisk immunitet for søgsmål vedrørende betaling af boligleje. I begge sager blev immunitet afvist, idet de relevante folkeretlige regler, der blev direkte anvendt, ikke gav en sådan immunitet.

Det ligger således fast, at folkerettens immunitetsregler indgår i danske domstoles beslutningsgrundlag, også uden at der kan findes en hjemmel hertil i en af Folketinget vedtagen lov. Der er dem, der mener, at denne retstilstand kan anses som udslag af formodningsreglen, se således *Ross m fl*: Lærebog i Folkeret. 76, og der er dem, der mener, at retstilstanden er et eksempel på, at den folkeretlige sædvaneret må anses som generelt inkorporeret i dansk ret, se således *Eilchou Holm*: NTIR1981.127 og formentlig samtykkende *Niels Madsen* i Festschrift til Højesteret.36.

For så vidt angår immunitetsreglerne er retstilstanden klar, og det er af mindre betydning at fastslå, hvad der er dens retlige grundlag. Det er i øvrigt

tvivlsomt, om man generelt vil kunne fastslå, at den folkeretlige sædvaneret er en del af gældende dansk ret gennem en generel inkorporering.

#### *D. Domme i sager vedrørende privatretlige krav*

I U 1975.30 H tog Østre Landsret og Højesteret stilling til, om Danmarks Radio vederlagsfrit kunne gøre brug af billederne i en ophavsretsbeskyttet billedbog. Det blev under sagen gjort gældende, at det ville stride mod Berner-konventionen, hvis ophavsmanden ikke kunne få vederlag. Både Østre Landsret og Højesteret kom til det resultat, at der skulle ydes vederlag. Det synes at fremgå af præmisserne, at dette resultat også ville være nået på grundlag af en almindelig fortolkning af ophavsretssloven uden hensyntagen til argumenterne byggende på Berner-konventionen. I *Trolles* kommentar til dommen i U 1975 B.112 anføres det, at der vil være »en naturlig tilbøjelighed til at forstå en lov som opfyldende vore folkeretligt påtagne forpligtelser frem for at forstå den som værende i strid med dem«.

I U 1984.750 H var spørgsmålet, om der i medfør af retsplejelovens § 223 kunne kræves sikkerhedsstillelse for sagsomkostninger også af en dansk statsborger, der var bosat i udlandet. Højesteret besvarede spørgsmålet bekræftende uden i præmisserne at anvende de argumenter for dette resultatet, der kunne støttes på de i sagen påberåbte bestemmelser i den relevante Haager-konvention.

I tre sager har domstolene måttet tage stilling til spørgsmål om konventioners betydning for afgørelsen af tvister vedrørende erstatningskrav som følge af skader under international transport. Der er på dette område, som naturligt er, en viktig international regulering, der skal gennemføres i national ret, og hvor gennemførelsen i enkelte tilfælde har givet problemer.

I U 1979.332 var et af spørgsmålene, med hvilken procent et erstatningsbeløb på beskadiget gods skulle forrentes. Højesteret fastslog, at forrentningen skulle være 5%, således som det var fastsat i § 35 i en lov fra 1965 om fragtaftaler ved international vejtransport, og ikke efter de generelle renteregler i gældsbrevsloven, der var fastsat senere end 1965-lovens regler. Højesteret henviste herved til, at bestemmelsen i § 35 »er udformet i overensstemmelse med en international konvention«. Konventionen blev således brugt som et argument ved afgørelsen af den foreliggende konflikt mellem de to loves bestemmelser, der begge var anvendelige efter deres ordlyd.

I U 1987.481 tog Højesteret stilling til et erstatningsretligt spørgsmål, der var opstået ved tyveri i Holland af et parti alkohol, der skulle være transporteret til Danmark. Efter hollandsk afgiftslovgivning betød tyveriet, at der skulle betales hollandsk spiritusafgift, hvilket ikke ville have været tilfældet, hvis varen var blevet eksporteret ud af landet. Spørgsmålet afhængte af en ganske vanskelig fortolkning af de særlige regler i den netop omtalte 1965-lov om fragtaftaler ved international godsbefordring (CMR-loven), som var vedtaget til gennemførelse af CMR-konventionens art 23, og som Højesteret fandt måtte fortolkes

i overensstemmelse med fortolkningen af art 23. Højesteret, der fandt, at de betalte afgifter måtte anses for omfattet af udtrykket »andre omkostninger ved befordringen«, tog bl a herved hensyn til den fortolkning, dette begreb var blevet givet i en dom afsagt af det engelske overhus.

I U 1973.263 Ø var spørgsmålet, om de erstatningsretlige konsekvenser af en skade under international lastbiltransport skulle afgøres efter ansvarsreglerne i færdselslovens § 65 eller efter de særlige regler i CMR-konventionen. Der var ingen tvil om, at CMR-konventionens regler tilsigtede at regulere et sagsforhold som det foreliggende, og at CMR-konventionens regler ville føre til et andet resultat end færdselslovens § 65.

Det fremgik af CMR-lovens forarbejder, at man var opmærksom på, at CMR-konventionen forudsatte, at færdselslovens almindelige regler blev ændret. Der var da også i det oprindelige lovforslag vedrørende CMR-konventionens inkorporation medtaget de fornødne bestemmelser herom. Disse bestemmelser blev ikke medtaget i Justitsministeriets endelige forslag, idet ministeriet nævnte, at det lovteknisk ville være rigtigere at løse dette spørgsmål ved en ændring af færdselsloven. En sådan ændring var imidlertid ikke blevet vedtaget, selv om færdselsloven flere gange senere var ændret. Der var således på dette område en erkendt og klar konflikt mellem dansk ret og CMR-konventionen. Østre Landsret udtalte: »Det findes ikke af CMR-lovens tilblivelseshistorie med tilstrækkelig klarhed at fremgå, at det ved denne lovs gennemførelse har været tilsigtet, at bestemmelserne i færdselslovens § 65 ved CMR-lovens ikrafttræden skulle opføre med at finde anvendelse på fragtførerens ansvar ved godsbefordring, der omfattes af sidstnævnte lov. Da en sådan begrænsning af anvendelsesområdet for færdselslovens § 65 heller ikke kan udledes af indholdet af denne bestemmelse sammenholdt med CMR-lovens indhold, eller på andet grundlag kan statueres, vil sagsøgerens påstand være at tage til følge«.

#### *E. Betydningen af Den europæiske Menneskerettighedskonventions og andre retssikkerhedsmæssigt begrundede begrænsninger i myndighedernes strafprocessuelle kompetence*

Der er som bekendt efter anden verdenskrig udfoldet betydelige bestræbelser på det internationale plan for at gennemføre en fælles minimumsbeskyttelse af det, man har kaldt menneskerettighederne eller de grundlæggende rettigheder. Den vigtigste konvention for dansk ret er Den europæiske Menneskerettighedskonvention fra 1950. Denne konvention er endnu ikke gennemført ved inkorporering i dansk ret. Det er hidtil fundet tilstrækkeligt, at lovgiver sikrer, at dansk lovgivning respekterer konventionens bestemmelser.

I de senere år er det blevet mere almindeligt, at personer, der er blevet ramt af myndighedsindgreb, har gjort gældende, at disse er stridende mod bestemmelser i Menneskerettighedskonventionen eller mod andre konventioner, der skal sikre borgernes rettigheder i forhold til myndighederne.

Domstolene har i en række tilfælde i sådanne situationer begrænset sig til en kortfattet konstatering af, at det pågældende indgreb ikke er i strid med de bestemmelser i Menneskerettighedskonventionen mv, som de pågældende personer har påberåbt sig.

Dette gælder således i dommen i U 1985.1080 H, hvor Højesteret udtalte: »Da betingelserne i retsplejelovens § 877, stk 2, nr 3, for under domsforhandlingen at dokumentere den af vidnet ..... afgivne forklaring er opfyldt, hvorved bemærkes, at Menneskerettighedskonventionens art 6, stk 3, litra d, ikke ses at være tilsidesat, bestemmes: Den af anklagemyndigheden fremsatte begæring om dokumentation af vidnets ..... forklaring i Københavns Byret den 28. januar 1985 tillades.«

I dommen i U 1987.200 V godkendte Vestre Landsret, at der her i landet kunne rejses sag med påstand om frakendelse af førerretten i tilfælde, hvor den pågældende var blevet dømt for spirituskørsel i Norge. Den norske dom havde ikke frakendt førerretten, da førerretsfrakendelse i Norge sker administrativt. Landsretten konstaterede, at den europæiske konvention om overførelse af retsforfølgning i straffesager ikke indeholdt begrænsninger i adgangen til at at ræFFE en afgørelse om frakendelse af førerretten.

I en kendelse, refereret i U 1987.440 HKK, accepterede Højesteret en beskikkelse af forsvarere, der var sket mod tiltaltes ønske. Højesteret henviste til den af landsrettens præsident meddelte begrundelse, hvori det bla udtaltes, at: »Da kærendes valg af forsvarer imidlertid blev forkastet ved landsrettens kendelse af 19. december 1987, der blev stadfæstet af den særlige klageret den 23. januar 1987, og da kærende hverken i tiden før eller efter klagerettens kendelse har peget på andre advokater, der var villige til at påtage sig hvervet, kan art 6, stk 1, litra c, i Den europæiske Menneskerettighedskonvention ikke anses for overtrådt ved, at der til sagens førelse er blevet beskikket advokater, som er antaget til udførelse af offentlige beneficierede sager, og som er villige til at påtage sig forsvarerhvervet.«

I U 1989.402 ØLK var det gjort gældende, at en asylsøgers anbringelse i fængsel stred mod art 5, stk 1, litra f, i Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Både byret og Østre Landsret fastslog, at en sådan frihedsberøvelse under de konkrete omstændigheder »ligger inden for de rammer, som er fastlagt ved art 5, stk 1, litra f, i Den europæiske Menneskerettighedskonvention.«

Prämisserne i disse domme indeholder ikke principielle udtalelser om betydningen af Den europæiske Menneskerettighedskonvention. For en umiddelbar betragtning må dommene forstås således, at der er taget stilling i realiteten til spørgsmålet, om de danske regler er i strid med Menneskerettighedskonventionens regler. Dette har i alle tilfældene kunnet afvises. Man vil kunne hævde, at en sådan realitetsprøvelse kun giver mening, hvis de pågældende domstole ville have fundet de omtvistede afgørelser ugyldige, hvis de stred mod Menneskerettighedskonventionen. Dommene indeholder dog ikke udtalelser, der viser, at den her anførte slutning nødvendigvis er rigtig.

Der findes i hvert fald tre domme, hvor det forekommer klart, at argumenter byggende på Menneskerettighedskonventionen havde betydning for domstolenes fastlæggelse af indholdet af dansk ret.

I den første af disse sager, U 1988.404 V og U 1989.928 H, var spørgsmålet, om afgørelser vedrørende ændring af anbringelsesstedet for et tvangsfjernet barn henhørte under de særlige regler i bistandslovens afsnit VIII. Dette spørgsmål havde i praksis givet anledning til nogen tvivl. Højesteret fastslog: »Bestemmelserne i bistandslovens afsnit VIII må i overensstemmelse med de afgørelser, som Den europæiske Menneskerettighedsdomstol har truffet vedrørende tilsvarende spørgsmål, forstås således, at afsnittet omfatter spørgsmål

om ændring af anbringelsessted også for børn, der tvangsmæssigt er anbragt uden for hjemmet«.

I U 1990.13 HKK var spørgsmålet, om en dommer, der havde fængslet tre brødre bl a under henvisning til bestemmelsen i retsplejelovens § 762, stk 2 (særligt bestyrket mistanke), var inhabil. Dette spørgsmål var bl a vanskeligt, fordi Folketinget kort tid forinden havde ændret retsplejelovens inhabilitetsregler i lyset af Den europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i den såkaldte Hauschmidt-sag, således at retsplejelovens § 60, stk 2, bestemte, at ingen må deltage som dommer under domsforhandlingen i en straffesag, såfremt han tidligere i sagen har truffet beslutning om varetægtsfængsling *alene* efter § 762, stk 2. De pågældende fængslingskendelser var som nævnt ikke sket alene på grundlag af § 762, stk 2.

Det blev både af Vestre Landsret og af Højesteret lagt til grund, at det sandsynligvis ville være i strid med Den europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, hvis man fandt, at den pågældende dommer efter dansk ret var habil.

De tre dommere i Vestre Landsret begrundede deres afgørelse på forskellig måde.

Den første dommer udtalte:

»Hauschmidt-dommen fører derfor til det resultat, at dommer Stamp i medfør af konventionens art 6, stk 1, bør erklæres inhabil i den foreliggende sag. Dette resultat er i strid med bestemmelsen i retsplejelovens § 60, stk 2, hvorefter inhabilitet i anledning af en fængsling efter § 762, stk 2, kun skal indtræde, hvis dommeren har truffet beslutning om varetægtsfængsling alene efter § 762, stk 2. Om denne konflikt mellem Menneskerettighedskonventionen og den danske lovgivning skal følgende bemærkes ..... Oprmærksomheden om bestemmelsens udformning druknede i øvrigt i det væsentlige i diskussioner om den samtidig indførte og stærkt kritiserede nye fængslingsbestemmelse i retsplejelovens § 762, stk 2, nr 2. Resultatet er blevet, at retsplejelovens § 60, stk 2, har fået en udformning, der gør den meningsløs set i forhold til det mål, at den danske lovgivning skal opfylde konventionens krav om en retfærdig rettergang. På denne baggrund findes de konsekvenser for dommer Stamps habilitet, som følger af Menneskerettighedskonventionens art 6, stk 1, som bestemmelsen er blevet fortolket i Hauschmidt-sagen, at måtte slå igennem overfor den udformning, bestemmelsen i retsplejelovens § 60, stk 2 har fået«.

Den anden dommer var enig i dette resultat, men begrundede sin opfattelse således: »Formålet med retsplejelovens § 60, stk 2, .... må antages at have været at bringe retsplejelovens regler om inhabilitet i overensstemmelse med Menneskerettighedskonventionens art 6, stk 1. I overensstemmelse med Menneskerettighedsdomstolens dom i Hauschmidt-sagen må art 6, stk 1, forstås således, at en dommer, der inden domsforhandlingen har fastslået, at der er

særlig bestyrket mistanke om, at den sigtede og senere tiltalte er skyldig, ikke kan medvirke som dommer under domsforhandlingen. Retsplejelovens § 60, stk 2, må forstås i overensstemmelse hermed ...«.

Den tredje dommer fastslog, at retsplejelovens § 60, stk 2, måtte antages at tilsigte en udømmende regulering af det omhandlede særlige inhabilitets-spørgsmål, og at det ikke kunne antages, at medtagelsen af ordet »alene« be-roede på en fejl. Han fortsatte: »Bestemmelserne i Den europæiske Menneskerettighedskonvention, der ikke som sådanne er gjort til en bestanddel af dansk ret, kan og skal tillægges betydning i tilfælde, hvor danske lovregler rummer flere fortolkningsmuligheder eller hjemler skønsmæssige beføjelser, men kan ikke medføre tilsidesættelser af en utvetydig dansk lovregel«. Denne dommer fandt derfor ikke dommer Stamp inhabil.

Højesteret udtalte: »Efter forarbejderne til bestemmelsen (i § 60, stk 2) var Folketinget opmærksom på, at Den europæiske Menneskerettighedskommission i sin afgørelse 9. oktober 1986 i Hauschildt-sagen enstemmigt havde givet udtryk for, at den gældende danske ordning rejste alvorlige spørgsmål med hensyn til fortolkningen og brugen af art 6 i konventionen. Der er herefter ikke grundlag for at fastslå, at retsplejelovens § 60, stk 2, tilsigter en udømmende regulering af spørgsmålet om en dommers inhabilitet som følge af, at han under sagens forberedelse har taget stilling til begæring om vare-tægtsfængsling efter retsplejelovens § 762, stk 2. Lovens §§ 60, stk 2, og 62, stk 1, må fortolkes i overensstemmelse med de principper, der er lagt til grund i Menneskerettighedsdomstolens dom«. Herefter anså Højesteret dommer Stamp for inhabil efter den generelle inhabilitetsregel i retsplejelovens § 62, stk 1.

Der findes ikke andre domme, hvor spørgsmålet om forholdet mellem folkeret og national ret har givet anledning til så omfattende udtalelser i præmisserne. Begge instanser viste klart deres velje til at undgå, at man i retsanvendelsen krænker landets forpligtelser i henhold til Menneskerettighedskonventionen. Det særlige problem i sagen skyldtes, at Folketinget – vistnok erkendt af alle – havde været mindre heldig i sin udfормning af retsplejelovens § 60, stk 2. Højesteret faldt tilbage på det standpunkt, at § 60, stk 2, ikke tilsigtede en udømmende regulering af det særlige inhabilitetsspørgsmål, der var Hauschildt-dommens genstand. Den tredje dommer i landsretten havde haft det modsatte standpunkt og havde ikke fundet det muligt at give Menneskerettighedskonventionen forrang i tilfælde, hvor der var en klar konflikt mellem en nyligt vedtagen lovregel og en dom fra Menneskerettighedsdomstolen. Højesterets dom kan måske forstås således, at man er enig i denne dommers opfattelse af forholdet mellem de to retskilder. Man er derimod ikke enig i, at § 60, stk 2, er udømmende. Det er dog også vigtigt at konstatere, at Højesteret er gået næsten lige så langt som de to andre landsdommere i deres vilje til at undgå overtrædelse af landets folkeretlige forpligtelser.

I en utrykt, men ofte omtalt, dom fra Københavns Byret blev den hidtidige forståelse af retsplejelovens § 1018, hvorefter den dømte i straffesager skulle betale udgifter til tolk, ændret. Dommeren fandt, at udgifterne til tolk skulle bæres af de offentlige og henviste herved til Menneskerettighedskonventionens art 6, stk 3, litra e, hvori det udtrykkelig er fastslået, at tiltalte er berettiget til at få vederlagsfri bistand af en tolk, hvis han ikke forstår eller taler det sprog, der anvendes i retten.

Højesteret tog i U 1972.600 HKK stilling til lovligheden af en beslaglæggelse af regnskabsmateriale til brug for en straffesag i Tyskland mod en dansker bosat i Italien. Vestre Landsret havde fundet, at der ikke var hjemmel til beslaglæggelse. Den havde henvist til, at retsplejelovens § 745, der indeholder den almindelige hjemmel til beslaglæggelse af bl.a bevismidler, alene vedrører straffesager, der behandles i Danmark, og at der ikke findes særlig hjemmel til beslaglæggelse som led i en straffesag, der behandles i et andet land. Højesteret udtalte: »Den af anklagemyndigheden begærede beslaglæggelse til opfyldelse af en amodning, der er fremsat i henhold til den mellem den danske og tyske regering afsluttede overenskomst om retshjælp i straffesager, jf bekendtgørelsen nr 276 af 4. november 1931, findes omfattet af retsplejelovens § 745, stk 1, eller denne bestemmelses analogi, og bestemmelsens betingelser findes at være opfyldt. Det bemærkes herved, at der efter bestemmelsen ville kunne anordnes beslaglæggelse af bevismidler i en tilsvarende straffesag her i landet.«

Højesteret fandt det ikke afgørende, at de beslaglagte bevismidler skulle bruges under en retssag i en anden stat. De grundlæggende betingelser for beslaglæggelse var opfyldt, og der har tilsyneladende ikke været reelle grunde til ikke direkte eller i hvert fald analogt at anvende § 745 i den foreliggende situation. Højesteret henviser ganske vist til retshjælpskonventionen, men ikke som noget umiddelbart og klart led i argumentationen for at beslaglæggelse kan finde sted.

Det er i teorien, der stiller sig kritisk overfor afgørelsen, nævnt, at det muligvis har spillet en rolle, at det var Justitsministeriets opfattelse under forhandlingerne om den danske tilslutning til den europæiske retshjælpskonvention, at retsanmodninger om beslaglæggelse af bevismidler ville kunne imødekommes i medfør af en analogi af retsplejelovens regler om beslaglæggelse, og at Justitsministeriet derfor ikke fandt anledning til at søge retsplejeloven ændret, se herved *Niels Madsen* i Festschrift til Højesteret.<sup>39</sup>, Zahle: Dansk Forfatningsret bind 2.107, og *Stenderup Jensen* i U 1990 B 6.

I dommen, refereret i U 1990.71 H, blev en journalist dømt for dokumentfalsk i forbindelse med fremvisning for paspolitiet af forfalsket dåbsattest til bestyrkelse af, at han var iransk flygtning. Derimod blev et kassettebånd ikke konfiskeret. Højesteret begrunder konfiskationsafgørelsen med, at betingelserne efter straffelovens § 75 for konfiskation ikke var opfyldt. *Hermann* nævner i sin kommentar i U 1990 B 249, at Højesteret derfor ikke havde

anledning til at gå ind i spørgsmålet, om konfiskationen, som påstået af journalisten, var i strid med art 10 i Den europæiske Menneskerettighedskonventionen.

Den såkaldte grønjakke-sag, se U 1989.399 H, bør også nævnes i denne sammenhæng. Spørgsmålet var, om to journalister kunne dømmes efter straffelovens § 266b for medvirken til offentlig fremsættelse af raceforhårende udtalelser. Sagen var principiel og vigtig. § 266b var bl a indsat i straffeloven til opfyldelse af Danmarks forpligtelser efter FN's racediskriminationskonvention. Der var under sagen enighed om, at § 266b skulle fortolkes snævert af hensyn til ytringsfriheden, hvilket bl a fremgik af forarbejderne til § 266b. Sagen blev i høj grad procederet på hensynet til ytringsfriheden, der som bekendt også finder materiel beskyttelse i Den europæiske Menneskerettighedskonventionen. De to journalister blev dømt. Højesterets flertal fandt, at hensynet til ytringsfriheden ikke i den konkrete sag kunne opveje hensynet til beskyttelsen mod racediskrimination. Hermann nævner i sin kommentar i U 1990 B 25, at spørgsmålet om forholdet til Menneskerettighedskonventionen, herunder dennes art 10 om ytringsfrihed, ikke blev bragt frem under sagen. Han uddyber for så vidt ikke dette forhold udeover at redegøre for den såkaldte Barfoed-sag, der blev afgjort af Den europæiske Menneskerettighedsdomstol i 1989, og som vedrørte art 10's betydning for afgørelsen af en dom afsagt af den grønlandske landsret om en bøde for injurer. Hermann har formentlig herved villet angive, at Højesteret var opmærksom på Menneskerettighedskonventionens art. 10 og dens potentielle betydning for afgørelsen af grønjakke-sagen, men at man ikke har fundet anledning til at bringe bestemmelsen ind i sagen, fordi den ikke ville føre til andet resultat.

Den ovenfor nævnte Jydebrødre-sag er ikke den eneste, hvor vores domstole har måttet kæmpe med de problemer, som Menneskerettighedsdomstolens dom i Hauschildt-sagen har skabt for det danske retssystem i forbindelse med spørgsmålet om dommerabilitet. Det blev i U 1990.181 H af en tiltalt gjort gældende, at byretsdommeren, der havde dømt ham, havde været inhabil, fordi dommeren tidligere havde pådømt forhold, hvor der var rejst tiltale mod andre end den pågældende, og nu skulle pådømme disse forhold i relation til ham. Højesteret gjorde i sine præmisser en del ud af dette spørgsmål. Den udtalte:

»Det har hidtil her i landet været anset for mest betryggende, at en straffesag – også ved dommerembeder, hvor der er mere end én dommer til rådighed – under hele dens forløb ved retten såvidt muligt behandles af en og samme dommer, som derved bedst muligt opnår det sikre kendskab til sagen, som er nødvendigt for at træffe en rigtig afgørelse. Denne fremgangsmåde, der også er i høj grad tids- og arbejdsbesparende, er navnlig anset hensigtsmæssig i sager, der omfatter et stort antal forbrydelser og/eller flere tiltalte. I tilfælde, hvor det i medfør af retsplejelovens § 706, jf § 705, stk 1, bestemmes, at sådanne sager for at undgå forhaling eller vanskelighed, ikke skal forenes, men behandles hver for sig, vil det – som i den foreliggende sag – kunne forekomme, at omstændigheder, som under de først pådømte sager er lagt til grund som bevist, på ny vil blive gjort til genstand for bevisførelse under en senere sag. Det forhold, at dette i den senere sag sker under medvirken af en eller flere af de dommere, som har deltaget i pådømmelsen af den første sag, er ikke blevet anset som en omstændighed, der kunne være egnet til at vække tvivl om den pågældende dommers fuldstændige upartiskhed, jf retsplejelovens § 62«. Højesteret fortsætter således: »I lyset af Den europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24. maj 1989 i Hauschildt-sagen må det stille sig tvivlsomt, om denne praksis er i overensstemmelse med art 6 i Den europæi-

ske Menneskerettighedskonventionen. Under hensyn til de meget vidtrækkende konsekvenser for domstolsorganisationen her i landet, som en sådan fortolkning vil medføre, navligr for så vidt angår enedommerembeder, finder Højesteret imidlertid, at det bør overlades til lovgivningsmagten at tage stilling til dette spørgsmål. Det bemærkes herved, at der ikke ses at foreligge nogen afgørelse fra Menneskerettighedskommissionen eller -domstolen, som tager stilling til habilitetsspørgsmålet i en sag som den foreiggende, og at den tvivl, som er rejst, i hvert fald ikke kan medføre en ophævelse af dommene under de foreiggende omstændigheder, hvor der i landsretten har fundet en fuldstændig ny domsforhandling sted, jf retsplejelovens § 965a, under medvirken af dommere, mod hvis upartiskhed der ikke er rejst indvendinger.«

Dommen er et godt eksempel på, hvor vanskelige spørgsmål danske domstole kan blive stillet overfor, når de bliver medinddraget i bestræbelserne på at sikre, at Danmarks folkeretlige forpligtelser bliver respekteret. De citerede præmisser viser tydeligt Højesterets dilemma. Højesteret falder tilbage på det allmindelige udgangspunkt i dansk ret, nemlig at det primære ansvar for at sikre respekten af folkeretten ligger hos Folketinget, og fremhæver, at dette er forsvarligt i den foreiggende sag, idet for det første indholdet af den folkeretlige forpligtelse er usikkert, for det andet at eventuelle inhabilitetsproblemer til en vis grad er redresseret ved landsrettens behandling, og for det tredje at domstolene ikke er de rigtige til at løse de praktiske problemer, en generel konstatering af inhabilitet i sådanne situationer vil indebære.

Som en lidt vanskelig klassificerbar afgørelse kan nævnes en Østre Landsrets kendelse refereret i U 1986.420. Anklagemyndigheden havde anmodet Københavns Byret om at afsige kendelse om, at Danmark skulle overtage fuldbyrdelsen af en tysk straffedom over en dansk statsborger. Overførslen af strafffuldbyrdelsen var aftalt mellem det danske justitsministerium og justitsministeriet i Schleswig-Holstein. Aftalen med de tyske myndigheder blev indgået med hjemmel i § 8, stk 2, i 1970-loven om fuldbyrdelsen af europæiske straffedomme. § 8, stk 2, gav Justitsministeriet hjemmel til at bestemme, at udenlandske straffedomme skal fuldbyrdes her i landet. Justitsministeriet henviste til, at det fulgte af den europæiske konvention om straffedommes internationale retsvirkninger, at fuldbyrdelse her i landet ikke kan ske, medmindre der foreligger en dansk domstolsafgørelse herom.

Selv om forsvareren for den, hvis dom skulle fuldbyrdes her i landet, havde tilsluttet sig anklagemyndighedens påstand, fastslog Landsretten ligesom byretten, at der ikke i § 8, stk 2, i 1970-loven fandtes hjemmel for domstolene til at tage stilling til spørgsmålet om overtagelse af strafffuldbyrdelsen.

Dommen er tilsyneladende et forholdsvis håndfast eksempel på, at domstolene ikke i en sag, hvor det strafprocessuelle indgreb principielt er indgribende, er villige til at anvende danske lovbestemmelser i strid med deres klare ordlyd alene for at sikre, at landet respekterer sine folkeretlige forpligtelser. Dommen er særegen, fordi den reelle konflikt ikke vedrørte beskyttelsen af den direkte involveredes retssikkerhed, men alene var et spørgsmål om, hvem der skulle træffe den relevante afgørelse, Justitsministeriet eller domstolene.

*F. HT-dommen (U 1986.898 H)*

Nogle chauffører ansat i HT ønskede ikke at være medlem af nogle nærmere bestemte fagforeninger. Dette førte til omfattende arbejdsnedlæggelser og i sidste ende til, at HT fandt det fornødent at afskedige de pågældende chauffører. Disse gjorde gældende, at afskedigelserne var ugyldige, bla fordi de stred mod Den europæiske Menneskerettighedskonventions art 11. Landsretten tog ikke udtrykkelig stilling til betydningen af denne bestemmelse. Den fastslog blot generelt, at situationen på tidspunktet for afskedigelserne ikke var sådan, at den kunne begrunde afskedigelserne. Afskedigelserne var derfor uberettigede. Højesteret udtalte udtrykkelig: »Den påberåbte bestemmelse i Menneskerettighedskonventionens art 11 kan ikke anvendes direkte, men bedømmelsen af afskedigelserne må ske efter lov nr 285 af 9. juni 1982 om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold, der blev vedtaget for at opfylde Danmarks forpligtelse efter konventionens art 11. Afskedigelserne strider mod denne lovs § 2, stk 1, og mod den forvaltningsretlige ligehedsgrundsætning, der har været bragt i anvendelse tidligere, jfr Højesterets dom af 13. juni 1978 (U 1978.626).«

Det var naturligt, at Højesteret valgte at afgøre sagen på grundlag af 1982-loven. Loven var netop vedtaget på baggrund af en meget omtalt dom fra Menneskerettighedsdomstolen vedrørende foreningsfrihed og fagforeningsforhold – den såkaldte British Rail-dom. Anvendelsen af loven indebar, at afskedigelserne ikke blev fundet ugyldige med den konsekvens, at de pågældende fortsat skulle anses for ansatte. Afskedigelserne blev kun anset for uberettigede med den følge, at de pågældende kunne få godtgørelse i overensstemmelse med lovens regler.

Det kunne måske være tvivlsomt, om denne »sanktion« i fuldt omfang opfyldte Menneskerettighedskonventionens krav. Men dette var netop tvivlsomt, hvorfor det ikke med sikkerhed kan påstås, at HT-dommen ikke opfyldte Danmarks folkeretlige forpligtelser.

Højesteretsdommer Riis har i en kommentar til dommen i U 1987 B 50 udtalt:

»Den europæiske Menneskerettighedskonvention er en traktat, som den danske regering efter folkerettens regler er forpligtet til at overholde og opfylde. Den er imidlertid ikke ved en generel lov transformeret til at udgøre en bestanddel af den her i landet gældende nationale ret. Konventionens betydning ved fastlæggelsen af den her i landet gældende nationale ret er herefter, jfr Ross: Lærebog i Folkeret § 6, Niels Eilschou Holm I NTfR 1981, s 118-142 samt John Bernhard og Tyge Lehmann: Den europæiske Menneskerettighedskonvention s 24-26, som udgangspunkt alene, at den nationale ret, hvis den er tvetydig, skal fortolkes på den måde, der bedst bringer den i overensstemmelse med folkeretten, og at domstolene i det hele må være berettigede til at antage, at det ikke kan have været regeringens og Folketingets hensigt at fastsætte regler, der ville stride imod Danmarks internationale forpligtelser og dermed påføre staten et folkeretligt ansvar.

Højesteret fandt ikke, at Den europæiske Menneskerettighedskonvention kunne anvendes direkte i denne sag. Det er vist yderst tvivlsomt, om en konvention, der endda er ældre end grundloven fra 1953, kan tillægges betydning ved fastlæggelsen af indholdet af forfatningen. Hertil kom, at lov nr 285 af 9. juni 1982 om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold blev vedtaget for at opfylde Danmarks forpligtelser efter konventionens art 11. Denne lov fandtes ikke at efterlade en tvivl, som Menneskerettighedskonventionen kunne bidrage til afklaring af.«

Riis synes herved at sige to ting. For det første at Højesteret ikke mente at kunne fortolke den danske grundlovs bestemmelser i lyset af Menneskerettighedskonventionen. Dette kunne have været af betydning, fordi sagsøgernes primære anbringender var, at afskedigelserne var ugyldige, fordi de stred mod en række bestemmelser i den danske grundlov. Dette standpunkt forekommer ikke fuldt ud overbevisende. Herudover fastslår Riis, at Højesteret lagde vægt på, at Folketinget havde udtaalt sig om konsekvenserne af British Rail-dommen. Denne hensyntagen til Folketingets vilje forekommer overbevisende.

Der kan være grund til at nævne Højesteretspræsident *Peter Christensens* artikel om Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, der er offentliggjort i Festskrift til Curt Olsson (Helsingfors 1989), hvor han nævner, at »Højesteretsdommer Erik Riis har (i en kommentar til dommen) oplyst, at dommen er udtryk for den tidligere omtalte traditionelle opfattelse, hvorefter konventionen – da den ikke ved en generel lov er transformeret til at udgøre en bestanddel af dansk ret – alene har betydning som fortolkningsbidrag«.

I samme artikel har *Peter Chrsensen* skrevet:

»Hvis meningen hermed (dvs en eventuel inkorporering af Menneskerettighedskonventionen) er, at danske domstole skal kunne fastslå, om der er harmoni mellem konventionsbestemmelser og den af Folketinget vedtagne lovgivning, må det dog nok være en forudsætning, at der udtrykkelig gives konventionsbestemmelserne forrang, således som det er tilfældet i visse af de lande, der har inkorporeret konventionen ...

Når det drejer sig om domstolenes virksomhed i øvrigt – herunder prøvelsen af administrative afgørelser i medfør af grundlovens §§ 63 og 71 – forekommer det for så vidt ganske selvfølgeligt, at relevante afgørelser truffet af Menneskerettighedsdomstolen eller - kommissionen kan og bør indgå i grundlaget for danske domstoles stillingtagen til, om konventionen er overholdt. Inkorporering er i og for sig næppe nødvendig for at nå dette resultat.«

## VI. Vurdering

Domspraksis giver ikke noget klart og entydigt billede. Dette vil for så vidt også være overraskende, når henses til det ringe antal sager, der er afsagt inden for de sidste 50 år, og når henses til den store spredning i problemstillingerne.

Der er næppe noget i den gengivne retspraksis, der på afgørende vis taler imod at lægge til grund, at den traditionelle opfattelse af forholdet mellem folkeret og national ret giver et dækkende billede af retstilstanden. Dette resultat må dog tages med visse forbehold.

For det første er der ikke i retspraksis domme, der på afgørende vis tager stilling til påstanden om, at folkeretten ikke kan erstatte en hjemmel i en dansk retskilde, når princippet om lovmæssig forvaltning kræver dette. Dette skyldes, at der ikke har foreligget retssager, der klart gav mulighed for at afgøre dette spørgsmål. Når dette er sagt, må det dog også fastslås, at udtalelsen i HT-dommen om, at Menneskerettighedskonventionen ikke direkte kan finde anvendelse i dansk ret, og de kommentarer, der er knyttet hertil, viser, at Højesteret formentlig har tilsluttet sig den traditionelle opfattelse, og at det hermed formentlig også er accepteret, at folkeretten ikke kan opfylde dansk rets almindelige krav til det grundlag, der skal opfyldes på områder, hvor legalitetsprincippet gælder.

For det andet må det fastslås, at der ikke findes retspraksis, der dokumenterer eksistensen af den såkaldte instruktionsregel, hvorefter myndighederne frie skøn bliver begrænset, når dette er nødvendig for at respektere landets folkeretlige forpligtelser.

De refererede domsafgørelser kan praktisk talt alle anses som udslag af en brug af fortolknings- og/eller formodningsreglen. Hovedparten af dommene viser en reel vilje fra danske domstoles side til at fortolke danske retskilder således, at de respekterer landets folkeretlige forpligtelser, eller endog til at forme, at det ikke har været Folketingets vilje at handle i strid med landets folkeretlige forpligtelser.

Dette er en vigtig konstatering, fordi der ikke er tvivl om, at fortolknings- og formodningsreglen i vidt omfang kan bruges til at klare de tilfælde, hvor Folketinget eller ministrene som anordningsudstedende myndigheder ikke i fuldt omfang har sikret en fuld harmoni mellem folkeretten og dansk ret.

Der synes ikke i de refererede afgørelser at være klare holdepunkter for at fastlægge kriterier for, hvornår fortolkningsreglen skal bruges, og hvornår formodningsreglen skal bruges. Ofte har det heller ikke nogen betydning, fordi anvendelsen af reglerne fører til samme resultat. Der kan dog være god grund til at mene, at fortolkningsreglen skal anvendes i alle tilfælde, mens formodningsreglen kun skal anvendes i de tilfælde, hvor den er nødvendig for at undgå, at borgerne i forhold til myndighederne bliver pålagt pligter, som strider mod landets folkeretlige forpligtelser, dvs de tilfælde, hvor folkeretten kan

bruges af borgerne som »skjold« i sager mod myndighederne. Der findes næppe sager, der afgørende taler imod en sådan forståelse af retspraksis. Højesteretskendelsen i sagen om beslaglæggelse af bevismidler til brug for en tysk retssag var netop ikke et eksempel på brug af formodningsreglen, idet Højesteret fastslog, at retsplejeloven eller dennes analogi indeholdt tilstrækkelig hjemmel.

Selv om det således formentlig kan fastslås, at den traditionelle retsopfattelse kan siges at give et dækkende billede for retspraksis, er det fuldt så vigtig at understrege, at den traditionelle retsopfattelse kun giver et meget groft grundlag for at løse praktiske problemer. Fortolknings- og formodningsreglen er grove regler, der overlader betydelig skønsfrihed for domstolene. Der findes ingen skarp grænse mellem fortolknings- og formodningsreglen, allerede af den grund at der ikke findes præcise kriterier i den danske retskildelære for, hvornår der foreligger fortolningstvivl, og hvordan denne skal løses. Hertil kommer, at formodningsreglen også i øvrigt nødvendigvis må have præciseret sit anvendelsesområde. Det er klart, at den kun finder anvendelse, hvis det ikke kan godtgøres, at Folketinget har været klar over, at den danske retstilstand stred mod landets folkeretlige forpligtelser, og bevidst har accepteret denne retstilstand. Det kan også meget vel være således, at domstolene ikke vil acceptere en anvendelse af formodningsreglen, hvor dette vil indebære, at en dansk retsregel mister det væsentlige af sit indhold. Og endelig kan det som netop nævnt være således, at formodningsreglen ikke kan bruges, hvis den fører til, at der bliver skabt pligter for borgerne i forhold til myndighederne, som ikke følger af danske retskilder.

Retspraksis udelukker således ikke, at der inden for rammerne af den traditionelle retsopfattelse arbejdes videre med en præcisering af retstilstanden, navnlig gennem en identifikation af relevante kriterier, jfr til eksempel overvejelserne herom hos Zahle: Dansk Forfatningsret, bind 2, kap 38.

Folkerettens retskildeværdi vil afhænge af en række forskellige hensyn, der er delvis modstridende. På den ene side taler for en anvendelse af de folkeretlige regler det forhold, at en manglende hensyntagen til reglerne kan pådrage Danmark et folkeretligt ansvar. Både af ideelle og praktiske grunde er det ønskeligt, at det danske retssystem indrettes således, at det i videst muligt omfang undgås, at folkeretlige regler ikke respekteres i den praktiske retsanvendelse. På den anden side følger det af vort forfatningsretlige system og demokratiske hensyn i øvrigt, at Folketingets vilje inden for grundlovens rammer skal respekteres af de retsanvendende organer. Hertil kommer den række af hensyn, der også spiller en rolle, når retskildeværdien af danske retskilder vurderes, herunder ønsket om at skabe et konsekvent og for de retsundergivne forudsigeligt retssystem og i øvrigt hensynet til borgernes retssikkerhed i almindelighed.

Der kan ikke findes klare og enkle retningslinier om den vægt, folkeretlige

retskilder skal have i det danske retskildehierarki. Den traditionelle retsopfattelse kan fortsat bruges som det tankeskema, inden for hvilken problemerne skal løses.

## § 10

# Andre retskilder

Nogen udtømmende opregning af de forskellige retskilder er ikke foretaget i de øvrige kapitler i denne fremstilling. Følger man den danske tradition, mangler navnlig den retskilde, som oftest betegnes som *forholdets eller sagens natur*.

I de fleste danske fremstillinger, som giver en oversigt over, hvor man finder de gældende retsregler, nævnes da også forholdets eller sagens natur som retskilde. Dette gælder også Indledning til Formueretten, senest 26. udg, 1987, s 29. Herom udtales, at en afgørelse ud fra sagens natur sker med støtte i den danske retstradition, men således at afgørelsen søges indpasset i harmoni med beslægtede lovregler, retssædvaner og retspraksis, idet man så vidt muligt søger at finde frem til en afgørelse, der ikke blot tager hensyn til det konkret foreliggende retstilfælde, men også egner sig til at blive opstillet som en regel for fremtidige tilfælde af samme art.

I *Jørgen Nørgaard*: Introduktion til formueretten 1982, s 20-21 nævnes, at der stadig vil være huller i nettet, selvom der efterhånden træffes retsafgørelser og forekommer sædvaner, som strammer nettet. Hullerne må da udfyldes af dommeren. Den juridiske argumentationsteknik må til stadighed afstemmes med de i samfundet anerkendte almindelige og specielle værdier, og dommerens afgørelse bliver derfor resultatet af en vurdering og ikke nogen logisk slutning. I *Dansk Privatret*, 6. udg 1988 s 6 udtrykkes det kortere, således at der lægges vægt på, at dommeren, hvor hverken lov, retspraksis eller sædvaner giver anvisning på en løsning, må fastlægge den retsregel, som han finder dels er bedst egnet for den forelagte retstvist, dels er tjenlig som rettesnor for beslægtede tilfælde og i overensstemmelse med retsordenens principper.

I sin indgående skildring af den analytiske retsfilosofi, kommer Ross: Om ret og retsfærdighed, 1953, også ind i på forholdets natur som retskilde, s 116-120, kapitel § 19. Som overskrift anføres »Kulturtraditionen (»forholdets natur«)«, og dette er da også den bærende ide i fremstillingen på dette punkt. Denne retskildes væsen er, »at dommeren lader sig motivere af kulturtraditionen, eventuelt i forbindelse med en retssociologisk analyse af reale sammenhæng«, s 120. Dommeren kan dels umiddelbart lade sig lede af sin retsfølelse, men kan også kalkulere de retsvirkninger, som en vis regel må antages at medføre, s 119. Fremstillingen bliver helt lyrisk, når det på s 118 anføres, at de positive normer er at sammenligne med planter, der er vokset op af en jordbund, som de drager næring af og ikke kan skilles fra uden at dø.

Hvor smuk denne skildring end er, ligger den milevidt fra de afgørelser, som træffes af domstolene ud fra betragtninger, som ligger uden for selve lovens ord, forarbejder, analogier, modsætningsslutninger, sædvaner, retspraksis, og som må antages at vedrøre de områder, hvor forholdets natur skulle øve sin indflydelse.

Denne skildring ligger ikke særlig langt fra den opfattelse, som blev gjort gældende af *Viggo Bentzon*: Retskilderne, 1907 s 141 ff, hvorefter dommeren søger at træffe en afgørelse, som kan antages at vinde almindelig tilslutning: »Der består en vis betydelig ensartethed i alle »rettænkende og sagkyndige« menneskers retsopfattelse: Fællesskab i natur, i omgivelser, historie og opdragelse har avlet megen faktisk lighed i skønnet hos et givet samfunds medlemmer«, s 146-147.

Noget lignende er udtrykt i den ofte citerede bestemmelse i den svejsiske civillobbog § 1: »Kan der ingen forskrift hentes af loven, skal dommeren afgøre sagen efter sædvaneret og, hvor også en sådan mangler, efter en regel, han vil opstille som lovgiver. Han følger derved prøvet lære og overlevering.«

I virkeligheden er Ross' opfattelse identisk med, hvad allerede *Ørsted* i Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, 1. bd, 1822 gjorde gældende ved omtalen af den naturlige ret s 88 ff: En stor mængde retssætninger består blot i analyse af det begreb, som i overensstemmelse med det borgerlige livs tarv og nationens tænkemåde har dannet sig. Derefter opregnes en række regler, som er selvvindlysende og ikke behøver nogen lovregulering, lovgivningen skal blot gribe ind for at opnå et nyt og mere udvidet øjemed, som samfundet under den fremskridende udvikling foresætter sig eller for at afværge misbrug og farer for retsordenen, som nye forhold og omstændigheder fører med sig.

*Stuer Lauridsen*: Retslæren, 1977 s 369-374 rettede kritik mod denne anvendelse af sagens natur i retskildelæren. Under de overvejelser, der traditionelt antages at omfattes af forholdets natur, sammenfattes uensartede fænomener. Hermed angives en måde, en metode at fortolke de øvrige retskilder på, den er ikke i sig selv en retskilde. Dette gælder kun i én forstand, nemlig når begrebet blot anvendes som en betegnelse for det materiale, der lægges til grund for undersøgelser af relevante hensyn. De relevante hensyn giver sig til kende netop gennem lovgivningen, herunder særligt dens forarbejder, gennem praksis og gennem sædvanen.

*Torben Jensen* i U 1990 B. 444 betegner »forholdets natur« som et forældet udtryk, som dækker et spektrum af almene juridiske overvejelser, herunder sagligt begrundet rimelighed, lighedsprincipper og konsekvensbetragtninger med hensynstagten til samfundsmæssige behov og den almindelige udvikling.

Juridisk Ordbog indeholder i 7. udg, 1987 følgende bestemmelse af begrebet forholdets eller sagens natur:

»At et ulovbestemt tilfælde afgøres ud fra f.n., vil sige, at man fastslår det resultat, som findes at være bedst stemmende på det pågældende forholds retslige natur. For anerkendelsen af f.n. har naturretsskolen haft stor betydning, jfr. udtrykket den »naturlige« ret. Men f.n. som retskilde er ikke en abstrakt metafysisk naturret. Ved udfindelsen af, hvad f.n. i et vist tilfælde må føre til, vil man først og fremmest søge vejledning i den danske retstradition, i nærmere eller fjerne analogier fra lovgivningens regler, i almindeligt anerkendte retsgrundssætninger, retssædvaner og tidlige praksis, idet man så vidt muligt søger at finde frem til en afgørelse, der ikke blot tager fornødent hensyn til det foreliggende retstilfældes individualitet, men også egner sig til at opstilles som norm for fremtidige tilfælde af samme art. Herved må de krydsende hensyn afvejes over for hinanden, og man må så vidt muligt gøre sig klart, hvilke videregående konsekvenser der vil følge af opstillingen af en sådan norm, ligesom også mere specielle retsstekniske hensyn og de almindelige regler om bevisbyrdefordelingen kan komme til at influere på retsnormens nærmere udformning. Det er dog klart, at selv om det ud fra f.n. vil kunne statueres, at en vis retsvirkning (f.eks en passivitetsvirkning) må intræde efter forløbet af en vis tid, vil det ud fra f.n. være meget vanskeligt at nå til nogen regel om længden af denne tid. En retsdannelse ud fra f.n. vil jævnlig frembyde store fordele ved at give mulighed for en nuancering af retsreglerne, som vanskeligt vil kunne opnås gennem positive lovbestemmelser, så længe det drejer sig om

forholdsvis nye retsproblemer, hvis fulde omfang endnu er vanskeligt at overse. Ud fra dette synspunkt indskrænker flere moderne love sig m.h.t. visse spørgsmål til at opstille retsstandarer (s.d.), således at domstolene inden for den enkelte standards rammer må træffe afgørelserne ud fra f.n.«.

Denne redegørelse for begrebet forholdets eller sagens natur har næsten nøjagtig samme indhold allerede fra 2. udg af bogen, 1965. Det meste af den stammer endog fra bogens 1. udg i 1934, hvor beskrivelsen dog var mere udbygget, navnlig derved, at der var opregnet eksempler på anvendelsen af denne retskilde, ligesom der også gøres bemærkninger om forholdet mellem domstolene og lovgivningsmagten. Lovgivningen kan tænkes indtil videre at holde sig noget tilbage over for nyt opdukkende retsforhold, således at løsningerne foreløbig overlades til teori og praksis og først griber ind, når der er opnået bedre overblik over problemerne. Præcis er domstolene ikke egnede til at operere med fikserede tidsfrister o.lign.

Begrebsbestemmelsen i Juridisk Ordbog lader bl.a af den svaghed, at den blandt de momenter, som indgår i denne vurdering, også medtager nærmere eller fjernere analogier fra lovgivningens regler, retssædvaner og tidligere praksis. Hvis det hermed blot skal udtrykkes, at afgørelsen må søges indpasset i *harmoni* med, hvad der kan udledes af disse retskilder, er betragtningen rigtig. Men det må i hvert fald understreges, at der herved sker en sammenblanding af forskellige retskilder. De kan naturligvis alle pege i samme retning og støtte hinanden. Men det forstærker ikke argumentationen, hvis en anden retskilde indsættes som et led i den retskilde, der kaldes for forholdets natur.

Hertil kommer, at begrebsbestemmelsen stiller en henvisning til dansk retstradition, uden at der gøres rede for, hvad der ligger i denne betegnelse. Hvis meningen hermed kun er at henvise til retspraksis, sædvane, retslitteratur og i det hele taget en række andre retskilder, kommer man heller ikke på dette punkt videre i et forsøg på at give en definition.

I andre nordiske lande tager man meget lettere på problemet om forholdets eller sagens natur. *Eckhoff*, Retskidelære, 2. udg, 1987 har overhovedet ikke et afsnit i fremstillingen om dette spørgsmål. Derimod findes der et kap 9, s 164-183, om domstolenes retskabende virksomhed, hvor der navnlig tages stilling til forholdet mellem lovgivningens og domstolenes virksomhedsområde. Herved bliver der navnlig tale om at diskutere afgørelser ud fra almindelige retsgrundsætninger, hvorfor spørgsmålet tages op nedenfor under I.

*Knops* Oversigt over Norges rett, 9. udg, 1987 s 22-23 omhandler domstolenes retskabende virksomhed og fremhæver samspillet mellem praksis, sædvane, litteratur og lovgivning; undertiden påbegyndes retsudviklingen med en lov, som er upræcis, hvorefter domstolene må udfylde lovtaksten, men det kan også ske, at domstolene først tager stilling til et spørgsmål, hvorefter lovgivningen tager problemet op.

Allerede *Augdahl*: Retskilder, 2. udg, 1961 s 7-10 udtalte sig meget forbeholdent om sagen natur som retskilde: Fortrinsvis påberåber man sig sagens natur, når man går ud fra, at ens egen vurdering vil blive delt af praktisk taget alle. Derfor bruges sætningen »det ligger i sagens natur« ofte i samme betydning som »det siger sig selv« – og uden nogen virkelig

argumentation, idet man går ud fra, at en sådan er overflødig. Men det forekommer også, at man tyer til sådanne udtryk, fordi man har på følelsen, at der tiltrænges argumenter, men er ude af stand til at finde noget, s 9.

*Strömskog:* Rett, Rätskällor og Rätstillämpning, 1981 omtaler nok sagens natur s 347-349, men fastslår, at henvisninger hertil nu er meget usædvanlige i Sverige og Norden. Det er et argument, som man anvender, når alt andet svigter. Det anses dog for korrekt, hvis henvisninger hertil betyder, at kulturtraditionen, den erfarings- og vurderingsarv, om hvilke der i høj grad råder consensus, udgør et moment, som dommeren skal tage i betragtning. Der er spørgsmål om en yderst vag, men i det mindste en begribelig og ikke helt unyttig målestok vedrørende retslike afgørelsers »rigtighed«. Der henvises til almindelige grundsætninger som f.eks. auditur et altera pars og andre grundsætninger.

*Jan Hellner:* Rättsteori, 1988 s 91-96 betegner sagens natur som en intetsigende terminologi, som demonstrerer, at det er umuligt at sammenfatte alle faktorer, som kan og bør påvirke en domstols bedømmelse i et begrænset antal retskilder. Valget beror for en stor del på uligheder i kundskaber, metodisk opfattelse og temperament. Også her henvises til anvendelse af almindelige grundsætninger som f.eks., at aftaler skal holdes, og forudsætningslæren.

*Åke Malmström:* Civilret, udgivet af *Anders Agell*, 1986 s 17, fremhæver, at der ikke gives nogen entydig vejledning ved anvendelse af »sagens natur«, dommeren skal forsøge efter en samvittighedsfuld og upartisk prøvelse at komme til den afgørelse, som han finder rimelig og rigtig efter de almindelige vurderinger, som præger retsordenen, og der skal tages hensyn til præjudikater og evt retslitteraturen.

*Gomard* i Højesteret 1661-1986 .58 anfører, at forholdets natur som retskilde ikke beror på autoritet, men på argumenternes evne til at overbevise om en given løsnings rigtighed eller fordele og er resultat af pragmatiske faktorer, reale grunde, retsfølelse og umiddelbar retsfærdighedstrang.

*Blume* i TfR 1990.870 f tiltræder denne opfattelse, men tilføjer, at den vel er en »tom kategori«, men at der ofte foreligger gode begrundelser for at anvende den, idet der bl.a søges fremmet et mere retsfærdigt retssystem, eller som det siges .891 social og materiel retsfærdighed.

Baggrunden for kritikken af de nævnte forsøg på at redegøre for, hvad der ligger i forholdets natur som retskilde, er den manglende konfrontation med, hvad domstolene virkelig benytter sig af, når de øvrige retskilder ikke slår til.

Det var derfor nærliggende at gennemgå et vist betydeligt antal domme for at konstatere, om, i hvilket omfang og i hvilke tilfælde domstolene påberåber sig sagens natur.

En gennemgang af UfR for 1986-1990 viser imidlertid, at *domstolene aldrig har henvist til forholdets eller sagens natur* som begrundelse for resultaten. Der kan naturligvis ved gennemlæsning af så mange afgørelser være overset en enkelt eller nogle få tilfælde, men selv med dette forbehold opfordrer dette til at undersøge nærmere, hvad der bliver tilbage af begrundelser, når domstolene ikke har kunnet finde en løsning ved anvendelsen af de almindeligt anerkendte retskilder.

Man kunne måske have fået et sikrere materiale ved at gå længere tilbage end til 1986, men billedet synes ikke at have ændret sig i disse år, og der er dog

gennemset ca 4000 retsafgørelser. Det er muligt, at en gennemgang af retsafgørelser meget langt tilbage i tiden ville have vist noget andet, men så er man ovre i det retshistoriske.

Ved gennemgangen må der ses bort fra adskillige grupper af tilfælde. Hvor afgørelsen beror på et individuelt skøn – som f.eks ved at fastslå, om der er handlet uforsvarligt – hvis resultatet alene beror på en bevisvurdering, eller hvor loven netop har overladt det til domstolene at træffe afgørelsen inden for visse rammer, som er afstukket i loven, kan der praktisk taget aldrig findes noget til belysning af denne problematik.

Det samme gælder de fleste straffesager, og det hvad enten det gælder vurderingen af skyldspørsgsmålet eller sanktionsvalget, idet der kun straffes, hvis der er hjemmel herfor i straffelovgivningen eller en kvalificeret analogi herfra, jfr ovenfor i § 4 II.

De relevante dommes antal indskræknes dernæst meget væsentligt som følge af, at dommene meget ofte ikke indeholder noget reel af betydning for løsning af problemerne. Der anvendes nemlig i mange, måske de fleste tilfælde, begrundelser, som er intetsigende, idet kun resultatet fastslås.

Disse tomme begrundelser varieres i det uendelige. Men til orientering kan der opregnes udtryk som: »findes at måtte forstås ...«, »ikke anses som«, »under de foreliggende omstændigheder«, »efter ordlyden«, »efter formuleringen«, »bestemmelsen hjemler«, »bestemmelsen hjemler ikke ...«, »bestemmelsen ses ikke ...«, »ikke med tilstrækkelig klarhed«, »ikke grundlag for«, »må antages ...«, »finde det rettest«, »må antages at være udtryk for«, »må naturligt forstås ...«, »det tiltrædes, at ...« (stadfæstelse af indanket afgørelse). Opregningen er ikke udtømmende, og valget mellem de forskellige formuleringer afhænger vel af, hvad koncipisten anser for det smukkeste udtryk, eller der benyttes en formulering fra en tidligere afgørelse.

Om tilsvarende ufuldstændig begrundelse i sag om tilkendelse af erstatning for tort begrundet med »omstændighederne i forbindelse med drabsforsøget«, som ikke er nærmere omtalt, se U 1990.594 H, og kritik heraf *Bo von Eyben* i U 1991 B. 15-16.

Det står fast i teori og praksis, at begrundelser af denne art opfylder kravet i Retplejelovens § 218, hvorefter domme og kendelser skal ledsages af grunde. Men alligevel kunne man undertiden have ønsket sig en lidt mere sigende begrundelse for resultatet. Man må vel gå ud fra, at de procederende advokater har leveret argumentationer for den forståelse, som danner grundlag for deres påstand, og dette er i hvert fald sket i de tilfælde, hvor det ligefrem refereres i dommen. Det må være utilfredsstillende for den tabende part – og måske også for den vindende – at der ikke bliver taget stilling til, om retten har villet godtage argumentationen helt eller delvis.

Der kan være særlige vanskeligheder i kollektive retter, men der er jo intet i vejen for, at dommerne, selv om de er enige i resultatet, har divergerende opfattelse af begrundelsen, hvilket så anføres i en dissens.

Selvom der herefter ikke findes domme, der i præmisserne henviser til for-

holdet eller sagens natur, kan det meget vel tænkes, at præmisserne virkelig anvender denne retskilde, men blot udtrykker argumentationen på anden måde. Henvisning til almindelige retsgrundsætninger, reale grunde, lovens hensigt kan være omskrivninger af den samme grundbetragtning. Domskoncisten kan meget muligt have den opfattelse, at en direkte henvisning til noget så ubestemt som forholdets eller sagens natur virker noget for letkøbt. Der skal anvendes nogle vendinger, som virker stærkere på den, der skal overbevises om, at domsresultatet er velbegrundet. En henvisning blot til forholdets eller sagens natur kan blive opfattet som en omskrivning af, at retten ud fra en rent subjektiv, umiddelbar vurdering er kommet til resultatet.

Efter at have indkredset de retsafgørelser, der kunne belyse problemet, viste det sig, at det var muligt at systematisere de resterende afgørelser. Der kunne herved foretages en udspaltnings i de forskellige grupper, således at denne »restgruppe« kunne deles op i flere forskellige afsnit, som hver for sig kunne betegnes med noget mere positivt end en blot henvisning til forholdets eller sagens natur.

U 1939.735 H indeholder i præmisserne en henvisning til sagens natur. Problemet var, om Ekspropriationsforordningen fra 1845 § 13, 2. pkt kun hjemlede en *pligt* for det offentlige til på begæring at overtage afskårne arealer, når ulempeerstatningen for afskæringen ville komme i væsentligt misforhold til grundens værdi, eller om der heri var ret for det offentlige til at overtage, uanset om ejeren ikke begærede det. H fastslog den sidste løsning som den rigtige, idet der herom henvises til »sagens natur og det om bestemmelsens tilblivelse oplyste« (dvs Viborg Stændertidende 1844 sp 530-531). Landsretten var kommet til det modsatte resultat, og det er vel i det hele uklart, hvad der ligger i henvisningen til sagens natur. En selvfølgelig løsning var det i hvert fald ikke. Men bemærkningen er vel kommet med som et tillæg til den mere relevante henvisning til forarbejderne. Om spørgsmålet gælder nu reglen i Ekspropriationslovens § 16, der hjemler begge løsninger.

Det er formentlig kun en sproglig variant, når U 1984.972 H udtales, at det findes »naturligt« at anvende en analogi fra en lovbestemmelse i det omfang, det er muligt.

Selv om dommens præmisser ikke bruger vendingen forholdets natur, findes der eksempler på, at en ledsagende kommentar har gjort det, jfr U 1935.286 H, der fastslår, at en 1. prioritethaver ikke kunne afskrive en ekspropriationssum på terminsydeler (efter proceduren blev der ikke sondret mellem mellem renter og afdrag i terminsydelsen), men skulle benytte den til afskrivning på hovedstolen. Redaktionsnoten til dommen gør opmærksom på, at spørgsmålet ikke var afgjort ved lovgivningen, heller ikke ved Tinglysningslovens § 40, stk. 4 og tilføjer derefter: »og man er for så vidt overladt til betragtninger efter forholdets natur«, jfr herom *Sv. Gram Jensen: Almindelig retslære*, 1989 s 101-103.

Fra nyere praksis kan anføres: U 1989.778 udtales, at »reale grunde« med vægt taler mod, at en skadeligt altid skulle fortæbe retten til på ny at oppebære erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, såfremt han, efter at have genoptaget arbejdet, igen må sygemeldes som følge af skaden, forinden tilstanden er blevet stationær.

Om fordeling af vedligeholdelsesudgifter ved lejeforhøjelse efter Boligreguleringslovens § 12 begrunder U 1984.1067 H resultatet med, at det er »naturligt«, men tilføjer dog en henvisning til forarbejderne, FT 1978/79, A sp 2598.

Trods alle de kritiske bemærkninger mod traditionel opfattelse af begrebet forholdets natur, inklusive Ross' udlægning heraf, må det erkendes, at der er en kerne af sandhed i det. Ligegyldigt hvilken retskilde der så er tale om, udover domstolene en vis *censur*. Hvor dybtgående den kan være, afhænger til en vis grad af, hvor sikker retskilden er. Jo vagere, desto mere grundlag for kritisk overvågen. Ordlyd er ikke altid entydig, ord kan betyde meget forskelligt, udtaleser i forarbejder kan være dunkle eller klare, analogi eller modsætningsslutning mere eller mindre nærliggende, sædvanen mere eller mindre fast, praksis mere eller mindre sikker. Ud fra en mere eller mindre sikker intuition for, hvad der almindeligt anses for retfærdigt, kan domstolene udøve en censurbeføjelse. Men dette bør ikke betegnes som overvejelser ud fra sagens natur. Det kan virke belastende, og det *kan* forstås som en beføjelse, som er videregående, end den der rettelig tilkommer domstolene.

Det er almindeligt anerkendt, at domstolene kan vurdere en faktisk foreliggende sædvane kritisk, således at der nægtes anerkendelse heraf, hvis den fører til samfundsmæssigt uheldige resultater som f.eks en udnyttelse af svagere parter, jfr herom i § 5 VII, hvor det fremhæves, at domstolene dog foretrækker at formulere kritikken, således at der henvises til bevismæssige vanskeligheder e.l.

På tilsvarende måde må det antages, at domstolene, når der bliver spørgsmål om at anvende analogien af lovregler, tager tilsvarende synspunkter i betragtning, jfr § 4 VIII, og dette vil i særlig grad, hvis der bliver spørgsmål om at forhindre omgåelser, jfr herom i § 4 VII. Da grænsen mellem udvidende fortolkning og analogi er flydende, må man gå ud fra, at tilsvarende synspunkter gør sig gældende også i denne relation.

Om dette også er tilfældet ved anvendelsen af forarbejder lader sig ikke afgøre, men at det dog synes at være tilfældet, fremgår af fremstillingen i § 2 I. E. om kritik af lovmotiver.

Et særligt problem opstår, når domstolene – som man kan udtrykke det – kritiserer sig selv, altså står overfor at fravige en allerede fastslået og indarbejdet retspraksis, som imidlertid er blevet stærkt kritiseret. Det kan da ske, at domstolene i et sådan tilfælde foretrækker at overlade det til lovgivningsmagten at sætte tingene på plads, jfr herom bla i § 3 III., og i det hele, hvor spørgsmålet om forholdet mellem domstole og lovgivning tages op til drøftelse.

En fravigelse fra lovregler, som er klare og tydelige, bliver der sjældent tale om, se dog om »rettelse« af inkurier, § 2 III.C.

Skal dette sammenfattes, kan der konkluderes i, at domstolene klart bør angive, hvad der sker, og ikke dække sig ind under en henvisning til sagens natur, hvilket i hvert fald heller ikke sker i nyere praksis.

Til alt dette kan føjes, at den trænede jurist meget ofte danner sig en opfattelse af, hvorledes en sag bør afgøres, uden at han har gjort sig klart, hvorfor han er kommet til denne opfattelse. Men derefter må han minituøst gennem-

gå, hvorledes begrundelsen herfor kan sættes op, og dette må ske ved hjælp af kendskabet til de forskellige retskilder. Dette kan meget vel føre til en erkendelse af, at det umiddelbare resultat ikke kan fastholdes.

Dette kan i øvrigt suppleres med den betragtning, at et resultat, nøje fastslået på denne måde, kan overvejes ud fra en fornemmelse af, hvad der må anses for »retfærdigt«. Men hvis dette fører til kritik af det objektivt fastslåede resultat, er det en meget nærliggende antagelse, at der er begået en fejl ved de objektive ræsonnementer.

En norsk højesteretsdommer erklærede engang, at han aldrig havde følt sig tvunget til at afsige en dom, som ikke stemte med, hvad han ville antage ud fra en følelsesmæssigt opfattelse af, hvad der var retfærdigt. Man må håbe, at alle, der træffer juridiske afgørelser, kan sige det samme.

Det ligger uden for denne fremstilling at komme ind på retskildeproblemer i Folkeretten og EF-retten. Selv om Folkerettens kilder bestemmes så generelt som omfattende de meningstilkendegivelser fra retssubjekternes side, der tilsigter at normere det internationale samfundsvirke, jfr *Tyge Lehman* i Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: Folkeret.51, nævnes dog i første række traktater og sædvaner. Når man ofte henviser til Statutterne for International Court of Justice art 38, nr 3 om anvendelse af »de almindelige retsprincipper anerkendt af civiliserede stater« er det kun et særdeles begrænset udsnit af det, der behandles nedenfor under som almindelige retsgrundsætninger, jfr Ross: Lærebog i Folkeret, 1984, 6. udg, 1984.105, *Claus Gulmann* m fl: Folkeret 45 ff, *Claus Gulmann* og *Karsten Hagel Sørensen*: EF-ret. 126 f. Men udtømmende er opregningerne ikke. Det ses endog, at »logiske regler« henregnes til retskilderne, jfr citatet hos Ross: anf v. 106.

## I. Almindelige retsgrundsætninger

### A. Erstatningsretten

Hvordan det går til, at der udvikles almindelige retsgrundsætninger, får man et godt indtryk af ved at tage et overblik over erstatningsrettens udvikling.

Den almindelige culparegel om ansvar for forsættige eller uagtsumme handlinger forvoldt ved uforsvarlig adfærd har ærværdige rødder, helt tilbage til Romerretten, og har i hvert fald været fastslået ved højesteretsdom fra 1759, se oversigten hos *A Vinding Kruse*: Erstatningsretten, 2. udg, 1989 s 7-15. Denne regel står så fast, at domstolene end ikke taler om en almindelig retsgrundsætning, men uden videre nøjes med at tale om dansk rets almindelige erstatningsregel eller terminologier, der svarer hertil. Dette gælder også, efter at vi fik Erstatningsansvarsloven i 1984. Således udtaler dommen i U 1988.858 H, at der hverken i ordlyden af lovens § 55 eller almindelige principper for fastsættelse af erstatning var grundlag for ved nedstættelse af erstatningen at tage hensyn til, om, og i hvilket omfang ydelerne er beskattet (øvrigt en fravigelse fra U 1985.423). I dette tilfælde drejede det sig altså ikke om

ansvarsgrundlaget, men om udmålingen af erstatningskravet. Derimod udtales afgørelsen i U 1988.878, at en lokal sportfiskerforening kunne kræve erstatning for skade på fiskebestanden, idet det som begrundelse anføres, at foreningen »også når henses til de samfundsmæssige interesser, som er knyttet til bevarelse og forøgelse af fiskebestanden, havde en af erstatningsreglerne beskyttet interesse«. I dette tilfælde var det altså ikke spørgsmålet om uforstårlighed mv, men problemet om, hvem der kan rejse krav efter erstatningsreglen, som det drejede sig om, jfr om dommen *Nørgaard og Vagner*. 200 note 18.

Et andet supplement til den almindelige erstatningsregel er *berigelsesgrundssætningen*, som ligeledes har spor tilbage til Romerretten. Lovgivning og praksis har på dette område arbejdet i takt med hinanden. Men navnlig har der dannet sig en fast praksis, hvor en person med urette har bygget på en anden mands grund, hvad enten det drejer sig om grænseoverskridelser eller helbebyggelse, jfr allerede U 1935.686 H, se om hele udviklingen *A Vinding Kruise: Erstatningsretten*, 5. udg, 1989 s 264-284. Men heller ikke på dette område har domstolene turdet henvise til en sådan almindelig grundsætning. Ved afgørelsen i U 1986.143 H (Holte-Midtpunkt-sagen) kan det end ikke ses af præmisserne, om afgørelsen er begrundet ud fra denne grundsætning, se herom *von Eyben: Miljørettens Grundbog*, 1986 s 229-230.

Men berigelsesgrundssætningen har et videre område, jfr U 1984.1061 H, der tilkender et rentebeløb som tillæg til tilbagebetaling af en uberettiget oppebåret stempelafgift, idet dommen stadfæster en dissens til landsretsdommen, der som begrundelse herfor henviser til, at dette under de foreliggende omstændigheder er rimeligt og overensstemmende med almindelige retsgrundssætninger. Hermed må der formentligt netop hentydes til berigelsesgrundssætningen, hvorefter den, der uberettiget har opnået formuefordel på en andens bekostning, i det hele skal afstå den berigelse, som er opnået, herunder også hvad der er eller ved almindelig forsvarlig oppebørsel kunne være opnået ved udnyttelse af denne værdi, se om dommen *Sv Gram Jensen 100-101 og Kardel* i U 1985 B.38, der uddyber begrundelsen med, at skattedepartementet havde begået en fejl, således at den skattepligtige ikke havde anset valg end at indbetale betydelige beløb, og at dette beløb først blev betalt efter lang tid.

Om berigelsesgrundssætning i forbindelse med samlivsforhold se nedenfor under I.C.

Denne udvikling kan sammenholdes med den, som er sket i retning af i visse tilfælde at pålægge *objektivt erstatningsansvar* uden for tilfælde, hvor lovgivningen hjemler det. Særligt ved skader i naboforhold har domstolene pålagt ansvar i en række tilfælde. En milepæl i udviklingen var dommen i U 1968.84 H (Budolfi-sagen), der pålagde en bygherre ansvar for skader som

følge af rystelser ved udgravnning. Som begrundelse blev anført, at arbejdet blev udført i bygherrens interesse og for hans regning, ligesom det var ham, der havde udformet planen for byggeriet og førte kontrol hermed. En række domme har senere beskæftiget sig med samme problem, men som det kan ses på afgørelsen i U 1983.714 H, der lægger hovedvægten på, at bygherren – en kommune – var bekendt med jordbunds- og funderingsforholdene og ved den økonomiske og tekniske planlægning havde mulighed for at tage risikoen i betragtning, er der ikke fuldt ud samme kriterier som ved den tidlige afgørelse, der lægges vægt på, jfr *von Eyben* i U 1989 B. 81-90, *Nørgaard* og *Vagner*. 104 ff.

Der tales altså ikke om en almindelig retsgrundsætning på dette område, men det er da meget muligt, at man senere kan blive så sikker, at denne terminologi vil blive anvendt. Man kan altså konstatere, at domstolene føler sig frem, iagttager reaktionerne på afgørelserne og påny tager problemet op til overvejelse, når en senere tilsvarende sag forelægges. Det må være på denne måde, at almindelige retsgrundsætninger etableres.

### B. Personbeskyttelse

Den første afgørende dom på dette område er U 1965.126 H (Buster Larsensagen), der tilkendte erstatning for benyttelse af et scenebillede af en kendt skuespiller i reklameøjemed, jfr om dommen *Spleth* i U 1965 B 227-229. Det siges udtrykkeligt, at resultatet er baseret på almindelige retsgrundsætninger, men det pointeres i kommentaren, at der ikke kan udledes noget generelt om beskyttelse af f eks skuespilleres billede eller billede, taget af ukendte personer.

Problemer er senere blevet belyst ved forskellige afgørelser, se f eks U 1986.405 (billede fra strand af en sangerinde kun iført trusser), hvor der henvises til ikrafttrædelseslovens § 15 og betænkning 601/1971, U 1986.428 (annoncer med fotografier af fremtrædende erhvervsledere – der blot henviser til, at forholdet er retsstridigt), U 1988.989 H (benyttelse af en kendt fodboldspillers navn i annonce, men med det formål, at kunder ikke kom forgæves p gr af en fodboldkamp), der udtaler, at forholdet ikke var i strid med almindelige retsgrundsætninger. Jfr også U 1983.630 (brug af sangers navn og billede), der begrunder resultatet med henvisning til almindelige retsgrundsætninger.

Se hertil diskussionen hos *Stuer Lauridsen*: Retslæren, 1977 s 369-374 om konflikten mellem personbeskyttelsen og nyhedsmidernes interesse i at kunne viderebringe nyhedsstof med kommentarer til U 1974.776 (anvendelse af StrfL § 264 d på gengivelse af foto, taget af en kvinde kort før hun blev dræbt).

Spørgsmålet har også været stærkt diskuteret i Norge, jfr NRt 1952.1217, som nægtede fremførelse af en film om en dramatisk forbryderjagt i 1920'rne efter protest fra de tidlige dømte forbrydere, se herom *Eckhoff* 165 ff, der også omtaler en tidligere dom, NRt 1896.530 om beskyttelse af et slægtsnavn samt NRt 1977.1035 om patienters ret til at se egen sygejournal, der anses for hjemlet ved almindelige grundsætninger.

### C. Samlivsforhold

Da der ikke findes særlige regler i lovgivningen om opgørelse af formueforhold mellem samlivspartnere, har der været grobund for overvejelser baseret på almindelige betragtninger af forskellig karakter.

Efter en principiel dom i U 1980.480 H, hvor Højesteret tog afstand fra at bedømme forholdet som et sameje om en fast ejendom i traditionel forstand, er der kommet en række afgørelser, hvor der anlægges forskellige synspunkter. Der henvises undertiden til almindelige retsgrundsætninger, jfr således U 1985.55 H, jfr U 1983.494, og der må derved hentydes til berigelsesgrundsætning og forudsætningssynspunkter, men konkrete rimelighedsbetragtninger synes også at indgå i vurderingerne. Dissenser er dog også inde på, at visse af disse spørgsmål må afgøres af lovgivningsmagten, jfr således dissensen til den nævnte dom.

Se i det hele *Ingrid Lund-Andersen* i Familieret, 3. udg, 1990 s 593 og *Jørgen Nørgaard* i Højesteret 1661-1986 s 97-113, begge steder med henvisninger, *Taksøe-Jensen: Person-, Familie- og Arveret*, 1987 s 343 og nedenfor under III.B.

### D. Forhandlergrundsætningen

Det gamle stridsspørgsmål, om hovedreglen ved løsøreomsætning er eksstinktion til fordel for den godtroende erhverver eller vindikation til fordel for den oprindeligt berettigede, fandt en løsning i retspraksis ved gennemførelse af en regel, som ofte betegnes som »forhandlergrundsætningen«. Herefter lægges der ikke alene vægt på, om erhververen har været i god tro, men også om mellemhandleren var forhandler, og om den oprindelige sælger var klar over dette eller burde have været klar over det.

Synspunktet ses første gang at være kommet frem i højesteretsdomme ved U 1958.843 H, hvor der findes en meget udførlig begrundelse: »Efter de mellem ... og ... som forhandler gældende salgsvilkår findes det at måtte statueres, at det af ... tagne ejendomsforbehold er bortfaldet ved ... s i overensstemmelse med de ... s tilladelse foretagne videresalg til ....«

En række senere afgørelser følger denne linie op, jfr f eks U 1967.451 H, der lægger vægt på, at mellemhandleren i ikke ubetydeligt omfang (om ikke erhvervsmæssigt) havde handlet med biler, og at overdrageren havde været bekendt hermed.

Det er dog ikke domstolene, der anvender udtrykket »forhandlergrundsætningen«, men det benyttes almindeligt i fremstillinger herom, se *von Eyben: Formuerettigheder*, 7. udg, 1983 s 227 ff, *Michael Elmer og Lise Skovby: Ejendomsretten* 1, 1988, s 126-127, *Blume* i U 1989 B.209 f.

### *E. Lighedsgrundsætningen*

Se herom ovenfor i § 6 II L.1.

### *F. Passivitet*

At et krav kan bortfalde ved passivitet, er så almindelig anerkendt, at domstolene ikke taler om nogen grundsætning herom, men blot lakanisk fastslår, at retten er bortfaldet ved passivitet, jfr fra nyeste tid U 1990.356, 518 H (dissen-sen), U 1990.664, U 1990.702, U 1990.606 H (ikke bortfaldet ved passivitet), U 1989.194 H, U 1989.938, 1016 H, U 1988.586, U 1988.849 H, U 1987.43. U 1987.810 H, U 1987.862, U 1986.620, U 1986.813. (U 1987.653 H – ikke bort-faldet ved passivitet).

Jfr *Koktvedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, 1991 .193 (om personbeskyt-telse), og .115 om almindelige retsgrundsætninger, der beskytter erhvervsdri-vende mod grove forulempelser fra andre erhvervsdrivende, f eks ved ekskul-u-sivforhold, boycot o l, se allerede U 1926.649.

### *G. Forudsætningslæren*

Læren om urigtige eller bristende forudsætninger har optaget teorien meget. Betingelserne for at tilslidesætte eller dog ændre en aftale ud fra disse syns-punkter er blevet udformet forskelligt, og der er endog taget afstand fra over-hovedet at anvende læren.

Men den lever dog stadig i praksis, jfr f eks fra den seneste tid U 1987.370, der fritager en aftalepart fra forpligtelserne efter et indgået forlig »ud fra et forudsætningssynspunkt«, smh U 1986.829, hvor en arving påstod en arve-pagt tilslidesat ud fra et forudsætningssynspunkt, men ikke fik medhold heri, uden at retten nærmere kommenterer synspunktet.

Om selve forudsætningssynspunkter i forbindelse med samlivsforhold se ovenfor under I.C.

### *H. Konkurrenceforhold*

Uanset at Markedsføringsloven indeholder bredt formulerede regler, som overlader til domstolene at udøve et konkret skøn, findes der dog afgørelser, som ved siden heraf henviser til almindelige retsgrundsætninger, jfr således U 1988.288 H, der fastslår, at en teknik, anvendt ved indsamling af oplysnin-ger om et blads læsantal, ikke gjorde det retsstridigt at offentliggøre bladets

læsental. Det udtales i præmisserne, at den anvendte metode, hvorved et særligt blad blev ligestillet med andre dagblade, ikke var urimelig som følge af dette blads særlige karakter. Der var derfor ikke handlet i strid med Markedsføringsloven eller almindelige grundsætninger.

På tilsvarende måde har U 1982.179 H henvist til almindelige retsgrundssætninger som begrundelse for, at Dansk Boldspil-Union kun var berettiget til at bringe oplysninger om fodboldkampe efter kampenes slutning, da dette af hensyn til publikums tilstrømning havde betydning for unionens økonomi, se herom *Koktvedgaard*: Lærebog i immaterialret, 1988 .51 f, jfr herved U 1943.1063 H om forhåndsmeddelelser vedr cykelløb, der dog ikke henviser til almindelige retsgrundssætninger, men til, at meddelelserne var bygget på klubbens arbejde med at tilrettelægge løbene.

Se hertil *Koktvedgaard* an v. .127 om ret til optagelse i brancheforeninger og .115 ff om forholdet mellem konkurrenceret og almindelige retsgrundssætninger i det hele.

Det har været diskuteret, hvor langt domstolene kan gå i retning af at skabe ny ret, jfr. navnlig *Eckhoff*: Retskildelære. 2. udg., 1987 s. 164-182. Lovgivningsmagten har bedre muligheder for at få et samfundsproblem belyst frem for domstolene, der er afhængige af parternes sagsbehandling, den kan bestemme tidspunktet for, hvornår der bør lovgives, og den kan mere detailleret give bestemmelser til vejledning for retsbrugerne. Til gengæld er domstolene måske bedre i stand til at vurdere de praktiske konsekvenser af forskellige mulige regler, således som sagen oprulles for retten. Men i hvert fald bør domstolene aholde sig at skabe ret om forhold, som har en *politisk* karakter.

Dette blyses af den danske retssag, U 1982.24 H om statens modregningsret, idet det har været antaget, at staten må betragtes som enhed, således at der kan modregnes, uanset at kravene hidrører fra helt forskellige grene af statsadministrationen. Dette er blevet kritiseret, hvilket fremhæves i præmisserne. Men da spørgsmålet anses for at være i væsentlig grad af politisk art, må det antages at frembyde betydelige problemer, hvorledes grænserne skal trækkes, afstod H fra at ændre i den gældende praksis, jfr U 1955.13. Spørgsmålet blev dog senere klaret administrativt, nemlig ved Justitsministeriets cirkulære af 1983-11-22.

Spørgsmålet har været stærkt diskuteret i Norge, jfr *Carsten Smith* i Lov og Rett 1975, 292 ff, Statsliv og Rettsteori s 328 ff, der endog gik ind for, at domstolene i højere grad burde komme ind på politiske spørgsmål, men som det fremgår af referatet hos *Eckhoff*: Retskildelære, 2. udg, 1987 s 176, blev der fra forskellig side taget afstand herfra.

Se hertil *Torben Jensen* i U 1990 B. 441-448, der ligesom mange andre understreger, at domstolene bør være forsigtige med at fremkomme med videregående udtalelser på hidtil uprøvede retsområder og vente, indtil holdbarheden er gennemprøvet ved konkret begrundede afgørelser, som har tilvejebragt pålidelige erfaringer om de retlige problemers omfang og beskaffenhed.

Advarsler om at udvise forsigtighed med politiske spørgsmål se: *Torben Jensen* anf st s 444, *Munch i Juristen* 1989.45 og *Bent Christensen* i U 1990 B.83.

### I. Konkursret

U 1975.97 H blev der tilkendt en direktør erstatning i anledning af, at han blev bortvist, umiddelbart før firmaet trådte i likvidation, men kun som løn for 6 mdr, ikke som aftalt for 7 år. Dette begrundes af samtlige dommere med »det i praksis og juridisk teori siden århundredeskiftet anerkendte konkursreguleringssprincip,« hvorefter der – uanset aftale om særlig langt opsigelsesvarsel – kun gives fortrensret for lønkrav indtil udløbet af det legale eller sædvanlige opsigelsesvarsel og ikke anerkendes lønkrav for tiden efter dette tidspunkt, heller ikke som simpelt krav.

Afgørelsen er derfor omtalt allerede i § 3.V.A., hvor præjudikaters antal nævnes som et moment af betydning.

### II. Principper fra andre retsområder

Beslægtet med anvendelse af almindelige retsgrundssætninger, udviklet på det pågældende område, er afgørelser, der støtter sig til principper, der hersker på andre retsområder, som imidlertid får indflydelse på det foreliggende. Dette kan begrundes med, at domstolene har som opgave at tilstræbe harmonisering inden for retsreglerne. Nogle eksempler herpå findes.

U 1989.766 om at feriegodtgørelse for en provisionslønnet skal ske efter udbetalingsprincippet, ikke optjeningsprincippet, hvilket begrundes med, at udbetalingsprincippet er i overensstemmelse med det skattepligtige princip, hvorefter udbetalingstidspunktet er afgørende.

U 1987.577 tager udgangspunkt i, at der ved tilbagetagelse af genstande, solgt med ejendomsforbehold, når køberen udebliver fra retten, normalt alene bør tages stilling til, om der foreligger gyldigt ejendomsforbehold, og om der foreligger kvalificeret misligholdelse. Ved en evt senere fogedsag skal retten påse overholdelse af de øvrige betingelser og begrænsninger »på samme måde som i tilfælde, hvor tilbagetagelse sker ved en umiddelbar fogedforretning«.

### III. Rimeligt – urimeligt

I modsætning til anvendelse af almindelige retsgrundssætninger og -principper hentet fra andre retsområder findes der afgørelser, der udtaler, at en eller anden regel er urimelig eller åbenbart urimelig. Det er altså en vurdering i det konkret foreliggende tilfælde. Når en sag afgøres med denne begrundel-

se, er man vel nærmest ved det, der betegnes som afgørelser ud fra forholdets eller sagens natur. Når domstolene alligevel foretrækker en anden termologi, hænger det muligvis sammen med, at udtrykket forholdets eller sagens natur leder tanken hen på, at det umiddelbart må kunne indsese, at afgørelsen må få det fastslæde resultat. Når domstolene i stedet herfor vælger at udtale sig om rimelighed eller urimelighed, pointeres det, at afgørelsen beror på et konkret skøn. Undertiden uden tanke på, at dette kan danne basis for en overensstemmende praksis i fremtiden.

I virkeligheden er der vel egentlig ikke noget ejendommeligt i, at domstolene undertiden træffer rene rimelighedsafgørelser. Det må dreje sig om situationer, hvor der ikke ved lov, praksis, i henhold til motiver eller sædvane er taget stilling til spørgsmålet. Når lovgivningen undertiden, endda ofte, klart overlader til domstolene at træffe afgørelser efter et konkret skøn – man behøver blot at tænke på strafudmåling – er det ikke ejendommeligt, når domstolene tillader sig at udøve et konkret skøn i tilfælde, hvor lovgivningen ikke har taget stilling til spørgsmålet, og hvor der heller ikke på anden måde kan opstilles en generel regel. Dette måtte i hvert fald gælde, hvor lovgivningen helt bevidst har undladt at give regler herom, men der bør vel gælde det samme i tilfælde, hvor lovgivningen ikke har taget spørgsmålet op – ganske enkelt, fordi der ikke kan forventes lovgivning om alle de retsproblemer, som opstår, og fordi der ikke er trang til en alm regel. Men praksis går dog videre, og uanset ordvalget burde mange afgørelser henføres til afsnit V, om logiske slutninger.

De vender, der anvendes, varierer en del, men fælles for disse afgørelser er, at de er udtryk for udøvelse af et skøn, uden at der nærmere er redegjort for de momenter, der indgår heri.

#### *A. Afgørelser, der lægger vægt på urimelighed.*

U 1990.207 om prioritetsstillingen ved samtidig lysning af ubetinget skøde, sælgerpartebrev og udlæg hos køber anvender som led i argumentationen, at det vil være *åbenbart urimeligt* og en ikke nødvendig følge af Tinglysningslovens § 25, sidste punkt, at fastholde en praksis, der tvinger til en række yderligere ekspeditioner.

U 1990.261 om morarenter og procesrenter i henhold til ferieloven anser spørgsmålet for afgjort ved den udtømmende opregning i loven, men en dissens, der er uenig heri, argumenterer ud fra, at et resultat åbenbart ville påføre den til rentebeløbet berettigede et tab og tilsvarende gevinst for debitor.

U 1990.280 nægter anvendelse af et fogedforbud, da dette ville indebære en så vidtgående indskrænkning i ytrings- og handlefriheden, at forbud ikke burde gives.

U 1990.363 om salærafgørelse i sager med fri proces udtaler som begrundelse for resultatet, at det bør tilstræbes, at fri proces og retshjælpsforsikring uden principiel karakter ikke bør belastes med omkostninger, som åbenbart og væsentligt overstiger, hvad der gælder i sager uden fri proces.

U 1990.364 til sidesætter cirkulærer om arbejdsløshedsdagpenge, fordi de afskar medlemmer fra at få foretaget en konkret vurdering af det enkelte medlems særlige situation.

U 1990.684 inddrog en andelslejlighed til værdi mere end 150.000 kr under et konkursbo efter KL § 37, selv om den ikke kunne karakteriseres som usædvanlig dyr eller luksuriøs, da det ikke fandtes rimeligt, at en værdi af denne størrelse holdtes uden for boets aktiver (dissens, der bl a anfører, at det ikke var sandsynliggjort, at fallenten kunne skaffe sig en anden bolig, som opfyldte de minimumskrav, der med rimelighed kunne stilles).

U 1990.689 om gældssanering anser det for »uantageligt« at en kreditor ved på egen hånd at nedskrive sin samlede fordring reelt skulle kunne fratake skifteretten kompetencen til at afgøre, om betingelserne for gældssanering var opfyldt.

U 1990.878 H pålagde ikke Statsbanerne erstatning for nedlæggelse af en kommunal fodgængerbro, idet det anføres, at genopførelsесudgifterne hverken i sig selv eller ud fra rimelighedsbetragtninger kunne være bestemmende for en evt ekspropriationerstatnings størrelse.

U 1989.778 om fortolkningen af Erstatningsansvarslovens § 2 – det udtales bl a, at *reale grunde* med vægt taler imod, at en skadelidt altid skulle fortære retten til påny at oppebære erstatning for tabt arbejdsfortjeneste, såfremt han, efter at have genoptaget arbejdet, igen må sygemeldes som følge af skaden, forinden tilstanden blev stationær, se om dommen *Nørgaard og Vagner*, 207.

Om forståelsen af nogle skrivelse mellem parterne om forlængelse af terminsforretninger udtaler U 1988.339 H, at den i skrivelseerne nævnte forudsætning om en rekonstruktion af et firma »ikke med rimelighed« kunne forstås således, at en part skulle bære riskoen for yderligere tab i forlængelsesperioden.

U 1987.359 tager afstand fra en udtalelse i en dissens til en landsskatteretserkendelse om at bryde det almindelige skatteretlige princip, hvorefter udgifter først kan bringes til fragdrag i den periode, i hvilken de afholdes, »ud fra rimelighedssynspunkter«.

U 1987.383 om henskydelse af erstatning efter Rpl § 1018 f, stk 3, 2. pkt til civilt søgsmål, udtaler, at kravet i den foreliggende sag »ikke på rimelig måde vil kunne behandles i straffretsplejens former«.

U 1987.793 H til sidesætter eksklusionen af et foreningsmedlem med, at han burde have haft lejlighed til at fremføre sine synspunkter på en generalforsamling. Ved at afskære ham herfra havde man til sidesat væsentlige retsbeskyttelseshensyn.

### *B. Afgørelser, der lægger vægt på rimelighed*

U 1988.983 H anvender nok udtrykket »rimeligt« i forbindelse med fastsættelse af et opsigelsesvarsel for handelsagenter, men dette var blot en anvendelse af en kutyme inden for branchen, hvorefter domstolene i det enkelte tilfælde måtte fastsætte et vist opsigelsesvarsel.

U 1987.440 HKK udtaler om bestemmelsen i Rpl § 730, stk 1 og § 735, stk 1 in fine om tiltaltes adgang til at udpege en forsvarer, at bestemmelserne må forstås »med det naturlige forbehold«, at denne forsvarer kan påtage sig hvert inden for en rimelig tid.

U 1987.573 fastslår, at en prøveprocederende advokat kunne underskrive en ankestævning, da dette måtte anses som et naturligt led i førelsen af en prøvesag.

U 1987.872 afgør en sag om samejeres ønske om at bebo hver sin lejlighed i samejeejen-dommen med, at forholdet, da det ikke omfattes af Lejelovens § 83, må vurderes på grundlag af rimelighedsbetragninger.

U 1987.937 dømmer en pressefotograf for overtrædelse af strfl § 264, stk 1, nr 1, idet det

i dommen fastslås, at nyheds- eller informationsværdien ikke kunne opveje hensynet til beskyttelsen af privatlivets fred.

U 1986.77 om opløsning af et interessentskab vedr en fast ejendom udtales, at det findes mest hensigtsmæssigt, at opløsningen sker ved skifteretten i medfør af Skiftelovens § 82.

Problematikken belyses udmærket af den praksis, som har udviklet sig vedr. formueforholdet mellem samlivsparter. En række afgørelser, jfr U 1980.480 H, 1982.93 H og U 1985.607 H viser, at der tilkendes en part, som i et flerårigt, fast samlivsforhold har medvirket til, at den anden part har kunnet skabe eller bevare en ikke betydelig formue, et beløb, hvis størrelse fastsættes skønsmæssigt under hensyntagen til bl a samlivets varighed og parternes økonomiske forhold ved dets ophør. Der henvises ikke til forholdets natur, som højst kan motiveret, at der bør tilkendes et vist beløb, men størrelsen kan ikke afgøres ud fra dette synspunkt. Dette må bero på et skøn, som fører til en rimelig løsning, og så anføres de hovedsynspunkter, som bør tillægges vægt. Hermed afsløres det fordelagtige ved at bruge denne begrundelse i stedet for at henvise til forholdets natur, jfr hertil *Jørgen Nørgaard* i Højesteret 1661-1986 s 111 og ovenfor under I.C.

#### **IV. Retlig interesse**

I processen omtales ofte den retlige interesse som et moment af betydning, bl a for at kunne optræde som sagsøger i en retssag eller indtræde i en sådan. Det er blevet anført, at der hermed eksisterer et begreb, svarende til sagens natur inden for den materielle ret, jfr. *Stephan Hurwitz* i Festkrift til Vinding Kruse, 1940 s 107-131, særlig s 131.

Retlig interesse ses også anvendt i seneste tid i andre forbindelser end de nævnte, jfr U 1987.494 HHK, der nægter udskrifter af en straffedom, da den pågældende ikke havde tilstrækkelig retlig interesse heri, og U 1986.34 HHK om to banker, som det blev pålagt at udlevere bestyrelsесprotokoller til gennemsyn i en straffesag om bedrageri mv. Den ene bank havde inden Højesterets afgørelse udleveret protokollerne, men denne banks kæremål blev ikke afvist, da bankerne burde stilles lige under den fortsatte behandling af straffesagen. Sagen U 1990.611 H om forståelsen af Funktionærlovens § 5, stk 2 var lige ved at blive afvist (5 stemmer mod 4) på grund af manglende retlig interesse, se om dommen *Torben Jensen* i U 1990 B. 442. Derimod fandt U 1991.133 H – uden dissens, at Aktieselskabsregistret havde »rimelig interesse« i at få afgjort, om en aktionæraftale var gyldig. Se endvidere landsrettens begrundelse i U 1990.887 HHK (ikke konkret retlig interesse i retsbogsudskrift m m).

## V. Logiske slutninger

Det viser sig, at et betydeligt antal afgørelser, som falder inden for de relevante grupper, og som henviser til andet end de traditionelle retskilder, lovmotiver, retspraksis, sædvane, analogi, modsætningsslutninger mv, finder den afgørende begrundelse i et logisk ræsonnement, idet der tages udgangspunkt i en betragtning, som ligger fast, hvorefter der drages slutning til det foreliggende tilfælde.

De fleste af disse afgørelser må siges at angå fortolkning af lovbestemmelser. Man kunne derfor indvende, at der overhovedet ikke er spørgsmål om anvendelse af en retskilde. Der er forskel mellem f eks at citere fra lovarbejder og herefter drage slutninger til det foreliggende tilfælde, og så ved at anvende sin egen logiske sans finde argumentation for resultatet.

Denne indvending er næppe afgørende. Det anerkendes almindeligt, at grænsen mellem analogi og udvidende fortolkning er vanskelig at drage, idet der i virkeligheden er tale om at anvende samme betragtningsmåde. Der er blot forskelle mellem de mere klare, mere nærliggende tilfælde, hvor der ofte tales om en blot fortolkning, og så de noget fjernereliggende tilfælde, hvor man foretrækker at bruge terminologien: analogi, jfr herom i § 4.I.

Det kan i den forbindelse anføres, at hvis man efterhånden er blevet noget betænkelig ved den overvældende benyttelse af lovmotiver som retskilde, er det tiltalende, når retten i stedet for at dække sig ind under citater fra lovmotiver selv ræsonnerer med logisk sans om det foreliggende tilfælde.

En del af de afgørelser, der er nævnt foran under III, og som henviser til rimelighedsbetragtninger, kunne meget vel anføres her som udslag af logiske slutninger.

### A. Logiske slutninger til fortolkning af lovbestemmelser

U 1990.214 om forståelsen af særligt retsgrundlag i Forældelseslovens § 1, stk 2 anvender som led i argumentationen, at en person frit kunne fremføre og få påkendt indsigelser om tilbagebetalingskrav trods afgørelse ved Ankenævnet for arbejdsløshedforsikring.

U 1990.310 angår forældelse af adgangen til at foretage udlæg for skatterestancer hos den skattepligtiges ægtefælle. Der anvendes i argumentationen for retten, at de to hæftelser må følges ad »som en logisk konsekvens«, men landsretten stadfæster en fogedafgørelse med den korte begrundelse, at udlægget ikke forældes på noget tidligere tidspunkt end skattekravet mod den anden ægtefælle.

U 1990.355 fastslår, at krav på betaling af arveafgift i forbindelse med ophør af rentenydelse først opstår på ophørstidspunktet og argumenterer ud fra det synspunkt, at afgiftspligten – uanset at den efter Arveafgiftslovens § 10 indtræder allerede ved arveladers død – efter § 15. stk. 2 først skal berigtiges ved rentenydelsens ophør og efter administrativ praksis ikke kan tillades betalt tidligere.

U 1990.359 om fristberegning for tilbagesøgning af for meget betalt leje fastslår, at det

afgørende over for en ny ejer var, at der ikke var foretaget skridt over for denne, som ikke havde været inddraget i sagen om tilbagebetalingspligten.

U 1990.448 H fastslår bl a, at administrationsafgift for et datterselskab, der blev afholdt af moderselskabet, men pgr af datterselskabets driftsunderskud ikke blev betalt, ikke kunne anses for uerholdelige, idet der argumenteres ud fra interessefællesskabet mellem de to selskaber.

U 1990.455 H nægter skattemæssig fradragsret for forsikringspræmier vedrørende driftsbygninger på en gård, hvis jord var bortforpagtet, da driftsbygningerne efter forpagtningskontrakter indgik i så ringe grad i forpagtningsforholdet, at der ikke var grundlag for at inddrage hele forsikringspræmien i forpagtningsafgiften i medfør af Statsskattelovens § 6, stk 1, litra e. eller denne bestemmelse kombineret med litra a.

U 1990.480 om tinglysning af lokalplan fastslår, at den skal tinglyses på de enkelte ejerlejligheder, da det pågældende matrikelnummer var opdelt i ejerlejligheder og derfor ikke længere udgjorde en selvstændig ejendom.

U 1990.582 angår ejendomsforbeholds gyldighed. Vedrørende tidspunktet for god tro ved tredjemanns erhvervelse af det solgte argumenteres der ud fra, at mindsteudbetalingen efter den tidl Kreditkøblov § 18 skal erlægges senest ved overgivelsen af det solgte til køberen; heraf følger, at god tro m h t omstændigheder, som er afgørende for, om købet er forbrugerkøb, jfr § 4, stk 2, må være til stede på dette tidspunkt.

U 1990.689 H: Et flertal på 4 dommere nægter at anvende Arbejdsmiljølovens straffebestemmelser på et selskab, da det som udlejer af gravemaskiner med fører hverken har beføjelse til eller reel mulighed for at drage omsorg for den forsvarlige udførelse af arbejdet, medens mindretallet på 3 dommere pålægger ansvar under henvisning til alm sprogsbrug, og at hverken tekst eller forarbejder udelukker selskabets ansvar.

U 1990.626 H nægter skattemæssigt fradrag for befordringsudgifter mellem skiftende arbejdssteder, da den pågældende ved ansættelsen havde forpligtet sig til at gøre tjeneste efter arbejdsgiverens bestemmelse.

U 1990.643 nægter pantsætning af good-will efter reglerne om løsøre, da den ikke var knyttet til et lejemål, men til pantsætterens person.

U 1990.648 fastslår, at der kun kunne kræves en enkelt retsaftig ved begæring om tvangsauktion over 51 ejerlejligheder, da der var fremsat auktionsbegæring vedrørende alle disse ejendomme, og da der efter Rpl kap. 51 ikke var noget til hinder for at fremsætte en sådan samlet begæring.

U 1990.925 HKK (identisk med U 1990.262, landsrettsafgørelsen) fastslår, at beskikkede forsvarende skal møde personligt. Landsretten fremhævede, at dette følger af, at der ved beskikkelsen sker en prøvelse af, om den er forsvarlig.

U 1990.930 HKK: Da Rpl § 734 udtales, at en advokat, der begærer afhørt som vidne, ikke kan beskikkes som forsvarer, »så er det desto mere« udelukket, at en beskikket forsvarer kan afhøres som vidne.

U 1989.908 H fastslår, at partredere skal beskattes på samme måde som interessenter i et interessentskab, idet den omstændighed, at hæftelsen beroede på en aftale, ikke gav grundlag for at behandle tab anderledes end tilsvarende tab, som lides af en interessent.

U 1989.80 nægter stempelfrihed efter Stempellovens § 10, stk 2, uanset at to pantebreve vedrørte samme gældsforhold, da pantebrevene gav pant i henholdvis fast ejendom og løsøre med deraf følgende regulering.

U 1989.299 fastslog, at en kreditor, som foretog udlæg efter 1. tvangsauktion, ikke kunne forhindre ejeren af ejendommen i at tage sin begæring om ny auktion tilbage, da udlegshaveren ikke var rettighedsinnehaver på tidspunktet for den 1. auktion.

U 1989.305 godkendte en dispensation fra en lokalplan, hvorefter der i et parkeringshus,

beregnet for de lokale beboere, kunne anbringes et benzintankanlæg, da anvendelsen heraf var naturligt knyttet til parkeringshuset.

U 1989.426 begrunder en afgørelse, hvorefter der ikke kræves dommerattest efter Tinglysningslovens § 21 til sammenlægning af ejerlejligheder med, at der ikke kan ske særskilt pantsætning af ejerlejlighederne efter opdeling heri, således at der herefter ikke foreligger flere faste ejendomme i Tinglysningslovens forstand.

U 1989.536 H om fortolkningen af Sømandslovens § 23, stk 1 om fordeling af opsparet hyre for »den tid skibet er i søen«. Der kan ikke regnes med mindre enheder end hele dage, hvilket begrundes med, at beregningen må foretages i overensstemmelse med de almindelige regler om hyrens begyndelses- og ophørstidspunkter, hvor der regnes med hele dage.

U 1988.234 angår fortolkningen af Forældelseslovens § 2 og tager udgangspunkt i 2. pkt, hvorefter forældelsesfristen afbrydes ved retlige skridt. »I overensstemmelse hermed findes bestemmelsen i § 2, 1. pkt at måtte forstås således, at forældelsesfristen regnes fra det tidspunkt, hvor fordringshaveren har et sådant grundlag for at kræve fordringen betalt, at han kan gøre den gældende ved sagsanlæg.«

U 1988.371 H lægger til grund, at en underskrift på et pantebrev måtte opfattes som en bekræftelse af salget af pantebrevet uden angivelse af, til hvem pantebrevet var overdraget, ikke blot som bekræftelse af, at erhververen kunne videresælge til andre. Herefter skulle der svares stempel efter reglerne i Stempellovens § 72, stk 1, jfr § 59, stk 1, 2. pkt.

U 1988.562 H drager den slutning fra Boligreguleringslovens § 61, stk 3, hvorefter samtykke anses for meddelt, såfremt kommunalbestyrelsen undlader at afvise en lejer, at reglen i stk 1, der ikke angiver, hvilken virkning en overskridelse af fristen skal have, ikke kan fortolkes som hjemlende en tilsvarende vidtgående virkning.

U 1988.591 anser et barselvikariat som omfattet af Funktionærlovens § 2, stk 4 med den begrundelse, at et sådant vikariat er et arbejde af rent midlertidigt karakter, (og at arbejdet ikke havde varet over 3 mdr).

U 1988.621 begrunder en afgørelse om vilkårene for opsigelse efter Landbrugsløvens § 12, stk 3 med, at lejerne af landbrugsejendomme har samme krav på beskyttelse som lejere efter Lejeløvens § 87, hvorfor der må gælde de samme formelle krav til sådanne opsigelser.

U 1987.181 afskærer præklusion i et dødsbo ned den begrundelse, at rykkerskrivelse var kommet skifteretten i hænde inden proklamafristens udløb og optaget på fordringslisten, og at skifterettens medhjælper inden fristens udløb havde anmodet om udsættelse med betalingen.

U 1987.360 om retsstillingen for en panthaver, der under auktion har overtaget den pantsatte ejendom og efter aftale med sælgeren af dyr, solgt til ejeren med ejendomsforbehold; det udtales, at panthaveren ikke havde krav på at blive stillet bedre, end køberen ville have været.

U 1987.392 om fortolkningen af Boligreguleringslovens § 51, stk. 1, fastslår, at overskridelse af fristen i denne bestemmelse – hvorom der intet siges i dette stk – ikke kan have en virkning svarende til overtrædelse af bestemmelsen i stk 1 om kommunalbestyrelsens undladelse af at anvise en lejer, hvor der findes udtrykkelig bestemmelse herom.

U 1987.557 tager udgangspunkt i, at en endelig varsling om lejeforhøjelse var ugyldig, fordi der ikke medfulgte regnskab for vedligeholdelsesudgifter, derfor måtte også den foreløbige varsling, som formelt var i orden, være bortfaldet.

U 1987.584 anvender Tinglysningslovens § 47 b, stk 2 om lysning af pant i løsøre, når erhvervsvirksomheden drives fra en lejet ejendom, på et tilfælde, hvor ejeren af ejendommen var interessent i erhvervsvirksomheden, da ejeren af ejendommen herefter ikke var identisk med ejeren af løsøret.

U 1987.742 begrunder adgangen til at begære tvangsauction efter Rpl § 478, stk 1 nr 6 på grundlag af ejerpantebrev, der er slettet ved tvangsauction, med, at den personlige for-

dring stadig består, og at de hensyn, der begrunder kravet om fuldbyrdelsesklausul i gældsbreve, lige så lidt gør sig gældende ved ejerpantebreve som ved andre pantebreve.

U 1987.858 nægter den frie adgang til opdeling af en ejendom med klublejligheder i ejerlejligheder ved at sammenholde § 1, der alene indeholder en definition af hvilke husrum, der falder ind under begrebet ejerlejlighed, med § 10, stk. 1, nr. 4, der giver fri adgang til opdeling i ejerlejligheder af »bygninger, der udelukkende anvendes til andet end beboelse«.

Relationen mellem begrebet »forholdets natur« og »logiske slutninger« ved lovfortolkning belyses af afgørelsen i U 1991.327 H om fortolkningen af Funktionærlovens § 2 a. Problemet var, om en fratrædelsesgodtgørelse er udelukket, selv om der kun er en beskeden alderspension at falde tilbage på. Fratrædelsesgodtgørelsen var beregnet til 66.000 kr, og pensionen udgjorde 8 kr årligt og ca 9.000 kr kontant (hvoraf funktionæren selv havde betalt de 3.000 kr) ved det fyldte 67 år, en alder funktionæren blot manglede 4 år i at opnå. Fratrædelsesgodtgørelse blev nægtet dels under henvisning til ordlyden, dels til forarbejderne. Det sidste afsløres kun ved eftersyn af en redaktionsnote, der henviser til kommentarværker, og heraf fremgår, at et minister-svar til folketingsudvalget klart gik i samme retning, jfr herom ovenfor i § 2 II.B. Sø- og Handelsretten var kommet til det modsatte resultat, idet der lægges vægt på den beskedne størrelse af pensionen.

Hvis man til støtte herfor havde henvist til forholdets natur, havde det næppe overbevist nogen. Men det kunne dog diskuteres, om ikke en logisk slutning må føre til, at man står af på et resultat, hvorefter selv den mest beskedne pension udelukker fratrædelsesgodtgørelsen. Hvis den kun var 8 kr årligt og ikke noget kontant, ville næppe nogen have forsøret et så absurd resultat. Men hvor er så grænsen? Et balancepunkt må der dog være.

#### *B. Logiske slutninger uden for loyfortolkning*

Der findes imidlertid også et ikke ubetydeligt antal retsafgørelser, hvor der ligeførtes er tale om logiske ræsonnementer, men hvor det er svært at få øje på, at retten fortolker en lovbestemmelse. I disse tilfælde falder i hvert fald den indvændig væk, at de logiske ræsonnementer udelukkende er spørgsmål om lovfortolkning.

U 1990.446 H afskærer modregning med udækket akkordfordring over for krav på overskydende skat, da modkravet var omfattet af tvangsakkord i 1979, medens kravet på overskydende skat først opstod efter udgangen af årene 1980-84.

U 1990.809. Den enkelte andelshaver i en andelsboligforening var ikke anvarlig for isoleringsfejl, selv om det kunne stedfæstes til hans lejlighed, da denne fejl angik bygningens bestanddele, som ingen enkelt andelshaver var ansvarlig for.

U 1989.342 fastslog, at der kunne ske tilbagebetaling af auktionsafgift i et tilfælde, hvor auktion blev afvist, fordi en tingbogattest var for gammel, da afvisningen af auktionsbe-

gæringen uden til sidesættelse af retsafgiftslovens bestemmelser kunne være sket, inden beregningen af afgiften fandt sted.

U 1988.236 kommer til det resultat, at der ikke var grundlag for at få et sameje opløst ved auktion, idet der argumenteres ud fra, at et eventuelt sameje allerede var gennemført ved ordning mellem parterne vedrørende benyttelsen, afholdelsen af udgifter, gældsansvar m.v.

U 1987.62 H begrunder en mandlig ægtefælles hæftelse for ydelser til kreditforening med, at ydelserne var forfaldet, da der blev givet meddelelse om bodelingsaftale mellem ægtefællerne, hvorved hustruen blev ene ejer af ejendommen, og manden måtte være klar over, at hun ikke ville være i stand til at bevare den.

U 1987.913 H fastslår, at et ejerpantebrev for 300.000 kr ikke ved tinglysning på 3 forskellige ejendomme opnår sikkerhed ud over denne ramme, med den begrundelse, at det ikke i pantebrevet eller på anden måde var aftalt, at hver ejendom skal hæfte for hele beløbet.

Om det skattemæssige korrelatforhold mellem kurstab og kursgevinst se ovenfor I § 3 IV.B.

## VI. Anomalier

Som en særlig gruppe kan udskilles tilfælde, hvor det afgørende er, at et modsat resultat ville føre til anomalier i forhold til, hvad der i øvrigt er fastslået ved loven eller er sikker gældende ret. Der er for så vidt også tale om en form for logisk ræsonnement, men det har en særlig og man kan vel tilføje skærpet karakter.

Betrægtninger af denne art understreger, at det også er en domstolsopgave at tilstræbe harmoni inden for den gældende ret. Også derfor er der grund til at udskille disse tilfælde til særbehandling.

U 1990.60 H om lejeforhøjelser i anledning af forbedringer. Der argumenteres ud fra, at det ikke kan antages at have været meningen, at udlejeren ville opnå mere end fuld dækning, hvis han kunne medregne afskrivninger ved lejeforhøjelse og samtidig lade afgiften indgå i beregningen af henlæggelsesbeløb.

U 1990.276 om retsafgift i sager som huslejeforhøjelse efter erhvervslejelovgivningen argumenterer ud fra, at det »ikke uden videre (synes) velbegrundet at antage, at retsafgiften om lejeforhøjelse p gr af stigninger i skatter og afgifter skal beregnes af  $10 \times$  den årlige stigning, når sager om lejeforhøjelse i forb med f eks forbedring af erhvervslejemål afgiftsmæssigt skal behandles anderledes«.

U 1990.797: Privat skifte kunne ske med til sidesættelse af barn, født uden for ægteskab i Grønland, uanset faderskabet hertil var anerkendt af faderen i den grønlandske kredsret, da sådan anerkendelse efter de dagældende regler ikke havde betydning. Som begrundelse anføres bl.a., at det modsatte resultat ville medføre, at arvelader havde savnet opfordring til at udnytte sin testationskompetence til skade for dette barn, som han ikke havde forbindelse med.

U 1986.56 om restancer for fjernvarme i forbindelse med en tvangsauktion anvender som sidste led i argumentationen, at det modsatte resultat ville indebære, at fordringen, der ikke var sikret ved tinglysning, uden at opfylde betingelserne i Tinglysningslovens § 10, stk

3, reelt ville blive stillet som en tinglyst panteret med deraf følgende risiko for påvirkning af budene på tvangsauktionen.

U 1986.586 om bedømmelsen af en lægepraksis' good-will i relation til Retsvirkningslovens § 15, stk 2 tager udgangspunkt i, at lægen ikke ved at afhænde sin praksis kunne oppebære beløb herfor, uden at han i realiteten samtidig udsattes for at blive afskåret fra at drive praksis i området, hvor der ikke var fri nedsættelsesret (smh U 1986.673).

Om afgørelsen i U 1935.286 H se i indledningen til § 10.

## VII. Formål

Når der i domsbegründelser henvises til lovens formål, skyldes det oftest, at dette kan udledes af lovforarbejderne, jfr ovenfor i § 2 G. Men der findes en del afgørelser, hvor der vel henvises til lovens eller lovbestemmelsernes formål, men hvor det i hvert fald ikke kan ses ud fra dommen, at dette er tilfældet. Man må derfor gå ud fra, at det undertiden skyldes rettens egen vurdering af, hvad der må antages at være lovbestemmelsens formål, jfr herom *Eckhoff: Rettskildelære*, 1987 s 87-99, der om præmisserne til Nrt 1934.625 anfører, at argumentationen om lovens mening ikke var helt overbevisende.

U 1991.124 om fortolkning af den tidl Kreditkøbslovs § 17, stk 1, nr 2, der anvender udtrykket »kreditkøbspriser«; der lægges vægt på ordlyden og »hvad der må antages at have været formålet med bestemmelsen«.

U 1990.413 fastslår, at Rpl § 170, stk 1, jfr stk 4 om undtagelser fra vidnepligt også omfatter en juridisk medarbejder ved Københavns Retshjælp, idet der generelt henvises til formålet ved bestemmelserne.

U 1990.453 H om Bistandslovens § 129 om tvangsmæssig anbringelse af børn uden for hjemmet udtales, at hovedformålet med bestemmelserne »må være at sikre, at tvangsmæssig anbringelse af børn uden for hjemmet altid skal kunne forlanges undergivet domstolenes prøvelse«. Herefter fastslås så, at fristerne for sådan indbringelse er overholdt.

U 1989.100 nægter anvendelse af Rpl § 525, stk 2 om afdragsordning for bøder »under hensyn til det særlige formål med betalingspligten«.

U 1989.343 udtales, at det må antages at være hensigten med Erstatningsansvarslovens regler om forsørgertabserstatning at ligestille ugifte samboende, hvis samliv har haft ægte-skabslignende karakter, med ægtefæller.

U 1989.633 om bortfald af den såkaldte »forkortejladshyre«, jfr Besætningslovens § 24, stk 2, uanset lovens formål ikke åbenbart var forudset af lovgivningsmagten.

U 1989.816 udtales, at udmåling af bødestraf for ulovligt salg fra døgnkiosker måtte ske efter samme hensyn, der ligger bag ved bestemmelserne om lukkelovgivningen, som har til formål at modvirke konkurrenceforvridning inden for butikshandel med fødevarer.

U 1989.784 H begrunder resultatet, at en krydset check ikke behøver at blive udbetalt i den bankafdeling, hvori den påg er kunde, bl a med det formål, der søges tilgodeset med bestemmelsen herom i checklovens § 38, stk 5.

U 1989.119 H om Sommerhuslovens § 11 henviser til ordlyden og bestemmelsens formål.

Ved grundelsen i U 1988.129 om forståelsen af Ejelerlighedslovens § 2, stk 4 anfører flertallet i en indskudt sætning »også under hensyn til bestemmelsens formål«. Dette var ikke bemærket i landsretsdommen, og iøvrigt havde sagsøgte under sin procedure henvist

til, at »reale grunde« talte for en restriktiv fortolkning af bestemmelsen. Det anføres også i proceduren, at problemet »i det mindste« burde være omtalt i forarbejderne, hvad det altså ikke var.

U 1988.956 benytter som begrundelse for, at adoptionsforholds gyldighed forudsætter, at adoptanten er i live på bevillingstidspunktet, med, at dette »efter hele formålet med adoptionsinstituttet« må være en klar forudsætning.

U 1986.447 H fastslår, at Skattestyrelsесlovens § 29, stk 1 kun tager sigte på en skatteyderens adgang til at indbringe en sag for domstolene; skatteydere påstand om afvisning blev derfor ikke taget til følge. I begrundelsen lægges der vægt på bestemmelsens placering i loven og dens formål. (Jfr herved U 1986.572 om anvendelse af StrfL § 134 a, der også lægger vægt på bestemmelsens placering i straffeloven).

U 1986.685 fastslår, at der for hver medejer af en fast ejendom skal forevises adkomstdokument eller erklæring efter Tinglysningslovens § 9, stk 2, 2. pkt, idet der argumenteres ud fra ordlyden og formålet med § 9, stk 2, jfr den tidl Tinglysningsbekendtgørelse 1977 § 23.

Spørgsmålet er, om ikke den virkelige argumentation ligger i, at domstolene kommer til resultatet, fordi lovens regler ikke kan komme til at virke hensigtsmæssigt, hvis man ikke rammer det foreliggende tilfælde. Afgørelsen i U 1979.748 H om overskridelse af den af handelsministeren fastsatte hastighedsgrænse motiverer en streng bødestraf med »det af regeringen og folketinget tilkendegivne mål om en begrænsning af benzinforsbruget«. Der henvises i note til dommen til FT 1978/79 Forh sp 8548-76, der dog efterlader indtrykket af en noget forskellig vurdering i Folketinget.

*Preben Wilhjelm i J 1989. 331 ff* sondrer mellem den generelle eller overordnede hensigt, som ikke anerkendes som selvstændig retskilde, og angivelse af hensigten med enkelte særlige bestemmelser.

Undertiden kunne man ønske, at der under retssager i højere grad var tilvejebragt oplysninger om det praktiske grundlag, når der skal vælges mellem forskellige løsninger. Dette belyses af afgørelsen i U 1990.21 H, der angik det meget omtvistede spørgsmål, om maksimum af panteretten ved håndpantsættning af ejerpantebreve efterhånden forhøjes med det rentebeløb, som er anført i ejerpantebrevet. Resultatet blev, at dette kun gælder, hvis håndpantha-veren kan godtgøre, at det klart er tilkendegivet pantsætteren, at pantsikkerheden på den måde successivt forøges, jfr om dommen *Pontoppidan* i U 1990 B. 246-249. Først ved belysningen af de praktiske erfaringer, givet af *Lynge Andersen og Jørgen Nørgaard* i U 1990 B. 471-476 blev der bragt klarhed her-over: De sædvanligt anvendte formularer i bankkredse opfyldte ikke dette krav.

### VIII. Almindelig erfaring og konsekvenser

I enkelte afgørelser eller konsekvenser henviser retten til almindelige erfaringer eller konsekvenser på det pågældende område. Om så dette skyldes, at parten nu har gjort rede herfor i sagen, eller om det er rettens egen kendskab hertil, er ikke klart. Hvis det sidste har været tilfældet, burde det vel være nævnt af dommerne under sagens gang.

U 1990.21 H angår spørgsmålet om sikkerhed i ejerpantebrev som omfattende også renter af maksimum, når pantebrevet overdrages til sikkehed, jfr ovenfor under VII. Som led i argumentationen anfører mindretallet, at pantsætter i almindelighed går ud fra, at der ikke påløber renter af pantegælden, sålænge panteretten ikke gøres gældende p gr af debtors misligholdelse. Jfr om dommen *Pontoppidan* i U 1990 B. 246-249 om den »massive kritik, der i litteraturen har været over for den herskende praksis. Det nævnes, at det – som sagen var anlagt – var vanskeligt at overskue konsekvenserne af en ændring heri.

U 1986.709 begrunder resultatet med, at der ved udmåling af erstatning for uberegtiget anholdelse også ydes godtgørelse for ransagning på anholdtes bopæl, idet det anføres, at foretagelse af ransagning erfaringsmæssigt ofte forekommer i forbindelse med anholdelse.

U 1986.761 H indeholder en dissens, der tager udgangspunkt i, at en berigtede advokat i almindelighed må antages at besidde et tinglyst sælgerpantebrev på sælgerens vegne, og fortsætter med, at der ikke er oplyst grundlag for, at dette ikke skulle være tilfældet i den foreliggende sag.

Se hertil *Torben Jensen* i U 1990 B 442, der understreger, at domstolene må overveje, hvor stærk præjudikatvirkningen må forventes at blive.

### IX. Konklusion

Konklusionen af de fremdragne afgørelser og synspunkter må blive, at terminologien »forholdets eller sagens natur« opgives i retslitteraturen. I den retning peger dels den omstændighed, at domstolene i hvert fald i nyere tid ikke anvender terminologien, dels at man i de andre nordiske lande stiller sig meget skeptisk over for anvendelsen heraf.

End ikke som »paraplyterminologi« er udtrykket heldigt, idet det kommer til at omfatte tilfældegrupper, som meget dårligt kan bringes ind under en naturlig forståelse af dette udtryk.

For enkelte af de undersøgte tilfældegrupper kunne man måske anvende terminologien. Men hvis forholdet er det, at domstolene erkender, at der er anvendt et *skøn*, en vurdering af det *rimelige* eller *urimelige* efter omstændighederne i den konkrete sag, så bør dette siges åbent og tydeligt, således som det faktisk undertiden sker i retspraksis. Det samme gælder, når der navnlig i processpørgsmål henvises til, om der foreligger fornøden *retlig interesse*, ligeledes som det faktisk sker, og med fuld tilslutning i teorien.

Hvad angår *almindelige retsgrundsætninger*, kan udtrykket sagens natur måske mobiliseres for at beskrive den første spæde begyndelse til dannelsen af disse grundsætninger. Men én svale gør ingen sommer, og en enkelt retsafgørelse er ikke uden videre identisk med, at der er etableret en almindelig retsgrundsætning. Først når den nye opfattelse er blevet almindeligt accepteret, har fæstnet sig i praksis, er måske blevet filet til og bedre afpasset gennem brugen, når der måske ligefrem har dannet sig en sædvane, eller retslivet kan siges at have levet op til den, kan man med rette tale om en almindelig retsgrundsætning. Men så har andre retskilder altså medvirket til dannelsen.

Herudover bliver der en række tilfælde, som i hvert fald ikke har meget med forholdets natur at gøre. Som det sker i praksis, kan resultatet motiveres med en *logisk slutning* eller med henvisning til, at et modsat resultat må betragtes som en *anomali*.

Henvisninger til lovbestemmelsens *formål* er helt selvfølgelige, hvor dette klart fremgår af lovens forarbejder, men er dette ikke tilfældet, må der udvises forsigtighed, idet henvisningen let kan blive et udtryk for rettens mere eller mindre subjektivt farvede opfattelse af, hvad lovgivningen har tilsigtet.

Henvisninger til *principper fra andre retsområder* kan ofte være meget dækkende og er et udtryk for, at domstolene søger at skabe harmoni mellem retsreglerne på forskellige livsområder.

*Almindelige erfaringer og betragtninger om konsekvenser* kan virke med stor styrke, men forudsætningen må være, at forholdet er blevet tilstrækkeligt belyst under behandlingen af retssagen, således at der ikke bagefter kan konstateres alvorlige misforståelser vedrørende rent faktiske forhold.

Hvis så domstolene erstatter nogle af de i realiteten intetsigende begrundelser for resultaterne med klare udtryk, evt hentet fra parternes procedure, ville det tilfredsstille parterne, fremme retssikkerheden og hjælpe retsvidenskaben. I ældre tider var publikum tilfreds med, at en *deus ex machina* steg ned og løste problemet uden nogen begrundelse, men nu vil man gerne se ind i mekanikken og blive bekendt med årsagen til, at problemet blev løst. Således også her.

Jeg er fuldstændig klar over, at en total opgivelse af udtrykket og begrebet »forholdets eller sagens natur« som hævdet her vil møde stærk kritik, når generationer af jurister har vænnet sig til at benytte sig heraf, selv om det altså ikke længere bruges i domssproget. Jurister har jo gennemgående en trofast, traditionel opfattelse af indlærte grundbegreber. Kritikken skal være velkommen. Men retsvidenskaben skal ikke uden videre bøje sig herfor. Hvis ikke traditionelle begreber af og til underkastes en analytisk kritik, står vi i stampe. Og stilstand betyder i den henseende det samme som tilbagegang.

Gennemgangen af de forskellige retskilder har berørt et vigtigt problem, nemlig om domstolenes adgang til at optræde som et organ, der selvstændigt

danner retsregler eller udøver kritik over for retssætninger, som støttes af andre retskilder.

Sammenfattende kan det siges, at domstolenes selvstændighed til at optræde retsskabende og retskontrollerende navnlig afhænger af tre momenter:

Jo sikrere en retssætning er fastslået, og jo længere den har fungeret, desto mere begrænset er denne domstolenes virksomhed. Omvendt er friheden større, jo vagere og kortvarigt retssætningen har virket.

Dernæst er domstolenes frihed begrænset, når det drejer sig om forhold af politisk natur. Hermed tænkes ikke på det partipolitiske, men på forhold, der kræver en videregående undersøgelse af samfundsproblemer, idet domstolene ved deres afgørelser er begrænset af den belysning af emnet, som parternes hele procedure har kunnet mestre. I disse tilfælde er lovgivningsmagten overlegen. Det er derfor forståeligt, at domstolene har været meget forsiktig med at opstille faste regler, evt ved hjælp af analogier, om faktiske samlivsforhold, jfr ovenfor i § 4.II.C. Omvendt har domstolene deres styrke, når det drejer sig om juridisk-tekniske problemer. Dette gælder f eks ved afgørelser inden for Formueretten, herunder Erstatningsretten, hvor domstolene takket være denne flod af sager, som stadig forelægges dem, får et godt overblik over udviklingen og konsekvenserne af afgørelserne.

Det er et spørgsmål, hvor dristige domstolene skal være for at afhjælpe fejl i lovgivningen, se herom *Blok: Ejelerligheder*, 2. udg, 1982 s 680, der mener at domstolene på områder, hvor ingen vitale menneskelige eller samfundsmæssige interesser står på spil, ikke skal hjælpe, når lovgiveren »udviser en sådan grad af sjuskeri eller udygtighed«. Noget længere kan de vel nok gå, se herom § 2 III.V og D.

Endelig er det helt klart, at domstolene har en vidtgående kompetence til at træffe afgørelser, hvor lovgivningen direkte har overladt til domstolene at træffe afgørelser derved, at lovbestemmelsen kun indeholder en bred formulering som f eks Aftalelovens § 36 og Markedsføringslovens § 2 eller Straffelovens § 80 om strafudmåling, og i endnu højere grad, hvor lovgivningen har afstået fra at give regler om f eks udmåling af erstatning eller godtgørelse. Domstolenes kompetence kan naturligvis være indskrænket ved motivudtalelser eller derved, at de selv danner en fast retspraksis.

Der er ikke meget nyt i disse betragtninger, kun dette, at de har kunnet udbygges ved gennemgang af de faktisk anvendte domsbegrundelser.

## § 11

# Begyndelsen og slutningen

Det begyndte i 1950'erne. Nærmere bestemt i 1951, da jeg forlod domstolene og gik over til Universitetet. Selv om jeg indtil da på forskellig vis havde undervist i jura, og selv om jeg af til havde skrevet lidt jura, er det ikke det samme som at have en stilling, der medførte pligt til juridisk forskning og pligt til at forsyne faget med egnede lærebøger. Der meldte sig derfor meget naturligt en trang til at finde ud af, hvad der egentlig var grundlaget for det retlige system, altså bl a hvad retskilder egentlig var for noget.

Fra domstolsvirksomheden var jeg vel bekendt med f eks den hjælp, der lå i at studere lovens motiver for at nå til et holdbart resultat, men på det teoretiske plan fandt jeg ikke megen vejledning. De almindeligt holdte udtalelser passede ikke rigtig sammen med, hvad jeg kendte fra domstolsverdenen. Dette affødte betragtninger herom: Domstolenes stilling til lovmotiver i TfR 1953 .145-192, hvor det betones, at praksis i nogen grad følte sig forladt af teorien. En række vigtige afgørelser blev truffet ud fra retskildemæssige betragtninger, uden at denne side af sagen havde været forelagt på samme måde som de øvrige problemer, der blev forelagt.

Men det var vanskeligt at foretage denne konfrontation mellem teori og praksis. Der måtte navnlig bygges på ret plurerede kilder: Redaktionsnoter, domskommentarer, underhåndsoplysninger fra advokater og dommere. Men det var dog en begyndelse.

På samme måde gik det med at undersøge problemet om præjudikater, jfr TfR 1954 .484-536. En udbygning heraf med henblik på relationen til andre landes retssystemer, særligt det engelske, førte til afhandlingen i Scandinavian Studies in Law, 1959 .55-86, hvor der blev taget afstand fra den almindelige opfattelse, at man i nordisk ret ikke viste den samme respekt for præjudikater, som man har i det engelske retssystem: »On the other hand, the Continental judge – or at any rate a Danish or Norwegian judge – will, to a larger extent than is perhaps traditionally assumed, feel bound by earlier decisions. It may even be that the Continental judge feels less responsible for the development of the law, and is therefore more apt to follow the precedent.« Det var nok at sætte sagen på spidsen. Men meget fornuftigt var der ingen, som fandt anledning til at fremvise vor respekt for motivudtalelser for et engelskoriente ret publikum, som næppe ville tro på sådant nonsens.

En senere fremstilling om analogi og modsætningsslutninger i Juristen 1967 .41-59 var vist nærmest affødt af en sproglig undersøgelse i Juridisk Grundbog, 1. udg, 1962, hvor redaktøren måtte træde til, da sprogekspertene måtte have flere år til at udarbejde noget rimeligt om retssproget, noget de skulle først excerptere, jfr herom i dette værks 3. bd § 1. En senere prøve af sproglig karakter viste, hvilken usikkerhed der var, når ord skulle fortolkes, og dermed hvornår der blot var spørgsmål om fortolkning, og hvornår man drog analogislutninger, jfr herom i § 4.I.

300-års jubilæet for Danske Lov gav anledning til at tage spørgsmålet om sædvaner op til behandling, jfr Festschriftet Danske og Norske Lov i 300 år, 1983 .577-608.

Med god bistand fra andre sider er det så i denne udgave lykkedes at tage andre vigtige retskildeproblemer op til behandling. Det viste sig da, at der herved dukkede resultater op, som for mig undertiden var overraskende. Dette gjaldt særligt forsøg på at beskrive mere realistisk, hvad der ligger i den traditionelle henvisning til forholdets natur som retskilde.

Men som fremstillingen i dette bind viser, vælder det nu med tilgængelige oplysninger om domstolenes stilling til retskildeproblemer. Nu er det mere et spørgsmål om at vælge og sortere, medens man for 40 år siden måtte være taknemlig for ethvert lille spor, der kunne hjælpe frem på vejen.

Den udvikling, som er sket i praksis vedrørende stillingtagen til retskildeproblemer, skyldes naturligvis ikke de ovennævnte skiblerier herom. Præmisser til domme er blevet ganske anderledes vejledende, medens de tidligere ofte havde karakter af orakelsvar. Afsløringen af dissenser, først anonymt, senere med navn, har virket i samme retning og nu som noget helt naturligt. Baggrunden herfor er naturligvis, at man ikke længere bøjer sig i dyb ærbødigthed for autoriteten, men ønsker at vurdere, om autoriteten er velgrundet. Men det er heldigt, at den realistiske analyse af domstolenes stilling til retskildeproblemer er kommet sammen med denne udvikling.

Der er grund til at understrege, at det har været af afgørende betydning, at Ross, senest i bogen: Om ret og retfærdighed, 1953, tog retskildeproblemet op til fornyet analysering. Selv om Ross helt principielt undlod at inddrage oplysninger fra retspraksis i udviklingerne herom, bragte hans afhandling herom lys over dunkle punkter. I modsætning til så mange andre vil jeg understrege denne betydning. Det er ikke afgørende, om man fulgte hans ideer alle vegne.

Engang i 1950'erne sagde Ross til mig: »Vi deler. Du tager dit, og jeg mit.« Han bevægede sig i de højere luftlag, jeg tog mig af ormenes liv. Det når man ikke ret langt med. Det drejer sig om hanefjed. Men på forkanten.

# Litteratur

Oversigt over litteratur ufuldstændigt citeret:

- Andenæs, Johs.*: Innföring i rettsstudiet, Oslo, 1979  
*Augdahl, Per.*: Forelesninger over rettskilder, Oslo, 1949  
*Bentzon, Viggo.*: Retskilderne, 1907  
*Berg, Paal*: Prejudikater, Oslo, 1948  
*Blok, Peter*: Ejelerligheder, 1982  
*Christensen, Jens Peter*: Forfatningsretten og det levende liv, 1986  
*Eckhoff, Torstein*: Rettskildelære, 2. udg, Oslo, 1987  
*Eyben, W.E. von*: Formuerettigheder, 7. udg 1983  
*Eyben, W.E. von*: Panterettigheder, 8. udg 1987 ved Henning Skovgaard  
*Finna rätt*, Helsingfors, 2. udg, 1988  
*Gomard, Bernhard*: Analogi i strafferetten. I Festschrift til Alf Ross, 1969.125-152  
*Gram Jensen, Sven*: Almindelig retslære, 1989  
*Gaarder, Karsten (under medvirken af Peter Lødrup)*: Domstolene og den almindelige rettsutvikling i »Den dommende magt«, Oslo, 1966  
*Hellner, Jan*: Rättsteori, Stockholm, 1988  
*Hurwitz, Stephan*: Den danske kriminalret, 4. udg ved Knud Waaben, 1971  
*Karlgren, Hjalmar*: Kutym og rättsregel, 1960  
*Munch, Mogens*: Konkursloven med kommentarer, 5. udg, 1987  
*Nørgaard, Jørgen og Hans Henrik Vagner*: Lærebog i erstatningsret, 1990  
*Ross, Alf*: Ret og retfærdighed, 1953  
*Stang, Frederik*: Fra spredte retsfelter, 1916  
*Strömholm, Stig*: Rätt, Rättskäller och Rättstillämpning, Stockholm, 1984  
*Stuer Lauridsen, Preben*: Studier i retspolitisk argumentation, 1974  
*Stuer Lauridsen, Preben*: Retslæren, 1977  
*Taxell, Lars-Erik*: Rätt och demokrati, Åbo, 1976  
*Ussing, Henry*: Aftaler, 1945  
*Vinding Kruse, A.*: Erstatningsretten, 5. udg 1989  
*Vislie, Jon*: Lovmotivers betydning for lovfortolkning, Oslo, 1932  
*Ørsted, Anders Sandøe*: Håndbog over den danske og norske lovkyndighed, I, 1822

# Domsregister

<i>Danske domme</i>	U 1925.277 H 140	U 1939.48 H 91, 98
JU 1850.259 H 179	U 1925.823 H 93	U 1939.194 136
JU 1857.199 179	U 1925.916 H 107	U 1939.735 H 72, 274
HRT 1858.406 108	U 1926.239 H 77, 107	U 1940.36 H 115
HRT 1858.734 107	U 1926.649 280	U 1940.156 135
JU 1869.152 107	U 1926.940 H 60	U 1949.594 58
U 1882.615 88	U 1927.19 H 60	U 1940.713 H 77, 107
U 1884.67 156	U 1927.73 H 60	U 1941.145 134
U 1884.299 156	U 1927.585 H 221	U 1941.337 H 140
U 1884.602 156	U 1927.980 95	U 1941.529 H 64
U 1888.479 H 186	U 1928.656 H 16, 67	U 1941.563 H 94
U 1890.609 186	U 1928.673 H 62	U 1941.1054 H 182
U 1890.637 100	U 1928.1001 H 162	U 1942.171 60
U 1892.59 H 156	U 1929.261 H 77	U 1942.285 H 54
U 1892.258 H 100	U 1929.262 H 96, 189	J 1942.335 133
U 1892.787 H 156	U 1929.609 16, 36, 68	U 1942.356 H 108
U 1894.342 H 156	U 1929.678 H 41, 62	U 1942.597 61
U 1895.932 H 92	U 1929.743 H 201	U 1942.602 61
U 1898.443 H 107	U 1930.6 H 76	U 1942.1002 255
U 1899.906 H 92	U 1930.375 58	U 1943.592 H 67
U 1901.898 H 28	U 1930.525 59, 64	U 1943.1098 H 137
U 1904 A. 315 156	U 1930.646 H 89	U 1944.485 H 108, 193
U 1904 B. 266 H 104	U 1930.782 71	U 1944.527 H 102
U 1904 B. 287 H 151, 152, 165	U 1931.70 H 194	U 1944.598 139
U 1905 B. 304 H 165	U 1931.662 H 91	U 1944.958 98
U 1906.177 109	U 1934.719 H 42, 133, 148	U 1945.554 134
U 1908.318 H 89	U 1934.1108 91	U 1946.31 H 61
U 1909.423 H 92	U 1935.1 H 61, 72	U 1946.92 H 47
U 1909.954 92	U 1935.26 H 61	SHT 1946.197 92
U 1911.693 179	U 1935.286 H 274, 291	U 1946.511 157, 162
U 1912.177 H 89	U 1935.686 H 277	U 1946.786 H 61
U 1912.581 H 22	U 1935.767 H 22	U 1946.1314 62
U 1913.249 H 179	U 1935.1040 H 64	U 1947.467 158
U 1914.479 158	U 1935.1053 H 92	U 1947.772 254
U 1915.393 H 91	U 1935.1147 136	U 1947.851 H 89
U 1916.930 157	U 1936.74 H 58	U 1948.72 H 91
U 1917.909 178	U 1936.527 157	U 1948.119 H 115
U 1923.1 H 189	U 1937.3 H 54, 64	U 1948.566 92
U 1923.852 HKK 91, 98	U 1937.91 H 91, 104, 207	U 1948.837 254
U 1924.161 200	U 1937.622 144	U 1948.849 H 111, 191
U 1924.301 107	U 1937.714 H 42	VLT 1949.58 92
U 1924.613 77, 107	U 1938.447 H 144	U 1949.473 III
U 1924.885 156, 157	U 1938.640 133	U 1949.491 II
U 1925.90 H 42, 66	U 1938.1040 H 182	U 1949.683 III
		U 1949.817 H III

U 1950.108 <i>128</i>	U 1957.311 H <i>50</i>	U 1962.922 <i>89</i>
VLT 1950.161 <i>162, 163</i>	U 1957.602 <i>98</i>	U 1963.330 <i>243</i>
VLT 1950.162 <i>133</i>	U 1957.1045 H <i>199</i>	U 1963.377 H <i>201</i>
U 1950.284 H <i>94</i>	U 1958.188 <i>134</i>	U 1963.392 H <i>122</i>
U 1950.596 <i>122</i>	U 1958.236 H <i>182</i>	U 1963.394 H <i>54</i>
U 1950.801 <i>99</i>	U 1958.268 <i>43</i>	U 1963.433 <i>61, 235, 243</i>
U 1950.829 <i>61</i>	U 1958.543 H <i>136, 148</i>	U 1963.481 H <i>64</i>
U 1951.147 H <i>47</i>	U 1958.659 <i>72</i>	U 1963.505 H <i>184</i>
U 1951.213 H <i>95</i>	U 1958.744 H <i>23</i>	U 1963.544 H <i>64, 110, 122</i>
U 1951.290 H <i>57, 131</i>	U 1958.785 H <i>182</i>	U 1963.617 <i>255</i>
U 1951.742 H <i>54</i>	U 1958.843 H <i>279</i>	U 1963.679 H <i>220</i>
U 1951.778 H <i>60</i>	U 1958.868 H <i>199</i>	U 1963.739 <i>64</i>
U 1951.1003 H <i>199</i>	U 1958.909 H <i>189</i>	U 1963.826 <i>47</i>
U 1952.12 <i>60</i>	U 1958.1084 H <i>42, 124</i>	U 1963.873 <i>42, 44</i>
U 1952.30 H <i>98, 137, 139</i>	U 1958.1159 H <i>227, 243</i>	U 1963.970 H <i>199</i>
U 1952.256 <i>102, 128</i>	U 1958.1275 <i>112, 216, 217</i>	U 1963.973 H <i>199</i>
U 1952.797 H <i>58</i>	U 1959.39 H <i>195</i>	U 1963.1019 H <i>190</i>
U 1952.974 H <i>95</i>	U 1959.103 H <i>205</i>	U 1963.1028 <i>44</i>
U 1952.1033 H <i>64</i>	U 1959.170 H <i>71</i>	U 1963.1029 <i>45</i>
U 1952.1081 <i>72</i>	U 1959.556 <i>139, 148</i>	U 1964.196 <i>64</i>
U 1952.1097 <i>60</i>	U 1959.581 <i>136</i>	U 1964.393 H <i>42</i>
U 1953.28 H <i>41</i>	U 1959.762 H <i>103</i>	U 1964.426 <i>72, 99, 131</i>
U 1953.82 H <i>99</i>	U 1960.33 H <i>199, 231</i>	U 1964.596 H <i>203</i>
J 1953.124 <i>133</i>	U 1960.186 H <i>139, 148</i>	U 1964.615 H <i>110</i>
U 1953.150 <i>54, 64</i>	U 1960.332 H <i>72</i>	U 1964.624 H <i>253</i>
U 1953.165 <i>61</i>	U 1960.388 H <i>72</i>	U 1964.698 <i>42, 47</i>
U 1953.434 H <i>182</i>	U 1960.506 H <i>199</i>	U 1964.873 <i>41</i>
U 1953.440 H <i>29</i>	U 1960.546 H <i>239, 243</i>	U 1965.19 H <i>72, 99, 131</i>
U 1953.595 <i>254</i>	U 1960.576 H <i>115, 181</i>	U 1965.43 H <i>184</i>
U 1954.57 H <i>89</i>	U 1960.781 H <i>199</i>	U 1965.126 H <i>278</i>
U 1954.116 <i>99, 102, 128</i>	U 1960.788 H <i>42</i>	U 1965.182 <i>61, 142</i>
U 1954.442 H <i>110</i>	U 1960.1061 H <i>208</i>	U 1965.216 <i>57</i>
U 1954.508 H <i>145</i>	U 1961.43 H <i>116</i>	U 1965.267 H <i>208</i>
U 1954.674 H <i>189</i>	U 1961.135 <i>245</i>	U 1965.269 H <i>42, 231, 243</i>
U 1954.678 H <i>189</i>	U 1961.148 H <i>105</i>	U 1965.304 H <i>151, 185</i>
U 1954.703 H <i>196</i>	U 1961.370 H <i>199</i>	U 1965.336 <i>54</i>
U 1955.13 H <i>104, 183, 281</i>	U 1961.525 H <i>61</i>	U 1965.373 <i>161</i>
U 1955.78 H <i>93</i>	U 1961.563 H <i>64, 93</i>	U 1965.415 H <i>88</i>
U 1955.203 <i>134</i>	U 1961.570 H <i>64</i>	U 1965.427 H <i>195</i>
U 1955.251 H <i>94</i>	U 1961.592 <i>72, 199</i>	U 1965.444 H <i>41</i>
U 1955.430 H <i>47</i>	U 1961.777 H <i>122</i>	U 1965.493 H <i>54</i>
U 1955.607 <i>110</i>	U 1961.833 <i>42</i>	U 1965.552 <i>110</i>
U 1956.215 H <i>115</i>	U 1961.888 H <i>98, 112</i>	U 1965.620 H <i>42, 192</i>
U 1956.259 H <i>134, 148</i>	U 1961.932 <i>57</i>	U 1965.622 H <i>192</i>
U 1956.265 H <i>204</i>	U 1962.59 H <i>98, 196</i>	U 1965.648 H <i>199, 219, 220</i>
U 1956.400 <i>131</i>	U 1962.218 <i>139</i>	U 1965.655 <i>144</i>
U 1956.512 H <i>72, 73</i>	U 1962.330 H <i>29, 58, 229</i>	U 1965.863 <i>93</i>
U 1956.742 H <i>110</i>	U 1962.588 <i>54</i>	
U 1957.113 H <i>64</i>	U 1962.899 H <i>64</i>	
U 1957.306 H <i>202</i>	U 1962.906 <i>61, 64</i>	

- U 1965.864 93  
 U 1965.893 51  
 U 1966.192 139  
 U 1966.241 H 205  
 U 1966.245 HKK 193,  
   207, 208  
 U 1966.269 H 42, 243  
 U 1966.272 H 203  
 U 1966.327 134  
 U 1966.343 64  
 U 1966.566 H 203  
 U 1966.602 H 134  
 U 1966.847 H 115, 116  
 U 1966.911 199  
 U 1967.15 H 140  
 U 1967.22 H 196  
 U 1967.86 H 178, 185,  
   207  
 U 1967.118 64  
 U 1967.249 H 195  
 U 1967.280 H 199  
 U 1967.451 H 279  
 U 1967.469 H 138  
 U 1967.482 H 193  
 U 1967.507 H 89  
 U 1967.554 54  
 U 1967.808 H 29  
 U 1967.932 102  
 U 1968.28 H 61  
 U 1968.84 H 181, 277  
 U 1967.217 H 47, 124  
 U 1968.354 61  
 U 1968.532 54  
 U 1969.1 H 194  
 U 1969.162 H 102  
 U 1968.828 H 42  
 U 1969.831 H 42  
 U 1969.833 H 42  
 U 1969.859 H 182  
 U 1970.399 79  
 U 1970.448 H 202  
 U 1970.498 H 58, 64, 69,  
   138  
 U 1970.580 61, 144  
 U 1971.133 201  
 U 1971.299 H 197  
 U 1971.435 H 135  
 U 1971.456 H 49  
 U 1972.20 H 51, 73  
 U 1972.28 H 51
- U 1972.96 H 208  
 U 1972.107 H 64  
 U 1972.138 105  
 U 1972.235 H 203  
 U 1972.387 H 184  
 U 1972.554 H 77  
 U 1972.600 HKK 261  
 U 1972.746 H 90, 190  
 U 1972.793 144  
 U 1972.844 54, 62  
 U 1972.968 H 194  
 U 1973.14 H 197  
 U 1973.23 H 138  
 U 1973.141 H 61, 77  
 U 1973.151 H 47, 54  
 U 1973.263 257  
 U 1973.472 H 201  
 U 1973.485 201  
 U 1973.503 H 188  
 U 1973.696 187  
 U 1973.991 54, 56, 69  
 U 1974.83 60  
 U 1974.133 245  
 U 1974.263 64  
 U 1974.380 144  
 U 1974.486 H 194  
 U 1974.651 H 50  
 U 1974.776 278  
 U 1974.782 109  
 U 1974.794 106  
 U 1974.826 197  
 U 1975.5 H 138  
 U 1975.14 H 103  
 U 1975.30 H 256  
 U 1975.59 H 50, 62, 63  
 U 1975.97 H 106, 193,  
   282  
 U 1975.137 106  
 U 1975.166 H 124, 195  
 U 1975.181 H 199  
 U 1975.218 H 190  
 U 1975.381 H 90, 190  
 U 1974.388 H 181  
 U 1975.393 245  
 U 1975.507 245  
 U 1975.511 H 77  
 U 1975.639 107  
 U 1975.661 121  
 U 1975.870 130  
 U 1975.946 H 106
- U 1975.948 H 106  
 U 1975.949 H 106  
 U 1975.1020 44  
 U 1975.1033 HKK 48  
 U 1975.1036 HKK 48  
 U 1975.1039 HKK 48  
 U 1975.1041 HKK 48  
 U 1975.1065 H 79  
 U 1976.45 H 54, 63, 139  
 U 1976.100 H 106  
 U 1976.184 H 197  
 U 1976.252 50  
 U 1976.304 H 16, 36, 43,  
   44, 109, 178, 180  
 U 1976.330 H 117, 129  
 U 1976.388 H 133  
 U 1976.484 HKK 184  
 U 1976.514 H 163  
 U 1976.528 H 77  
 U 1976.539 HKK 178  
 U 1976.601 128  
 U 1976.682 H 202  
 U 1976.761 110  
 U 1976.869 139  
 U 1977.23 H 101, 177,  
   193, 205  
 U 1977.31 H 239, 243  
 U 1977.132 243  
 U 1977.140 H 77  
 U 1977.141 H 78  
 U 1977.293 H 106, 177,  
   193  
 U 1977.321 H 185  
 U 1977.324 234  
 U 1977.346 64  
 U 1977.477 H 64  
 U 1977.489 H 77, 176,  
   194  
 U 1977.507 H 105  
 U 1977.539 H 77  
 U 1977.598 105  
 U 1977.604 48  
 U 1977.634 H 89, 90  
 U 1977.651 H 58  
 U 1977.663 H 42  
 U 1977.736 44  
 U 1977.772 110  
 U 1977.795 34  
 U 1977.857 110  
 U 1977.860 H 50, 64, 103

U 1977.872 237	U 1980.127 H 51	U 1981.473 H 109
U 1977.933 H 51	U 1980.131 229	U 1981.478 H 77
U 1977.1048 110	U 1980.147 H 233, 243	U 1981.613 131
U 1978.9 H 176	U 1980.161 H 43	U 1981.637 H 23, 34
U 1978.42 H 73, 126	U 1980.170 H 130	U 1981.656 54, 56
U 1978.148 HKK 110	U 1980.242 H 118, 123	U 1981.717 40
U 1978.209 106	U 1980.282 44	U 1981.742 123
U 1978.218 54, 55	U 1980.378 H 102, 139	U 1981.784 33, 122
U 1978.229 105	U 1980.383 H 128	U 1981.825 H 77
U 1978.248 127	U 1980.427 163	U 1981.829 H 77
U 1978.478 H 121	U 1980.475 89	U 1981.876 33
U 1978.498 H 51	U 1980.480 H 77, 89, 125,	U 1981.897 131
U 1978.579 105	279, 285	U 1981.932 78
U 1978.583 105	U 1980.488 H 79	U 1981.958 H 183
U 1978.626 264	U 1980.492 HKK 64	U 1981.1041 44
U 1978.713 54, 56	U 1980.504 H 54, 56	U 1981.1043 110
U 1978.743 117, 122	U 1980.512 HKK 64	U 1981.1046 105, 203
U 1978.814 H 44	U 1980.545 H 48	U 1981.1078 79
U 1978.844 73	U 1980.561 H 78, 79	U 1982.4 H 104
U 1978.865 78	U 1980.566 H 33	U 1982.13 H 89
U 1978.914 H 226, 243	U 1980.569 H 33, 52	U 1982.24 H 89, 183, 281
U 1978.926 H 77, 139	U 1980.595 40	U 1982.62 H 128
U 1978.941 H 117, 122	U 1980.613 65, 66	U 1982.81 H 64, 81, 110
U 1978.973 H 76, 106, 110	U 1980.642 192	U 1982.93 H 77, 89, 125,
U 1979.58 194	U 1980.644 118, 127	285
U 1979.201 113	U 1980.665 105	U 1982.122 H 79
U 1979.232 106, 109, 185	U 1980.670 33	U 1982.143 HKK 127
U 1979.275 44	U 1980.679 45, 69	U 1982.179 281
U 1979.287 117, 130	U 1980.688 90	U 1982.219 77
U 1979.332 256	U 1980.782 54, 55	U 1982.240 127
U 1979.410 77	U 1980.793 103, 106	U 1982.295 129
U 1979.432 53	U 1980.831 33	U 1982.313 H 43, 126
U 1979.439 113	U 1980.872 183	U 1982.331 H 117, 129,
U 1979.499 H 125	U 1980.897 H 103, 192,	130
U 1979.576 H 23, 64, 133	202	U 1982.337 H 103
U 1979.581 194	U 1980.907 HKK 40	U 1982.351 H 49
U 1979.659 138	U 1980.983 139	U 1982.357 49
U 1979.748 H 39, 292	U 1980.1021 H 33	U 1982.443 H 77
U 1979.782 103	U 1980.1055 110	U 1982.463 124
U 1979.804 113	U 1981.28 HKK 106	U 1982.479 64
U 1979.808 48	U 1981.78 H 33, 38	U 1982.497 33
U 1979.810 52	U 1981.221 82	U 1982.513 H 104, 106,
U 1979.837 183	U 1981.266 H 33	186
U 1979.939 33	U 1981.331 65	U 1982.521 H 158
U 1979.1013 H 56	U 1981.343 47	U 1982.538 H 54, 55, 117,
U 1980.13 H 117, 233, 243	U 1981.360 122	176
U 1980.22 HKK 117	U 1981.361 65, 66	U 1982.588 H 49
U 1980.107 H 33	U 1981.393 52	U 1982.623 H 94
U 1980.118 H 64	U 1981.394 H 176	U 1982.651 54, 55
U 1980.121 H 117, 129, 130	U 1981.449 77	U 1982.663 40

U 1982.700 47	U 1983.833 40	U 1984.985 H 54, 55
U 1982.749 134	U 1983.866 181	U 1984.1000 77
U 1982.823 H 53	U 1983.871 H 229, 243	U 1984.1003 40
U 1982.825 40	U 1983.872 H 33	U 1984.1015 63
U 1982.890 64, 106, 127, 193	U 1983.876 H 49, 202	U 1984.1041 45
U 1982.906 49	U 1983.895 181	U 1984.1061 H 277
U 1982.1034 45, 139	U 1983.903 H 40	U 1984.1067 H 54, 55, 274
U 1982.1040 138	U 1983.939 39	U 1984.1098 77
U 1982.1047 121	U 1983.943 185	U 1984.1105 H 117
U 1982.1102 H 203	U 1983.952 124	U 1984.1107 HKK 39, 79
U 1982.1128 HKK 255	U 1983.967 33	U 1984.1121 40
U 1982.1137 H 73, 84	U 1983.1000 H 200	ØLD 9.11.1984 243
U 1982.1174 123	U 1983.1034 H 33	U 1985.10 HKK 45
U 1983.3 H 77	U 1983.1080 161	U 1985.55 H 89, 114, 279
U 1983.8 H 221	U 1983.1088 H 177, 193	U 1985.66 78
U 1983.20 H 118	U 1983.1117 H 226	U 1985.71 65
U 1983.23 H 33	U 1983.1127 253	U 1985.74 186
U 1983.117 243	U 1983.1136 43	U 1985.122 H 39
U 1983.121 H 125	U 1984.18 H 33, 65	U 1985.124 H 245
U 1983.151 H 33	U 1984.107 HKK 54, 59	U 1985.125 H 33, 40, 74
U 1983.219 H 33	U 1984.116 H 39	U 1985.137 HKK 65
U 1983.153 H 54	U 1984.123 H 109, 113, 121, 161	U 1985.203 H 42, 98, 172
U 1983.307 52, 62	U 1984.132 64	U 1985.218 78
U 1983.311 H 184	U 1984.153 237, 243	U 1985.232 129
U 1983.318 H 77	U 1984.162 H 48	U 1985.244 129
U 1983.349 200, 220, 221, 225	U 1984.166 H 77, 89, 114	U 1985.254 39, 40
U 1983.353 H 49	U 1984.171 H 64, 66	U 1985.248 201
U 1983.361 243	U 1984.172 H 47	U 1985.303 63
U 1983.388 H 118, 122, 183	U 1984.219 H 118, 126	U 1985.305 H 77
U 1983.391 HKK 40	U 1984.240 65, 66	U 1985.326 H 51
U 1983.392 H 190	U 1984.272 H 65	U 1985.348 H 76, 184
U 1983.446 144	U 1984.284 H 181	U 1985.368 H 201
U 1983.453 158, 167	U 1984.327 39	U 1985.402 H 45, 50, 74
U 1983.465 123, 141	U 1984.379 H 44	U 1985.403 H 118, 133
U 1983.467 113, 162	U 1984.494 279	U 1985.423 111, 276
U 1983.494 89, 125	U 1984.495 H 45, 74	U 1985.430 161
U 1989.514 HKK 106	U 1984.563 HKK 58	U 1985.473 39, 40
U 1983.537 H 50	U 1984.630 162	U 1985.597 79
U 1983.539 H 158	U 1984.651 33	U 1985.607 H 89, 114, 125, 285
U 1983.620 117, 139	U 1984.729 H 63, 66	U 1985.610 H 202
U 1983.630 278	U 1984.750 H 256	U 1985.719 H 109
U 1983.637 106, 191	U 1984.832 34	U 1985.790 79
U 1983.705 H 77	U 1984.835 46	U 1985.804 33
U 1983.711 H 65, 66	U 1984.848 109	U 1985.877 H 183
U 1983.714 H 181, 278	U 1984.885 40	U 1985.923 H 192
U 1983.730 H 106	U 1984.957 H 202	U 1985.928 49
U 1980.766 122	U 1984.972 H 131, 274	U 1985.933 H 189
U 1983.810 110	U 1984.979 H 64	U 1985.987 103
	U 1984.981 77	

U 1985.1080 H 258	U 1986.816 46	U 1987.573 284
U 1986.6 HKK 40	U 1986.818 H 122	U 1987.577 282, 288
U 1986.9 H 111	U 1986.829 280	U 1987.584 288
U 1986.22 H 178	U 1986.871 H 77	U 1987.653 H 280
U 1986.34 HKK 285	U 1986.898 H 100, 253, 264	U 1987.711 H 42
U 1986.56 290	U 1986.917 H 64	U 1987.714 103, 106
U 1986.59 33	U 1986.924 H 48	U 1987.716 33
U 1986.65 45	U 1986.945 78	U 1987.724 79
U 1986.69 132	U 1986.958 40	U 1987.733 199
U 1986.77 285	U 1986.962 46	U 1987.742 79, 288
U 1986.99 H 49	U 1986.965 33	U 1987.746 33
U 1986.125 109	U 1987.1 H 197	U 1987.755 H 33
U 1986.129 H 109	U 1987.43 280	U 1987.766 H 117, 129
U 1986.143 H 82, 277	U 1987.60 127	U 1987.778 54, 56
U 1986.183 H 132	U 1987.62 H 290	U 1987.781 H 54, 56, 288
U 1986.211 118, 123	U 1987.73 H 130	U 1987.793 H 284
U 1986.212 40	U 1987.118 H 64	U 1987.810 280
U 1986.232 39	U 1987.130 64	U 1987.834 H 46, 103
U 1986.236 39	U 1987.192 64	U 1987.858 289
U 1986.280 H 117, 130	U 1987.196 78	U 1987.862 280
U 1986.321 HKK 40	U 1987.200 258	U 1987.872 284
U 1986.340 HKK 63, 81, 126	U 1987.338 H 89	U 1987.876 77
U 1986.357 33	U 1987.344 H 50, 199	U 1987.904 H 45
U 1986.383 33	U 1987.351 H 33, 221	U 1987.913 H 290
U 1986.388 H 133	U 1987.359 284	U 1987.915 186
U 1986.391 59	U 1987.360 288	U 1987.937 284
U 1986.420 263	U 1987.363 102, 118, 135, 192	U 1987.957 H 106
U 1986.423 54, 56	U 1987.369 102	U 1987.962 127
U 1986.428 278	U 1987.370 280	U 1987.965 33, 64
U 1986.447 292	U 1987.383 284	ØLD 19.1.1987 242
U 1986.449 H 109	U 1987.388 89	U 1988.1 H 33
U 1986.462 33	U 1987.390 33, 49, 125, 130	U 1988.42 H 191
U 1986.478 78	U 1987.392 288	U 1988.68 H 49
U 1986.501 H 42, 98	U 1987.407 118	U 1988.79 135
U 1986.541 H 130	U 1987.427 H 77	U 1988.109 H 48
U 1986.572 292	U 1987.440 HKK 258, 284	U 1988.114 HKK 128
U 1986.586 291	U 1987.449 H 64, 182	U 1988.129 291
U 1986.615 161, 162	U 1987.469 H 138	U 1988.170 33
U 1986.620 280	U 1987.481 256	U 1988.177 H 65
U 1986.673 291	U 1987.494 HKK 285	U 1988.194 H
U 1986.676 160, 162	U 1987.498 H 45	U 1988.203 128
U 1986.685 292	U 1987.519 78	U 1988.206 122
U 1986.709 293	U 1987.557 288	U 1988.219 103, 106
U 1986.714 33		U 1988.226 64
U 1986.723 33		U 1988.234 288
U 1986.725 190		U 1988.236 290
U 1986.755 H 80, 182		U 1988.239 220, 235
U 1986.761 H 293		U 1988.254 112
U 1986.813 280		U 1988.266 64
		U 1988.288 H 280

U 1988.290 H <i>103</i>	U 1989.128 H <i>65</i>	U 1989.908 H <i>287</i>
U 1988.320 H <i>103</i>	U 1989.148 H <i>199, 231,</i> <i>243</i>	U 1989.919 H <i>112</i>
U 1988.339 H <i>284</i>	U 1989.165 <i>121</i>	U 1989.928 H <i>258</i>
U 1988.352 H <i>112</i>	U 1989.174 <i>54</i>	U 1989.931 <i>40, 78</i>
U 1988.365 H <i>43, 139</i>	U 1989.178 <i>78</i>	U 1989.938 <i>280</i>
U 1988.371 H <i>288</i>	U 1989.194 H <i>280</i>	U 1989.973 <i>54</i>
U 1988.403 <i>110</i>	U 1989.201 H <i>126</i>	U 1989.986 <i>121</i>
U 1988.404 <i>258</i>	U 1989.203 H <i>77</i>	U 1989.1004 H <i>33</i>
U 1988.408 <i>40</i>	U 1989.219 <i>128</i>	U 1989.1016 H <i>280</i>
U 1988.410 <i>127</i>	U 1989.223 H <i>65</i>	U 1989.1022 <i>51</i>
U 1988.417 <i>188</i>	U 1989.234 <i>288</i>	U 1989.1035 <i>113</i>
U 1988.419 H <i>43</i>	U 1989.270 <i>54</i>	U 1989.1103 <i>142</i>
U 1988.421 <i>129</i>	U 1989.283 <i>127</i>	U 1989.1108 H <i>65, 77, 182</i>
U 1988.426 <i>122</i>	U 1989.299 <i>287</i>	U 1990.13 HKK <i>259</i>
U 1988.429 <i>62</i>	U 1989.305 <i>287</i>	U 1990.21 H <i>186, 292,</i> <i>293</i>
U 1988.430 <i>127, 193</i>	U 1989.340 <i>102</i>	U 1990.60 H <i>290</i>
U 1988.432 <i>64</i>	U 1989.342 <i>289</i>	U 1990.71 <i>261</i>
U 1988.460 H <i>42</i>	U 1989.343 <i>291</i>	U 1990.83 <i>144</i>
U 1988.474 H <i>62</i>	U 1989.356 H <i>288</i>	U 1990.116 <i>54, 56</i>
U 1988.562 H <i>288</i>	U 1989.360 <i>46</i>	U 1990.124 <i>291</i>
U 1988.586 <i>78, 280</i>	U 1989.371 H <i>262</i>	U 1990.174 <i>77</i>
U 1988.591 <i>288</i>	U 1989.399 H <i>262</i>	U 1990.181 <i>262</i>
U 1988.594 <i>56</i>	U 1989.402 <i>258</i>	U 1990.204 <i>49</i>
U 1988.596 H <i>42</i>	U 1989.426 <i>288</i>	U 1990.207 <i>112, 283</i>
U 1988.621 <i>288</i>	U 1989.442 H <i>122</i>	U 1990.209 <i>64</i>
U 1988.623 <i>147</i>	U 1989.480 H <i>78</i>	U 1990.214 <i>286</i>
U 1988.682 H <i>102</i>	U 1989.510 <i>127</i>	U 1990.248 <i>64, III</i>
U 1988.701 <i>78</i>	U 1989.511 <i>127</i>	U 1990.261 <i>283</i>
U 1988.720 <i>161</i>	U 1989.516 <i>33, 121</i>	U 1990.262 <i>287</i>
U 1988.725 <i>64</i>	U 1989.536 H <i>288</i>	U 1990.265 <i>228</i>
U 1988.745 <i>39</i>	U 1989.561 <i>121</i>	U 1990.276 <i>290</i>
U 1988.788 <i>274</i>	U 1989.574 <i>113</i>	U 1990.280 <i>283</i>
U 1988.821 <i>33, 121</i>	U 1989.633 <i>291</i>	U 1990.348 <i>125</i>
U 1988.849 H <i>280</i>	U 1988.654 <i>112</i>	U 1990.310 <i>286</i>
U 1988.858 H <i>III, 276</i>	U 1989.688 H <i>35</i>	U 1990.355 <i>286</i>
U 1988.859 <i>51</i>	U 1989.709 HKK <i>54</i>	U 1990.359 <i>286</i>
U 1988.878 <i>277</i>	U 1989.726 H <i>135, 148</i>	U 1990.363 <i>283</i>
U 1988.892 H <i>131</i>	U 1989.766 <i>131, 282</i>	U 1990.364 <i>284</i>
U 1988.919 H <i>78, 112</i>	U 1989.767 <i>43</i>	U 1990.413 <i>291</i>
U 1988.956 <i>292</i>	U 1989.775 <i>65, 220</i>	U 1990.446 <i>289</i>
U 1988.983 <i>161, 284</i>	U 1989.778 <i>135, 284</i>	U 1990.448 H <i>221, 287</i>
U 1988.1027 <i>139</i>	U 1989.784 H <i>291</i>	U 1990.453 H <i>291</i>
U 1989.11 H <i>33, 64</i>	U 1989.816 <i>291</i>	U 1990.455 H <i>287</i>
U 1989.17 <i>33</i>	U 1989.822 HKK <i>78</i>	U 1990.479 <i>33</i>
U 1989.45 <i>64</i>	U 1989.868 <i>139</i>	U 1990.480 <i>287</i>
U 1989.80 <i>287</i>	U 1989.870 <i>43</i>	U 1990.488 H <i>221</i>
U 1989.82 <i>131</i>	U 1989.873 <i>255</i>	U 1990.518 H <i>280</i>
U 1989.100 <i>291</i>	U 1989.892 H <i>130</i>	U 1990.574 <i>113</i>
U 1989.107 <i>33</i>	U 1989.899 <i>110</i>	U 1990.579 <i>33</i>
U 1989.119 H <i>291</i>		

U 1990.582	287	NRt 1902.95	108	NRt 1952.566	94, 99
U 1990.594 H	80, 182	NRt 1902.684	76	NRt 1952.574	101
U 1990.606 H	280	NRt 1903.628	30	NRt 1952.932	100
U 1990.611 H	111, 285	NRt 1905.797	151, 156	NRt 1952.1217	278
U 1990.626	287	NRt 1906.404	166	NRt 1955.136	115
U 1990.640	121	NRt 1908.631	109, 115	NRt 1956.1063	108
U 1990.643	287	NRt 1908.776	40	NRt 1958.1	108
U 1990.648	287	NRt 1914.1029	40	NRt 1958.524	90
U 1990.652	129	NRt 1916.545	91, 114	NRt 1958.1190	93
U 1990.664	280	NRt 1916.695	91, 109, 115	NRt 1959.132	165
U 1990.684	284	NRt 1916.702	114	NRt 1959.501	137
U 1990.689	284, 287	NRt 1918.1.858	133	NRt 1959.1194	115
U 1990.702	280	NRt 1918.11	261, 156	NRt 1959.1321	156, 165
U 1990.713 HKK	43	NRt 1919.116	42	NRt 1960.469	156
U 1990.714 HKK	126	NRt 1919.819	151	NRt 1960.1409	98
U 1990.796	112	NRt 1920.824	163	NRt 1961.98	36
U 1990.797	290	NRt 1921.11	163	NRt 1961.212	36
U 1990.799	129	NRt 1921.287	114	NRt 1961.547	133, 136,
U 1990.802	33	NRt 1921.292	114	137	
U 1990.806	43	NRt 1921.406	36	RG 1962.261	156
U 1990.809	289	NRt 1922.70	163	NRt 1962.1145	108, 114
U 1990.878 H	284	NRt 1922.309	42	NRt 1963.370	152, 156
U 1990.887 HKK	285	NRt 1922.624	166	NRt 1965.607	36
U 1990.922	64	NRt 1923.222	164	NRt 1965.890	70
U 1990.925 HKK	287	NRt 1923.487	114	NRt 1966.857	159, 164
U 1990.927 H	147	NRt 1923.761	63	NRt 1966.1532	89
U 1990.930 HKK	287	NRt 1924.18	93	NRt 1967.1162	64
U 1991.85 H	54	NRt 1924.1141	85	NRt 1967.1502	23
U 1991.121	76	NRt 1925.544	114	NRt 1969.357	81
U 1991.124	291	NRt 1926.262	63	NRt 1969.1285	80, 114
U 1991.133	285	NTt 1929.330	133	NRt 1970.417	34
U 1991.153 H	77	NRt 1930.222	34	NRt 1971.769	80
U 1991.164 H	216, 217,	NRt 1931.428	151	NRt 1973.433	133, 137
218		NRt 1931.603	114	NRt 1973.576	81
U 1991.237	35	NRt 1931.605	114	NRt 1974.524	62
U 1991.317 H	40, 52	NRt 1931.1254	108	NRt 1975.50	131
U 1991.327 H	289	NRt 1933.673	196	NRt 1976.579	28, 30, 42
		NRt 1934.625	89, 291	NRt 1976.1157	80
<i>Norske domme</i>		NRt 1934.997	64	NRt 1977.1035	278
NRt 1844.401	108	NRt 1935.692	93	NRt 1978.111	88
NRt 1877.369	108	NRt 1936.269	99	NRt 1978.442	114
NRt 1878.629	194	NRt 1936.801	89	NRt 1978.847	41
NRt 1887.73	108	NRt 1938.294	36	NRt 1978.991	36
NRt 1890.455	196	NRt 1939.299	89	NRt 1978.1046	136
NRt 1892.828	109	NRt 1939.875	115	NRt 1978.1430	36, 38
NRt 1896.530	278	NRt 1947.680	101	NRt 1979.1350	193
NRt 1897.721	63	NRt 1950.831	89	NRt 1980.1183	80
NRt 1897.725	30	NRt 1951.965	64	NRt 1980.1568	68
NRt 1897.727	133	NRt 1952.526	99	NRt 1981.809	28
NRt 1900.540	190	NRt 1952.536	99	NRt 1981.939	98

NRt 1981.1199	80	NJA 1951.195	30	FOB 1985.221	241
NRt 1982.436	103	NJA 1965.33	90	FOB 1985.224	240
NRt 1982.684	80	NJA 1969.285	90	FOB 1986.99	227, 245
NRt 1982.745	22, 35, 69	NJA 1972.253	30, 63	FOB 1986.123	231
NRt 1982.975	66	NJA 1975.32	17	FOB 1986.182	242
NRt 1983.127	28	NJA 1976.483	17	FOB 1987.87	236
NRt 1983.389	66, 81, 82	NJA 1978.581	17	FOB 1987.107	220
NRt 1983.477	80, 114	NJA 1980.84	63	FOB 1988.295	214
NRt 1983.628	136	NJA 1980.94	30		
NRt 1983.1118	80	NJA 1980.281	30		
NRt 1983.1440	23, 66, 71, 74	NJA 1982.23.	73		
NRt 1983.1444	38	NJA 1985.281	30		
NRt 1983.1451	80				
NRt 1984.605	66, 106, 159				
NRt 1984.979	136				
NRt 1984.1016	88				
NRt 1986.660	36				
NRt 1987.35	66				
NRt 1987.80	114				
NRt 1987.368	114				
NRt 1987.684	80				
NRt 1987.984	66				
NRt 1987.1524	114				
NRt 1987.1537	88				
NRt 1988.276	30, 67, 90				
NRt 1988.295	30, 90				
NRt 1988.712	81				
NRt 1988.880	106				
NRt 1988.1003	36				
NRt 1988.1186	114				
NRt 1988.1371	66, 73				
NRt 1989.166	144				
NRt 1989.736	51, 56				
NRt 1989.1000	79				
NRt 1990.35	74				
NRt 1990.284	115				
NRt 1990.1113	153				
NRt 1990.1217	80				
<i>Svenske domme</i>					
NJA 1889.521	101	FOB 1980.686	225, 244		
NJA 1895.600	101	FOB 1981.39	241		
NJA 1896.1	101, 115	FOB 1981.83	241		
NJA 1923.602	105	FOB 1981.135	236, 245		
NJA 1926.377	30	FOB 1981.189	242		
NJA 1949.609	90	FOB 1983.52	235, 245		
NJA 1950.483	30	FOB 1983.85	240		
NJA 1951.138	163	FOB 1983.87	245		
		FOB 1984.246	243		

# Lovregister

(Oversigten omfatter kun danske love. Flere af de citerede love er ophævet eller ændret. Hvor dette fremgår af teksten, er dette antydet med parentes om lovbestemmelsen).

<i>Afsskrivningsloven</i>	<i>Arveafgiftslov</i>
§ 18 130	§ 5 d 147
	§ 10 286
<i>Aftalelov</i>	<i>Arvelov</i>
§ 29 142	§ 14 49, 125, 130
§ 32 183	§ 15 286
§ 33 142	
§ 36 30, 47, 195, 295	
§ 39 121	
<i>Aktieselskabslov</i>	
(§ 35) 98	<i>Banklov</i>
(§ 37) 98, 139	(§ 13) 131
§ 115 99	
<i>Andelsboligforeningslov</i>	<i>Besætningslov</i>
§ 2 147	§ 24 291
<i>Anpartsselskabslov</i>	<i>(Beværterlov)</i>
§ 84 57	§ 35 111, 192
§ 131 56	
<i>Apotekerlov</i>	<i>Bistandslov</i>
§ 34 50	§ 11 216
<i>(Arbejderbeskyttelse inden for handels- og kontorvirksomhed)</i>	§ 26 225
§ 7 55	§ 37 224
	§ 39 225
<i>Arbejdsmiljølov</i>	§ 42 225
§ 82 68	§ 43 216
	§ 129 291
<i>Arbejdsformidling og arbejdsløshed, lov om</i>	<i>Boligfællesskaber, lov om</i>
§ 62 236	§ 6 89
<i>Arbejdsmiljølov</i>	<i>(Boliglov 1925)</i>
§ 82 68	§ 22 60
	<i>Boligreguleringslov</i>
	(§ 9) § 8 105
	§ 12 55
	§ 13 78

§ 17 59	( <i>Folkepensionslov</i> )
§ 51 288	(§ 7) 131
§ 61 288	
	<i>Folkeskolelov</i>
<i>Byreguleringslov</i>	§ 40 228
§ 14 P 129	
<i>Børnelov</i>	§ 2 264
§ 5 48	
<i>Checklov</i>	<i>Forsikringsaftalelov</i>
§ 38 291	§ 18 125, 131
	§ 19 131
	§ 21 42
<i>Danske Lov</i>	§ 25 47
165 ff	§ 85 131
1-19-7 140	§ 105 125
2-15-31 107	§ 116 118
3-19-2 123	
5-7-4 96, 143	<i>Forældelseslov</i>
5-8-12 96, 143	§ 1 121, 286
5-14-1 153	§ 2 288
5-14-4 121	§ 2 a 106
5-14-56 106	
6-17-5 96, 143, 190	<i>Funktionærlov</i>
	§ 2 288
<i>Ejerlejlighedslov</i>	§ 2 a 47, 52, 66, 121, 289
§ 1 289	§ 2 b 106
§ 2 291	§ 3 106
§ 10 113, 289	§ 5 111, 285
§ 20 65	§ 6 55
	§ 7 42
<i>Ekspropriationslov</i>	
§ 16 274	<i>Færdelseslov</i>
	§ 27 45
<i>Erstatningsansvarslov</i>	§ 53 138
§ 2 284	§ 58 134 f
§ 3 121	§ 65 257
§ 13 182	§ 101 42
§ 15 121	§ 117 103
§ 17 54	§ 118 192
§ 20 47, 48	§ 126 56
§ 22 54	§ 138 138
§ 26 70	
§ 31 88	<i>Godstransport, lov om</i>
(§ 55) 276	§ 20 122
<i>Ferskvandsfiskerilov</i>	
Kap 13 46	<i>Grundlov</i>
	§ 17 152
	§ 19 247
	§ 22 25

§ 63 5 <i>l</i> , 265	<i>Konkurrencelov</i>
§ 71 265	(§ 13) 59
§ 72 197	§ 15 203
§ 73 196 <i>f</i>	
§ 77 237	<i>Konkurslov</i>
§ 78 140	§ 12 127
<i>Gældsbrevlov</i>	(§ 16) 193
106	§ 16 d 49
§ 7 121	§ 16 e 44
§ 11 121	(§ 21) 193
§ 28 121	(§ 24) 128
	(§ 28) 128
	§ 37 284
<i>Hegnslov</i>	§ 42 55, 117
§ 32 142	§ 56 44
	§ 60 129
<i>Invalidepensionslov</i>	§ 64 44
§ 13 235	§ 67 129
	§ 69 129
<i>Jagtlov</i>	§ 70 45, 129
§ 3 46	§ 71 45, 112, 129
	§ 75 45
<i>Jernbaneforordning</i>	§ 93 40 <i>f</i>
§ 20 72, 99, 131	§ 95 45, 49
	§ 110 45
<i>Jernbanelov</i>	
§ 7 131, 146	<i>(Kreditkøbslov)</i>
§ 11 57	§ 4 287
	§ 17 291
<i>Kildeskattelov</i>	§ 18 287
§ 1 49	§ 27 122
§ 3 49	§ 31 122
§ 43 24 <i>l</i> <i>f</i>	
§ 46 202	<i>Købelov</i>
	120
<i>Kommisionslov</i>	§ 59 121
§ 68 118	
<i>(Kommuneplanlov)</i>	<i>Landbrugslov</i>
§ 18 57	§ 8 228
§ 43 51	
<i>Kommuneskattelov</i>	<i>Landvæsensretter, lov om</i>
§ 45 58	§ 23 142
	§ 34 144
	§ 43 142
<i>Kommunestyrelsесlov</i>	<i>Lejelov</i>
§ 61 23	§ 6 56, 110
	§ 46 b 63
	§ 49 103
	(§ 52) 57

§ 53 65	§ 35 124, 195
§ 75 125	§ 63 124
§ 83 284	
§ 87 288	<i>Naturfredningslov</i>
§ 100 66	§ 22 129
§ 140 144	§ 43 51, 54
	§ 47 a 54
<i>Ligningslov</i>	
§ 8 C 49	<i>Offentlighedslov</i>
§ 13 49	(§ 6) 226
§ 13 G 41	
§ 14 242	<i>Ophavsretslov</i>
§ 15 G 49	§ 45 73, 126
§ 28 50	
<i>Luftfartslov</i>	<i>Patientforsikringslov</i>
§ 1 138	§ 2 67
§ 4 138	
<i>Lægelov</i>	<i>Registerlov</i>
§ 25 139	§ 9 131
<i>Lægemiddellov</i>	<i>Restaurationslov</i>
§ 13 45	§ 32 192
<i>Markedsføringslov</i>	<i>Retsafgiftslov</i>
§ 2 295	§ 32 62
§ 8 35f, 48	
§ 13 55	<i>Retsplejelov</i>
<i>Medhjælperlov</i>	§ 31 43, 45, 102, 139
§ 25 47	§ 41 126
§ 27 47	§ 60 126, 259f
<i>Miljølov</i>	§ 62 262
§ 83 139	§ 143 62
<i>Momslov</i>	§ 170 291
§ 5 142	§ 172 63, 126
§ 7 129	§ 178 127
§ 12 130	§ 218 273
§ 23 142	§ 223 256
§ 24 143	§ 227 54
<i>Motorafgiftslov</i>	(§ 236) 128, 192
§ 4 68	§ 243 (§ 244) 44, 177
<i>Myndighedslov</i>	§ 245 127
§ 27 124	§ 312 243f
	§ 320 127
	§ 327 127
	§ 343 127
	§ 367 127
	§ 386 127
	§ 389 35
	(§ 394) 44
	(§ 445) 177

§ 454 48, 177	<i>Skattekontrolllov</i>
§ 456 127	§ 13 65
§ 478 44, 127, 288	§ 18 138
§ 492 66	<i>Skattestyrelseslov</i>
§ 498 127	§ 29 292
§ 500 127	<i>Skiftelov</i>
§ 502 112	§ 65 107
§ 509 127, 183	§ 82 285
§ 511 118, 122, 127, 183	<i>Statskattelov</i>
§ 512 118, 122, 183	§ 4 49, 94
§ 513 54, 118	§ 5 129
§ 514 191	§ 5b 178
§ 525 291	§ 5c 242
§ 526 144	§ 6 219, 287
(§ 533) 44, 101, 177, 205	§ 13 79
§ 560 118	§ 43 47
§ 575 110	<i>Stempellov</i>
§ 576 66	§ 10 287
§ 577 127	§ 34 130
§ 637 44	§ 36 130
§ 652 44	§ 38 123
§ 662 127, 193	§ 57 112
§ 705 262	(§ 62 A) 49
§ 706 262	§ 72 288
§ 730 284	§ 79 56
§ 734 128, 287	<i>Straffelov</i>
§ 735 284	§ 1 117, 119, 130, 131f, 138, 143, 148
§ 745 261	§ 2 137
§ 748 44	§ 21 44
§ 750 64, 66	§ 23 68
§ 762 43, 259f	§ 51 118, 133, 137
§ 780 43	§ 57 69
§ 787 59,	§ 61 133
§ 788 43	§ 75 42, 102, 261
§ 809 136	§ 76 132
§ 825 128	§ 77 132
§ 877 192, 258	§ 80 295
§ 886 44	§ 84 69, 79, 102, 103, 113, 137ff
§ 965 a 192, 263	§ 85 103
§ 965 c 127	§ 90 103
§ 976 102	§ 91 103
§ 977 102, 127	§ 94 45
§ 1017 b 37	§ 119 45, 133
§ 1018 b 240f	§ 124 133
§ 1018 f 184	§ 125 133
<i>Revisorer, lov om registrerede</i>	§ 129 133
53, 114	§ 134 a 292
§ 12 131	§ 164 42

§ 165 <i>133</i>	§ 21 <i>288</i>
§ 171 <i>134</i>	§ 25 <i>283</i>
§ 174 <i>45, 50, 134</i>	§ 34 <i>123, 141</i>
§ 176 <i>133f</i>	§ 35 <i>123, 141</i>
§ 177 <i>134</i>	§ 38 <i>21, 166</i>
§ 178 <i>134</i>	§ 40 <i>104, 144, 158, 274</i>
§ 184 <i>134</i>	§ 42 <i>123f, 141, 166, 186</i>
§ 193 <i>56</i>	§ 42 a <i>16, 43, 44, 109, 180, 185</i>
§ 216 <i>34, 103</i>	§ 43 <i>123</i>
§ 217 <i>34, 103</i>	§ 47 <i>166</i>
§ 218 <i>39</i>	§ 47 a <i>66</i>
§ 219 <i>135</i>	§ 47 b <i>166, 288</i>
§ 232 <i>88</i>	<i>Tjenestemandslov</i>
§ 234 <i>88, 135</i>	§ 31 <i>46</i>
§ 252 <i>192</i>	<i>Toldlov</i>
§ 245 <i>43</i>	§ 76 <i>240</i>
§ 252 <i>192</i>	§ 126 <i>240</i>
§ 263 <i>135</i>	<i>Udlændingelov</i>
§ 264 <i>284</i>	§ 56
§ 264 a <i>135, 148</i>	§ 8 <i>65</i>
§ 265 <i>226</i>	§ 24 <i>63</i>
§ 266 b <i>135</i>	<i>Vandløbslov</i>
§ 269 <i>102, 118, 135, 192</i>	§ 5 <i>56</i>
§ 275 <i>136</i>	<i>(Varemærkelov)</i>
§ 276 <i>136</i>	§ 6 <i>203</i>
§ 293 <i>45</i>	<i>Vejlov</i>
§ 303 <i>35, 69, 136</i>	Kap 9 <i>131</i>
<i>Straffelov, ikrafttrædelseslov</i>	<i>Vurdering af faste ejendomme, lov om</i>
§ 15 <i>278</i>	§ 13 <i>62</i>
<i>Særlig indkomstskat, lov om</i>	<i>Vægtafgiftslov</i>
§ 2 <i>49</i>	§ 23 <i>240</i>
§ 7 A <i>56</i>	<i>Værnepligtslov</i>
<i>Sømandslov</i>	§ 11 <i>139</i>
§ 12 <i>130</i>	<i>Ægteskab, lov om indgåelse og opløsning</i>
§ 23 <i>288</i>	§ 15 <i>194</i>
§ 42 <i>66</i>	§ 56 <i>47, 48, 125, 177, 192</i>
<i>Tilbudspligt, lov om</i>	§ 58 <i>195</i>
§ 1 <i>122</i>	§ 71 <i>239</i>
§ 4 <i>48</i>	§ 72 <i>204</i>
<i>Tinglysningslov</i>	<i>Ægteskab, lov om retsvirkninger</i>
§ 1 <i>144, 146</i>	§ 11 <i>125</i>
§ 3 <i>43, 54, 144, 146</i>	§ 15 <i>291</i>
§ 6 <i>51</i>	§ 56 <i>109</i>
§ 9 <i>292</i>	<i>(Zonelov)</i>
§ 10 <i>184</i>	§ 12 <i>51</i>
§ 15 <i>122</i>	

# Sagregister

- Abstrakte udtalelser*, betydning for præjudikatvirkning 97 f
- Administrativ praksis*, betydning for for tolkning 98 f,
- betydning som retskilde  
se indholdsfortegnelse  
se Forvaltningsret
- Aduarsler*, efter strfl. § 265, ombudsmandsudtalelse og retssag 226 f
- Afskedigelse*, af skoleleder, ombudsmandsudtalelse og retssag 229
- Aftalelov*, lovmotiver 47
- Aftaler*, eksstinktion af indsigelser 142 bindende – 184
- Aktieselskabslov*, tildl. praksis om aktionærslån, 98, 137, 139
- Almindelige erfaringer som retskilde*, 293
- Almindelige retsgrundsnærværdier*, 276
- Analogi*, se indholdsfortegnelse § 4  
begreber 117 f  
forhold til fortolkning 118 f  
se Fuldstændig lovanalogi, Partiel analogi
- Andelsboligforening*, udlæg i indskud 191
- Andelsboliglov*, omgåelse 147
- Anlægslov*, lovmotiver 58
- Anomalier*, 290 f
- Antimilitaristiske skrifter*, uddeling, ombudsmandsudtalelse og retssag 237
- Apotekerlov*, lov motiver 50
- Arbejderbeskyttelse*, lov motiver 55, 68
- Arbejdsret*, lov motiver 62  
præjudikater 96 f, 103  
sædvane 151, 153  
teori og praksis 192, 202
- Arbejdstilbud*, ombudsmandsudtalelse og retssag 241
- Arveret*, nødtestamenter, lov motiver 43  
præjudikater 125 f  
teori og praksis 195 f
- Automobil*, se Bil
- Avancestoplov*, lov motiver 51
- Begunstigende forvaltningsakter* 100, 136
- Bernerkonventionen*, 256
- Berningsagen*, 140
- Beslaglæggelse*, forhold til overenskomst om retshjælp i straffesager 261 f
- Betalingsrenter*, sædvane om prioritet for – 158
- Betænkninger*, se Sagkyndiges udtalelser
- Bevis*, teori og praksis 192
- Bidragspligt*, ombudsmandsudtalelse og retssag 227, 239
- Bil*, registreringspligt, ombudsmandsudtalelse og retssag 240
- Bistandslov*, refusionsbestemmelser, praksis 225 f  
kontanthjælp til studerende 224
- Blokade*, arbejdsretlig bedømmelse 192, 202
- Boligforhold*, boligfællesskabslov 89  
andelsboliger 90  
se Ejelerigheder, Leje
- Boligsikring*, ombudsmandsudtalelse og retssag 243
- Branchekutymmer* 160 f
- Brugeligt pant*, DL 5-7-8 til 10 166 f
- Brugsret*, sædvanlig, tinglysningsfritagelse 144, 146
- Butikslov*, se Lukkelov
- Byggeservitutter*, tinglysning af – 188
- Bygningsfredning*, lov motiver 63
- Bülowiske servitutter*, retspraksis 92,
- Byplanlov*, lov motiver 67  
analogier 140
- Børn*, se Faderskabssager, Familiemet
- CMR-konventionen*, retsafgørelser vedr. 256 f
- Condictio indebiti*, præjudikater 94 f  
analogi fra forældelseslov 121
- Danmarks Radio*, repræsentation for politiske partier ved udsendelser 231 f
- Danske Lov*, bortfald af regler i – ved desvetudo 165 ff
- Desvetudo*, 165 ff

- subjektive krav 153
- Dissenser*, betydning for præjudikatvirkning 113
- Distinguishing* 77 ff, 110
- Dolus eventualis*, lov motiver 64
- Dommerafskedigelse*, lov motiver 72
- Dommertilkendegivelser*, præjudikatvirkning 76, 106, 110
- Domskommentarer*, i tidsskrifter 174 f
- Domspræmisser*, omtale af præjudikater 81
- Domsstolskontrol*, med forvaltningen 177 f, 198 f
- EF-ret*, som retskilde, se indholdsfortegnelse
- Ejendomsforbehold*, international privatret 105, 203  
- i faste forhandlerforhold 184
- Ejerligheder*, lov motiver 43, 48, 65  
præjudikat 79  
fortolkning 113
- Eksekutorboer*, anketilladelser 193
- Ekspropriation*, teori og praksis 196 f, 199
- Eksstinktion*, retspraksis vedrørende tyveri 90, 96, 143  
- af indsigelser vedrørende aftaler 142  
- ved løsøreoverdragelser 189 f
- Erstatning*, præjudikater 77  
forsørgertab 88  
objektivt ansvar 89, 180 f  
erstatningsniveau 89  
culpareglen 159 f  
DL 3-19-2 166  
forsørgertab 182  
ansvar for børn 182  
- for tort 182  
offentligt - ansvar 123, 141, 200
- Erstatningsansvarslov*, lov motiver 48  
- kritik af motiver 35
- Erstatningsfri regulering* 140
- Erstatningsret*, almindelige retsgrundsætninger 276  
- konventioners betydning for afgørelser om - 256 f
- Ex opinione obligationis*, retssædvanne 151 f
- Faderskabssager*, 81
- Fagforeninger*, medlemskab i relation til Menneskerettighedskonventionen 264
- Faglige overenskomster*, indgreb 197
- Familieret*, lov motiver 48  
præjudikater 95  
analogi 124, 127  
ansvar for børn 182  
teori og praksis 178, 198 f
- Fast Ejendom*, erhvervelse af -, lov motiver 48, 51  
adkomst, præjudikater 107  
analogi fra købelov 120 f  
se *Vurderingslov*
- Fejø-dommen* 107
- Feriegodtgørelse*, analogi 131
- Ferskvandsfiskerilov*, motiver 46
- Finsk ret*, domspræmisser 82, 83
- Firmabetegnelse*, præjudikater 92 f
- Folketret*, som retskilde, se indholdsfortegnelse  
direkte henvisning til - i danske retsregler 253  
betydning, for dansk praksis, formodnings- eller fortolkningsreglen 266
- Folketinget*, forhandlinger i - 58 ff
- Folketingets ombudsmand*, stilling til lov motiver 32, 52  
Se indholdsfortegnelsen til § 8
- Folketingsudvalgsudtalelser* 53 ff
- Fondsbørsvekseler* viderebelåning af depoter 162
- Forhandlergrundssætningen* 279
- Forholdets natur*, begreb og forhold til andre retskilder 19 f
- Formodningsreglen*, betydning for folkerettens anvendelse i dansk ret 266
- Forholdets natur*, se indholdsfortegnelse til § 10  
- begrebsbestemmelse 270  
- domstolshenvisninger 273
- Formål*, lovens - 20, 38 f
- Formål som retskilde*, 291
- Forsikring*, lov motiver 42, 47  
præjudikater 79, 91, 98, 104, 197  
analogi 125  
kutymmer 155
- Forsørgertab*, erstatning 88, 182

- Fortolkning*, forholdet mellem analogi og – 117 ff  
*Fortolkningsreglen*, betydning for folkerettens anvendelse i dansk ret 266  
*Forudsætninger*, i folketingsdrøftelser 60 f  
*Forudsætningsløren*, 280  
*Forvaltningsret*, sædvane i – 157 f  
  domstolskontrol 177 f, 198 f  
  se Administrativ praksis, Erstatning, Lighedsgrundsætning  
*Forventningsprincip*, lovmotiver 71 f  
*Forvældelse*, pant 123 f, 142, 144, 178 f  
*Forvældelseslov*, lovmotiver 47  
  analogi 121  
*Fredskov*, sædvane om ekspropriation 158  
*Fuldstændig lovanalogi*,  
  begreb 102, 131 f  
  anvendelse i Strafl 131 f  
  anvendelse i specialstrafferetten 137 f  
  anvendelse i skatteretten 130, 148  
  frihedsberøvende foranstaltninger 140  
*Funktionærlov*, lovmotiver 42, 47, 55, 58  
  præjudikater 78  
  analogi 121 f  
*Færdselsret*, lovmotiver 56  
  præjudikater 103  
  analogi 134, 138  
  Se Erstatning, Kørekort
- Gamle motivudtalelser* 72 f  
*Genoptagelse*, af straffesager 102  
  af civile sager 126 f  
*Gave*, begreb 178  
*Godstransport*, lov om –, lovmotiver 51,  
  57  
  analogi 122  
*Grundssætninger i love*, 117, 147  
*Gældende ret*, begreb 22 ff  
*Gældsbrevslov*, analogi fra – 121
- Handelsagenter*, kutyme 161  
*Handelskutymmer* 160  
*Hauschild-sagen*, 259  
*Hegnsynsmænd*, inhabilitet 142  
*HT-dommen*, 264  
*Højesteret*, fravigelse fra landsretspraksis 110 f
- Immaterialret*, teori og praksis 203  
  se Ophavsret  
*Immunitet*, folkeretlige regler om fremmede staters og statsborgeres – 255  
*Indsamlingslov*, analogi 139  
*Indskrænkende fortolkning*, 15  
*Inkorporering*, af folkeret i dansk ret 248 f  
*Inkurier i love*, 87  
*Interessentskab*, ældre og yngre særkreditørers retsstilling 190 f  
  analogi 139  
*Internationale lov motiver*, 73  
*International privatret*, ejendomsforbehold 105, 203  
*Invalidepension*, ombudsmandsudtalelse og retssag 236 f  
*Islandske håndskrifter* 196
- Jagtlov*, lov motiver 46  
*Jernbane love*, lov motiver 57, 72  
  præjudikater 99  
*Jordemoder*, betaling til –, sædvane 163  
*Journalister*, se Pressen
- Kartofeleksportørsag*, ombudsmandsudtalelse og retssag 229 f  
*Kendskab til sædvaner*, betydning af – 162 f  
*Kommuneplanlov*, lov motiver 51  
*Konfiskation*, præjudikat 102, 113  
  analogi 132  
*Konkurrenceforhold*, almindelige retsgrundsætninger 280  
*Konkurrencelov*, lov motiver 59  
*Konkurs*, lov motiver 44 f, 49, 55, 63  
  præjudikater 78, 106, 193 f  
  analogi 128 f  
  alm konkursreguleringsprincip 158  
  teori og praksis 193 f  
  Se Omstødelse  
*Konkursreguleringsprincippet*, 282  
*Korrelatforhold*, betydning for præjudikat virkning 94  
*Korroboration*, retssædvane 152, 164  
*Kreditaftaleloven*, kritik af motiverne 34  
*Kreditkøbslov*, analogi fra – 122  
*Kulance*, betydning for sædvane 164  
*Kutymmer* 160 f  
*Købelov*, analogi fra – 120 f

- Kørekort*, frakendelse, lov motiver 42, 56  
præjudikater 103  
analogi 138
- Landbrugslove*, lov motiver 58
- Landvæsensretter*, sagsomkostninger, analogi 144
- Langtidsledighed*, ombudsmandsudtalelse og retssag 235
- Lejelove*, lov motiver 47, 56, 57, 59, 60, 63, 64  
præjudikater 93, 98 f, 103, 105  
analogi 122  
slutning fra undtagelsesregel 144
- Lighedsgrundssætning*, i forvaltningen 199
- Lodtrækning*, afgørelser efter markedsføringsloven, præjudikat 90  
lov motiver 38 f
- Logiske slutninger*, ved domsafgørelser 286 ff
- Lokal retssædvane*, 156 f
- Lovgivervilje* 31 f
- Lovgiving i betydning af gældende ret*, 36
- Lovgivningsteknik*, betydning for lov motiver 36 f
- Lovmotiver*, se indholdsfortegnelse § 2  
praktisk betydning 17, 27 ff  
begreb 27  
kritik af – 34 ff  
alm henvisning i domme til – 39  
utrykte – 52 f, 74
- Luftfartslov*, analogi 138 f
- Lukkelov*, lov motiver 58  
analogi 139
- Lægelov*, analogi 139
- Lægemiddellov*, lov motiver 45, 69
- Lærlingelov*, lov motiver 50
- Løsøreoverdragelse*, beskyttelse over for kreditorer 188 f  
beskyttelse over for aftale erhvervære 189 f
- Magtfordrejning*, 198
- Markedsføringslov*, præmiekonkurrence, lov motiver 48  
Sø- og Handelsrettens kompetence 55 f
- Medhjælperlov*, lov motiver 47  
forhold til funktionærloven 55
- Medhjælperløn*, transport på – teori og praksis 172  
præjudikat 103
- Menneskerettighedskonventionen*, betydning for straffeprocessuelle indgreb 257 f
- Militærnægttere*, præjudikater, norsk praksis 80, 114
- Miljølov*, straf, lov motiver 56
- Mindretal*, se Dissenser
- Ministerudtalelser* 46 ff  
utrykte – 52 f
- Modregning*, lov motiver 55  
præjudikater 90, 104  
analogi 122  
rets litteratur 183
- Modsætningsslutninger*, begreber, betydning 140 f, 149
- Momslov*, modsætningsslutning 142
- Monopollov*, utrykte lov motiver 107
- Myndighedslov*, analogi fra – 124 f
- Møbellån* 186 f
- Naboret*, objektivt ansvar 181
- Narkosag*, 102
- Natarbejde*, sædvane om skattemæssige fradrag 158
- Negative motivudtalelser* 33 f
- Norsk ret*:
- subjektiv lovfortolkning 30 f
  - stilling til sagkyndiges udtaleser 42
  - nabolov 62
  - ombytningslæren 62 f
  - forhold til ældre love 64
  - testationsfrihed 67
  - tilbehørspant 68
  - skattelove 69
  - straffeproceslov 71
  - distinguishing 79
  - domspræmisser 80, 81
  - præjudikat eller retssædvane 93
  - vejtrafiklov 98
  - modregning 99
  - ejendomsforbehold 109
  - dissenser 114
  - konfiskation 114
  - plenumafgørelser 114 f
  - analogi 119 f
  - straffelov, analogi 133
  - sædvaner 151, 156

- sædvaner om ejendomsforbehold 159,  
164  
desvetudo 165  
afkraftelse 194  
statsret 196  
Se i øvrigt de enkelte opslagsord og  
domsregister
- Næringslove*, analogi 139
- Nødtestamenter*, lovmotiver 43  
analogi 126
- Objektiv loyfortolkning* 27
- Objektivt ansvar*, se Erstatning, Straf
- Obligationsret*, lovmotiver 42, 47 f  
analogi 120 f  
teori og praksis 183 f
- Offentlige myndigheders erstatningsan-*  
*svar*, 182 f
- Offentlighed*, betydning for retskildevur-  
dering, 25 f
- Ombudsmand*, se Folketingets ombuds-  
mand
- Ombrytningslæren*, 63
- Omgåelse*, analogi for at hindre – 145 f
- Omstødelse*, ved konkurs, lovmotiver 44 f  
præjudikat 79  
analogi 128  
oprykning af panteret efter – af forpri-  
oritet 185
- Ophavsret*, lovmotiver 73  
analogi 126  
Se Bernerkonventionen
- Opinione juris*, retssædvane 151 f
- Ordensforskrifter*, præjudikater 100 f
- Ordførerudtalelser*, 56, 60, 62, 131
- Ordgrænse*, betydning ved analogi 118,  
147
- Ordlyd*, lovens 16
- Overdragelse*, til sikkerhed 186 f  
Se Løsøreoverdragelse, Transport
- Pantebrevsgaranti*, lovmotiver om – 42
- Panteret*, ejerskifteafdrag 42, 110, 178,  
184 f  
rentehenstand, præjudikater 104  
frempantsætning af værdipapirer, præ-  
judikater 109  
forældelse 124, 142  
uopsigelighed 144  
betalingsrenter 158 f
- tinglysnings af pristalsreguleret – 184  
oprykning ved omstødelse af forprio-  
ritet 185  
ejerskifteafdrag 185  
ejerpantebrevsrenter 186
- Partiel analogi*, 117, 145
- Passivitet*, almindelige retsgrundsa-  
tinger 280
- Passivitetsvirkning*, teori og praksis 204
- Pater-est reglen*, 195
- Personbeskyttelse*, almindelige retsgrund-  
sætninger 278 f
- Plantesygdomme*, lov om –, lovmo-  
tiver 51
- Politimæssig forvaring*, af ulovlig knal-  
lert, ombudsmandsudtalelse og  
retssag 50
- Politirapporter*, teori og praksis 192 f
- Politivedtægt*, forskellig landsretstolk-  
ning 113
- Pornografisager*, ændringer i praksis 88,  
135
- Praksis*, generelle henvisninger til – 112
- Praktisk uheldige resultater*, lovmotiver  
69 f
- Pressen*, vidnepligt, analogi 126
- Principper*, overført fra andre retsom-  
råder 282
- »*Profetlæren*«, Ross' 24
- Programudtalelser*, i love 39
- Præjudiciale betydning* af folkeretlige reg-  
ler 253 f
- Præjudikater*, se indholdsfortegnelse § 3  
distinguishing 77 ff  
kendskab til – 80 f, 105 f  
domspræmisser om – 81 f  
alm synspunkter vedrørende – 84 ff  
kritik af – 103 ff  
antallet af –, betydning 105 ff  
alder, betydning 107 ff  
autoritet, betydning 109 ff
- Påtaleundladelse*, betydning for sæd-  
vane 164
- Racediskriminationskonventionen*, betyd-  
ning for retsafgørelser 262
- Radioanlæg*, husundersøgelser efter –,  
teori og praksis 196
- Radiomedarbejdere*, vidnepligt, lov-  
motiver 63, 80

- Radiospredningslov*, lovmotiver 55  
*Reersø-sagen* 107  
*Regelnød*, lovmotiver 69 f  
*Renteberegning*, i brancher 161  
*Rentelov*, lovmotiver 52  
  sædvane 152  
*Renter*, panteret ved ejerpantebreve 186  
*Restaurationslov*, lovmotiver 62  
*Retlig interesse*, 285 f  
*Retsafgift*, lovmotiver 62  
*Retskilder*, se indholdsfortegnelse § 1  
  begreb 15 f  
  prioritetsfølge 20 f  
*Retslitteratur*, se indholdsfortegnelse § 6  
  formidlende karakter 19  
  opgaver for – 169 f  
  teoretiker og praktiker 171 f  
  retskilde? 179  
  betydning for praksis 204 ff  
*Retspleje*, lovmotiver 43, 44 f, 59, 63, 64,  
  65  
  præjudikater 78, 101, 102, 109  
  analogier og modsætningsslutnin-  
  ger 126 f  
  teori og praksis 192 f  
  Se Ordensforskrifter  
*Retssædvane*, se indholdsfortegnelse § 5  
  traditionelle betingelser 150 ff  
  lokal – 156 f  
  kendskab inden for forvaltningsret-  
  ten 157 f  
  kutymmer 160 f  
  kendskab til – 162 f  
  -s kvalitet 163 f  
*Retsvildfarelse*, administrative afgø-  
  relser 99  
*Revisorlove*, motiver 63  
*Rimelighedsbetragtninger* 282 f
- Sagkyndiges udtaelser*, i betænknin-  
  ger 40 ff  
  – om gældende ret 41  
  – om fortolkning af lovforslag 42 f  
*Sagsomkostninger*, i retssager efter ombudsmandsudtaelser 243 f  
*Sameje*, opløsning af –, teori og  
  praksis 190  
  ældre og yngre særkreditorens retsstil-  
  ling, teori og praksis 190 f  
*Samlivsforhold*, økonomisk opgør 89 f
- analogier fra ægteskabsforhold 125  
  almindelige retsgrundssætninger 279  
*Separationsvilkår*, ombudsmandsudtael-  
  se og retssag 232 f  
*Servitutter*, retspraksis om villa – 91 f  
  Ørstdes indflydelse på regler om – 178  
*Sideordnede retter*, præjudikater 113  
*Sigtelser*, straffrihed 103, 135, 192  
*Sikkerhed*, overdragelse til – 186 f  
  afværgelse af tilbageholdsret ved –  
  187 f  
*Skatte- og afgiftslove*, lovmotiver 49, 52,  
  56, 58, 62, 63, 65, 68, 73  
  præjudikater 77, 92, 95, 106, 109, 129  
  analogi 138 f  
  sædvane 157  
  teori og praksis 201 f  
*Skiftelov*, præjudikater 107  
*Skolerejser*, ombudsmandsudtaelse og  
  retssag 228 f  
*Skovlov*, se Fredskov  
*Skønsmæssige afgørelser*, i forvaltnin-  
  gen 198 f, 212 f, 219 f  
*Sociallovgivning*, lovmotiver 53, 56, 58,  
  60, 69, 72  
*Spilleautomater*, afgift, ombudsmandsud-  
  taelse og retssag 238 f  
*Statens modregningsadgang*, 183 f  
*Stationsforstanders omplacering*, om-  
  budsmandsudtaelse og retssag 232  
*Statsret*, teori og praksis 196 f  
  systemskiftet 151  
  retssædvaner 152, 154  
  teori og praksis 196 f  
*Statsråd*, se Korroboration  
*Stempelafgift*, godtgørelse,  
  ombudsmandsudtaelse og retssag 236  
*Straffuldbyrdelse*, af udenlandske  
  domme 263  
*Straf*, lovmotiver, praksis 45 f, 50, 56, 58,  
  64, 69 f  
  alm synspunkter om lov motiver 69 f  
  alm synspunkter om præjudikater 101  
  fuldstændig lovanalogi 131 f  
  objektivt ansvar 104, 138, 191  
  eftergivelse af – 193  
*Strejke- og lockoutgodtgørelse*, ombuds-  
  mandsudtaelse og retssag 241 f  
*Stænderforsamlinger*, udtaelser på – 72  
*Subjektiv lovfortolkning*, 27

- Svensk ret*, stilling til subjektiv lovfortolkning 17, 30 f  
*domspræmisser* 81, 83  
*plenumafgørelser* 115  
*analogi* 120  
 Se i øvrigt Domsregister  
*Syn og skøn*, sædvane om betaling for – 158  
*Sædelighedsforbrydelser*, ændret vurdering 88, 101 f  
*Sædvane*, se Retssædvane  
*Særeje*, bestemmelse om – ved overførelse til børn 194  
*Søgsmålsimmunitetssager*, se Immunitet  
*Sømandslov*, lovmotiver 65  
 analogi 131  
  
*Telefonaflytning*, lovmotiver 59  
*Teori*, se Retslitteratur  
*Testationsret* 195 f  
*Tilbageholdsret*, omfang 187  
 afværgelse ved sikkerhed 187 f  
*Tilbagesøgning af ydelser*, præjudikater 96  
*Tilbud*, hvornår bindende? 183  
*Tilbudspligt*, lov motiver 48  
*Tiltalepraksis*, se Påtaleundladelse  
*Tinglysing*, lov motiver, tilbehørsproblem 21  
 forudbetaling af leje 42  
 afgift 58 f  
 præjudikater, bygning på lejet grund 79  
 lysning med frist, analogi 122 f  
 erstatningsansvar, analogi 123  
 teori og praksis 188  
*Tjenestemandslov*, lov motiver 46  
*Tjenestemænd*, erstatningsansvar 200 f  
*Tjenestemænds oprykning*, ombudsmandsudtalelse og retssag 230 f  
*Togbetjente*, forflyttelse, ombudsmandsudtalelse og retssag 233 f  
*Tolk*, afholdelse af udgifter under retssag 261  
*Tort*,  
 godtgørelse for tilføjelse af 79 f, 163, 183  
*Transport*, af rettigheder, teori og praksis 171 f  
  
*Typeri*, vindikation eller eksstinktion 90, 96, 143  
  
*Udenlandske præjudikater* 83 f  
*Udlæg*, forældelse, slutning fra undtagelsesregel 144  
*Udlændingelov*, lov motiver 56, 63  
*Udstykningssag*, ombudsmandsudtalelse og retssag 227 f  
*Udvidente fortolkning*, 16, 117 ff  
 Se Fortolkning  
*Ugyldige forvaltningsakter*, 200  
*Undervisningslove*, motiver 72  
*Undtagelsesregler*, analogi fra – 125 f, 145 f  
*Utrykte lov motiver*, 52 f, 74  
 domme 112  
  
*Valglove*, lov motiver 65  
*Vandløbslov*, lov motiver 56  
*Vanhjemmel*, analogi fra Købeloven 120  
*Varetægtsfængsling*, inhabilitets-spørgsmål 259  
*Vejlov*, analogi 131  
*Viderebelåning*, af sikkerhedsdepoter, sædvane 162  
*Vindikation*, se Eksstinktion  
*Voldtægt*, tiltalepraksis 103  
*Vurderingslov*, lov motiver 62, 63  
*Værnemagerlov*, lov motiver, 62  
 præjudikater 111, 113  
*Værnepligtlov*, analogi 139  
 se Militær nægtere  
*Værnetingsbestemmelser*, teori og praksis 177, 193  
  
*Zonelov*, lov motiver 51  
*Zonelovstilladelse*, bortfald, ombudsmandsudtalelse og retssag 242 f  
  
*Ændringer*, under udarbejdelse af love 61 ff  
 – i forhold til tidligere retstilstand 64 ff