

Udgivet siden 1919

# Juristen

Nummer 6 | Oktober 2007

## Essays

### Overvågning

af professor, dr.jur. Peter Blume

side 183

### Ret og moral i abortspørgsmålet

af ph.d.-stipendiat, cand.jur. Janne Rothmar Herrmann

side 187

## Artikler

### Hjemmet som grundrettighed

af ph.d.-stipendiat Nikolaj Nielsen

side 191

## Nye domme

### Domænenavne og brug af andens varemærke: "UPS(.dk)" HD af 18/4 2007 (U 2007.1857H)

af professor, dr.jur. Jens Schovsbo

side 199

## Nye love

### En ny småsagsproces

af kontorchef Jens Røn

side 203

## Anmeldelser

### Peter Blume: Rettens veje og vildveje – et bidrag til retsteorien

anmeldt af professor, dr.jur. Jørgen Dalberg-Larsen

side 208

### Lars Plum og Andreas Laursen (red.): "Enhver stats pligt ..."

Anmeldt af vicesstatsadvokat Ingeborg Gade og  
juridisk chef Lykke Sørensen

side 212

# Gode grunde til at publicere i Juristen

Juristen modtager meget gerne bidrag fra både praktikere og forskere. Der er mange gode grunde til at publicere din artikel i Juristen:

**Gennemslagskraft.** Juristen har gennem flere generationer været et af de førende juridiske tidsskrifter for både jurister og jurastuderende i Danmark. Artikler i tidsskriftet er hyppigt cite-ret relevante steder, herunder i domsnoter og juridisk faglitteratur.

**Kvalitetsstempel.** At få optaget en artikel i Juristen er et kvalitetsstempel for dit arbejde. Tidsskriftets bredt sammensatte redaktion af fremtrædende forskere og praktikere foretager en nøje kvalitetskontrol af alle indsendte bidrag. I tvivlstilfælde vil to af redaktionsmedlemmerne vurdere artiklen.

**Hurtig optagelsesprocedure.** Du får en hurtig tilbagemelding om et indsendt bidrag. Som regel vil vurderingen blive foretaget i løbet af et par uger. En accepteret artikel vil som regel bli-ve publiceret i tidsskriftet i løbet af nogle få måneder. Din artikel kan accepteres og publiceres efter en særlig hurtig procedure, hvis den har en meget aktuel karakter.

**Stor udbredelse.** Din artikel kommer ud til et stort og kyndigt publikum, da Juristen henven-der sig til en bred kreds af jurister og andre praktikere inden for alle relevante områder. Den trykte udgave har et oplag på 1.700 og den elektroniske udgave udsendes med nyheds-mail til mere end 15.000 personer.

**God honorering.** Vi honorerer alle optagne bidrag som påskønnelse af det udførte arbejde (525 kr. pr. tidsskriftsside). Du modtager også 15 frieksemplarer af det trykte nummer, som din artikel bringes i.

**89. årgang Redaktion** Professor, dr.jur. Jens Kristiansen, Københavns Universitet (ansvarshavende) jens.kristiansen@jur.ku.dk  
**Redaktionskomité** Kammeradvokat Karsten Hagel-Sørensen, Afdelingschef Lars Hjortnæs, Justitsministeriet, Højesteretsdommer Peer Lorenzen, dommer ved Den Europæiske Menneskeretsdomstol, Professor Palle Bo Madsen, Aarhus Universitet  
**Administration** DJØF og DJØF Forlag

**Abonnement** Medlemmer af DJØF: 145 kr. inkl. moms pr. år    **Studerende** 65 kr. inkl. moms pr. år    **Virksomheder og ikke-medlemmer** 575 kr. inkl. moms pr. år    **Oplag** 1.700 eksemplarer    **Tryk** Eurographic A/S    ISSN nr. 0107-699x

**Annoncer** Der er mulighed for at indrykke annoncer i bladet. Se nærmere om format og priser på [www.djoef.dk/juristen](http://www.djoef.dk/juristen). Artikler i Juristen bringes i trykt form og på DJØFs hjemmeside i elektronisk form.

**DJØF** DJØF er samlingsstedet for mere end 49.000 samfundsvidenskabelige og erhvervsøkonomiske studerende og kandidater. Medlemmerne arbejder med jura, økonomi, forvaltning, planlægning, udvikling, strategi, ledelse, kommunikation, undervisning og forskning på højt niveau overalt i den private og offentlige sektor. DJØF er en uafhængig forening, der arbejder for at sikre medlemmerne de bedste løn- og ansættelsesvilkår og optimale muligheder for karriere- og kompetenceudvikling. DJØF yder individuel rådgivning og giver medlemmerne gode rammer for at danne netværk og diskutere faglige udfordringer med andre djøfere. Med i DJØF-familien er også DJØF Efteruddannelse, DJØF Forlag og JØP (Juristernes og Økonomernes Pensionskasse).

Læs mere om DJØF og vores mange medlemstilbud på hjemmesiden [www.djoef.dk](http://www.djoef.dk)

# Overvågning

Af professor, dr.jur. Peter Blume, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

At iagttage andre menneskers adfærd er såre menneskeligt. Det har altid fundet sted med bistand fra den teknologi, der aktuelt er til rådighed. I dag findes der mere teknologi end nogensinde tidligere, og den er tit billig og let at anvende. Iagttagelserne kan være mere intensive, og dermed kan de være mere krænkende for den iagttagede. De er ikke altid begrundet i et sagligt samfundsmæssigt formål. Der er i almindelighed mange gode grunde til et højt retligt opmærksomhedsniveau med henblik på at sikre en beskyttelse af borgernes privatliv og integritet, og dermed af den enkeltes autonomi og værdighed.

## Over- og undervågning

Som udgangspunkt findes der to former for iagttagelser. De kan for det første blive foretaget på samme niveau som de iagttagede, hvorved menes, at der ikke foreligger nogen hierarkisk relation mellem iagttager og iagttaget. Dette kan i dag f.eks. ske ved brug af mobiltelefoner med indbygget kamera. Dette har nogen kaldt undervågning, fordi iagttagelserne ikke er udtryk for nogen intention om kontrol, men bliver iagttagelserne f.eks. stillet til rådighed for enhver, kan de alligevel miste deres forholdsvis uskylde karakter. Et eksempel er, når billeder af strippende piger ved fredagsbaren på Silkeborg gymnasium pludselig befinder sig på internettet, hvor de sikkert stadig er et eller andet sted, fordi nettet aldrig glemmer. Denne historie fra foråret 2007 illustrerer det almene fænomen, at mange forskellige teknologier virker sammen, og den retlige bedømmelse kan derfor ikke kun være forbundet med brugen af en bestemt teknologi.

For det andet kan iagttagelserne blive foretaget med henblik på at udøve en eller anden form for kontrol. Dette er overvågning, der med den moderne teknologi ikke blot er blevet særdeles effektiv, men samtidig kan gennemføres upersonligt, således at der ikke er nogen umiddelbar forbindelse mellem den overvågende og den overvågede. Et eller andet øje i det høje ser og noterer, hvad den enkelte foretager sig. Det er en naturlig følge af den moderne teknologi, at overvågningens omfang er øget, og at der er tendens imod det, som nogen vil kalde et overvågningssamfund eller, hvis man er pessimistisk anlagt, ligefrem et Panoptikon, hvor vi alle overvåges fra alle sider. Om et sådant skræmmende scenario bliver virkeligt, afhænger bl.a. af den retlige regulering.

I dette essay sættes der på denne baggrund fokus på enkelte facetter af overvågningen med inddragelse af ny retspraksis og lovgivning, der illustrerer, hvorledes den udfordring, som overvågningen aktualiserer, bliver hånd-

teret retligt. Fokus bliver sat på overvågning af internet og e-post samt tv-overvågning, idet det betones, at dette blot er et lille udsnit af den overvågning, der er aktuel i dagens samfund. Som det vil fremgå nedenfor, er det ofte de samme hensyn, der har betydning for reguleringen af de forskellige former for overvågning.

## Arbejdspladsen

I det følgende lægges der særlig vægt på et sted, hvor de fleste befinder sig i en stor del af deres vågentilværelse, arbejdspladsen. Dette er et sted, hvor anvendelse af overvågning påkalder sig speciel opmærksomhed som følge af den hierarkiske og ulige relation, der består mellem de ansatte og arbejdsgiveren. Der er potentielt store misbrugsmuligheder, og overvågningen kan have vidtgående konsekvenser for den enkelte. Arbejdspladsen er også retligt et særligt sted, fordi flere retlige reguleringer med deres egne traditioner mødes, uden at dette møde altid er fuldt ud harmonisk.

## E-post og Internet

I dag er det almindeligt for langt de fleste at anvende e-post og internet til kommunikation og informationssøgning. Selvom det kun er 12 år siden, at denne form for elektronisk kommunikation brød igennem folkeligt, er den i dag en selvfølge og opleves i mange tilfælde som uundværlig. Der er ikke længere tale om noget nyt, men derimod om en naturlig del af tilværelsen. Det er karakteristisk for denne kommunikation, at den er overvågelig, ved at den efterlader spor, der kan bruges til at skabe personprofiler, som bl.a. kan have stor kommerciel værdi som grundlag for direkte markedsføring. Disse spor sættes let, fordi teknologien er hurtig og ofte bliver brugt uden omtanke. På denne baggrund aktualiseres spørgsmålet, om der må overvåges, hvem der i givet fald må overvåges, under hvilke betingelser dette kan ske, og hvad overvågningens resultater må bruges til. Dette er i almindelighed relevante spørgsmål, og i praksis har de som nævnt bl.a. påkaldt sig interesse i forhold til relationen mellem ansatte og arbejdsgivere. Dansk ret er på grundlag af Datatilsynets og domstolenes praksis rimelig klar, men der er dog fortsat enkelte udestående spørgsmålstegn.

## Indretningshensynet

Udgangspunktet er, at en arbejdsgiver må foretage overvågning som følge af den arbejdsretligt fastsatte ledelsesret, der omfatter en ret til at gennemføre kontrolforanstaltninger. Medmindre der er et særligt grundlag herfor, må denne overvågning, der indebærer indsamling af personoplysninger, ikke ske skjult, idet de ansatte skal informere

res, jfr. persondatalovens §§ 28 og 29. I Datatilsynets praksis er det fastslået, at denne information som følge af princippet om god skik i § 5, stk. 1, skal gives, før overvågningen iværksættes. På LO/DA-området er det i et protokol af 27. oktober 2006 til Hovedaftalen aftalt, at både denne form for overvågning og tv-overvågning skal varsles senest 6 uger, inden den iværksættes, medmindre særlige omstændigheder foreligger. På nogle områder som f.eks. i forhold til tv-overvågning af butikker som arbejdsplads er der endvidere mellem arbejdsmarkedets parter aftalt supplerende anbefalinger vedrørende god skik.

Denne regulering sætter ikke spørgsmålstegn ved arbejdsgiverens ret til at overvåge, idet dens formål er, at de ansatte skal kunne indrette sig og dermed have mulighed for at beskytte deres privatliv. Der er saglige grunde til at iværksætte overvågning, men den må ikke virke som en fælde, som den ansatte kan gå i. Dette indretningspunkt illustreres af Arbejdsrettens dom af 29. marts 2007 om tv-overvågning. I denne dom pålægges en arbejdsgiver, der havde afskediget en medarbejder, som i strid med virksomhedens regler sminkede sig i arbejdstiden, en bod på 50.000. kr. I dommen lægges der vægt på, at tv-overvågningen ganske vist var kendt, men at det var meddelt, at dens formål var at forebygge tyveri og således ikke at udøve kontrol med overholdelse af de på arbejdspladsen fastsatte regler. Overvågningen var derfor anvendt til andre formål end det bekendtgjorte formål, jfr. princippet i persondatalovens § 5, stk. 2, som dommen dog ikke henviser til. Dommen er interessant, fordi den lægger til grund, at det ikke blot er overvågningen, men også dennes formål, der skal være gjort bekendt. Den sminkende medarbejder vidste som nævnt, at der var tv-overvågning, men ikke, at den var rettet mod hende som ansat, hvorfor den virkede som en fælde. Der var ikke den fornødne transparens.

#### **Må e-post læses?**

For så vidt angår den elektroniske kommunikation er et enkelt hovedspørgsmål ikke fuldt ud afklaret. Det er den overvejende opfattelse, at en arbejdsgiver ikke må læse den ansattes private e-post, hverken den afsendte eller modtagne, da posten er en "lukket meddelelse", jfr. straffelovens § 263, stk. 1 nr. 1, men denne opfattelse er ikke ubestridt, da der kan argumenteres for, at arbejdspladsen er et sådant særligt område, at læsningen derved er berettiget, i og med at kommunikationen ikke kan være privat. Efter min opfattelse er denne argumentation ikke overbevisende, idet der her i landet er tradition for, at de ansatte i et vist begrænset omfang kan kommunikere privat, medens de er på arbejdspladsen, men der savnes en klarørende højesteretsdom.

#### **Copland-dommen**

Retsstillingen er blevet underbygget og også lidt udfordret af en afgørelse af 3. april 2007 fra Menneskerettighedsdomstolen, Copland-dommen ((2007) EMD 253). Denne sag udspiller sig i Wales, hvor en VK arbejdsgiver uden at have informeret herom overvågede den ansattes e-post, internetbrug og telefoni bl.a. med henblik på at afdække, om fru Copland havde et forhold til en anden ansat. Arbejdsgiveren tog endda skjult kontakt til

personer, som hun kommunikerede med. Da det ved overvågningen blev konstateret, at kommunikationen i strid med arbejdsstedets regler vedrørte private formål, blev Copland afskediget. Ved bedømmelsen af dette forløb lagde domstolen til grund, at overvågningen i sig selv indebærer en krænkelse af privatlivets fred, jfr. EMRK artikel 8, som også gælder på arbejdspladser, og dermed kun er acceptabel, såfremt betingelserne i stk. 2 er opfyldt. Set ud fra en dansk synsvinkel er det mindre interessant, at det antages, at der ikke på daværende tidspunkt var hjemmel til overvågningen i engelsk ret, men derimod interessant, at domstolen lægger til grund, at den skjulte overvågning, der altså ikke er forudberegnelig, i dette tilfælde hverken er nødvendig eller proportional. Konklusionen var således, at artikel 8 var overtrådt, med den konkrete konsekvens, at Copland fik tilkendt 3.000 euro i godtgørelse. Dommen indebærer i almindelighed, at skjult overvågning er en menneskeretskrænkelse, medmindre den er begrundet i stk. 2-hensyn, herunder, at overvågningen er nødvendig i forhold til sikringen af demokratiet. Dansk ret må som nævnt antages at være i overensstemmelse med denne opfattelse.

I forhold til dansk praksis og sædvanlig opfattelse i den databeskyttelsesretlige teori er det interessant, at artikel 8 overhovedet findes anvendelig. I Datatilsynets, og vist nok også i domstolens praksis er det antaget, at de oplysninger, der indsamles og behandles som følge af overvågning af internet og e-post, og i øvrigt også ved tv-overvågning, er almindelige persondata, der er omfattet af persondatalovens § 6, stk. 1, hvilket har den praktiske konsekvens, at det i mange situationer ikke er nødvendigt at indhente et samtykke. Overvågningen kan ske ud fra, at interessen heri er mere tungtvejende end det modsatte. Samtykke ville være påkrævet, såfremt oplysningerne blev kategoriseret som følsomme (§§ 7-8). Uanset at der kan være enkelte følsomme data iblandt, f.eks. når en ansat sender en mail til sin læge, er det lagt til grund, at § 6, stk. 1, er anvendelig, idet det, ganske vist ikke helt indiskutabelt, antages, at det er tilfældigt, at følsomme data bliver overvåget.

Det er en udbredt opfattelse, at artikel 8 alene værner følsomme persondata og derfor i denne henseende er snævrere end databeskyttelsesretten, der omfatter enhver personoplysning. Dette synspunkt er bl.a. anført at EU's persondatatilsynsførende. Copland-dommen omfatter, således som faktum er beskrevet, i hvert fald efter dansk retsopfattelse overvågning af almindelige persondata, og domstolen lader uden videre artikel 8 finde anvendelse, hvilket den engelske regering i øvrigt ikke gjorde indsigelse imod, idet dette er særligt bemærkelsesværdigt, eftersom privatlivets fred ikke traditionelt har været anerkendt i engelsk common law og dermed er en ny og tilmed ikke lige velkommen rettighed. Det er positivt at give menneskeretsbeskyttelsen så bredt et område, idet det herved kan bemærkes, at kategorien "private liv" i artikel 8 ikke i domstolens praksis har et fuldt ud veldefineret indhold. Dommen er i øvrigt på linje med en afgørelse truffet af EF-Domstolen i 2003 (C-465/00 m.fl.), hvor det lægges til grund, at spørgsmålet om, hvorvidt oplysninger om offentligt ansattes løn- og pensionsforhold, der ikke er føl-

somme persondata, kan offentliggøres, er omfattet af artikel 8, der dog ikke antages at være overtrådt. Coplanddommen kan give anledning til at revidere den herskende opfattelse og bl.a. til at overveje, om det er hensigtsmæssigt som i EU-charteret om grundlæggende rettigheder (artikel 7 og 8) at have både en regel om privatlivsbeskyttelse og en regel om databeskyttelse. Alt andet lige vil det styrke databeskyttelsen, hvis det kan lægges til grund, at alle persondata også beskyttes af menneskeretten. Dette giver en ekstra tyngde. Dommen kan tages til indtægt for denne opfattelse, medmindre selvfølgelig domstolen ikke i denne henseende har gennemtænkt konsekvenserne af sin afgørelse.

### Nye regler om tv-overvågning

Også tv-overvågning er blevet mere effektiv og intensiv som følge af teknologiens udvikling, selvom de foretagne optagelser dog fortsat langt fra altid har den kvalitet, som man skulle tro. En optagelse er en art objektivt bevismiddel, men dette forudsætter, at man kan se, hvad der foregår. I 1982 blev der gennemført en særlig lov om denne overvågning i den private sektor, og der har siden med jævne mellemrum været ønsket om bedre muligheder for at anvende tv-overvågning, som befolkningen i øvrigt har fået et stadigt mere positivt syn på. Med udgangspunkt i Betænkning 1483/2006 har Folketinget ved lov 519 af 6. juni 2007 gennemført en lovrevision, der dels i tv-overvågningsloven udvider området for tv-overvågning med et kriminalitetsforebyggende formål dels indsætter særlige regler om tv-overvågning i persondataloven, der skal sikre borgernes integritetsbeskyttelse. Sidstnævnte tager sigte på at gøre udvidelsen af overvågningsområdet tilstrækkelig retssikker, og især medfører de regler, der begrænser adgangen til at videregive optagelser, at vi ikke her i landet kommer til at lide af den engelske syge, hvor større byområder er underlagt fælles systematisk tv-overvågning. Denne lovrevision kan desuagtet give anledning til at drøfte mange spørgsmål, og i det følgende sættes blot fokus på to, hvoraf det ene direkte vedrører den gennemførte regulering, medens den anden angår et emne, der ikke har påkaldt sig tilstrækkelig opmærksomhed.

### Opbevaringstid

Indtil lovrevisionen er det sædvanligvis i Datatilsynets praksis med udgangspunkt i persondatalovens § 5, stk. 5, blevet lagt til grund, at foretagne tv-optagelser kan opbevares i 7 dage. Begrundelsen for denne praksis var, at der ikke er nogen grund til, at den dataansvarlige opbevarer optagelser i længere tid. Nu er fristen, jfr. § 26a, stk. 2, udvidet til 30 dage, men selvom dette umiddelbart kan fremtræde som en væsentlig udvidelse, giver den næppe i praksis anledning til større betæneligheder.

Af principiel interesse er derimod bestemmelsens stk. 3, hvori der er fastsat en undtagelse, der er motiveret af forholdene på arbejdspladser, men som dog efter ordlyden ikke er begrænset hertil. Optagelser kan opbevares længere end 30 dage, såfremt dette er nødvendigt for behandlingen af en konkret tvist. Reglen illustrerer, at særlige hensyn kan begrunde en ordning, der umiddelbart set er en svækkelse af databeskyttelsen. Motiveringen er, at en ufravigelig 30 dages frist tvinger arbejdsgiveren til at poli-

tianmelde ansattes mulige kriminalitet, som tv-overvågningen har afsløret, og umuliggør, at sager af denne karakter kan ordnes i mindelighed. Tager butiksassistenten af kassen, er det nogle steder praksis, at dette vel medfører afskedigelse, men at tabet dækkes via en aftalt tilbagebetalingsordning. Denne "venlige" straf kan ikke bruges, hvis optagelsen, der er bevismidlet, inden for kort tid ikke er til stede, og en længere opbevaring er derfor også i den overvågede ansattes interesse. For at sikre mod misbrug af denne særegne ordning skal den pågældende informeres om, at optagelserne gemmes, inden udløbet af 30 dages fristen i stk. 2, og på anmodning have en kopi af optagelsen, hvilket sikrer imod, at den bliver manipuleret. Denne regel er ikke hævet over diskussion, idet den indirekte legitimerer en form for privat retshåndhævelse, der ikke altid nødvendigvis er bedre for den ansatte, og som ligeledes kan være betænkelig samfundsmæssigt. Der kan nok især på den uorganiserede del af arbejdsmarkedet være risiko for misbrug. Det skal af mange grunde blive spændende at følge denne regel i praksis.

### Lyd

Optagelser af billeder er nogle gange kombineret med optagelse af lyd. Dette er ligeledes et fænomen, der ganske ofte er forbundet med arbejdspladser. Lyd fra identificerbare personer er ikke omfattet af tv-overvågningsloven, men derimod af persondataloven, herunder de nye bestemmelser. Lyd har påkaldt sig betydelig mindre interesse i den retspolitiske debat og blev kun helt sporadisk drøftet i tv-overvågningsudvalget. Lydoptagelser med eller uden billeder kan desuagtet udgøre en krænkende overvågning. I Datatilsynets praksis og i forarbejderne til de nye regler er det lagt til grund, at er en af de personer, der deltager i en optaget samtale, bekendt med, at denne optages, er optagelsen som udgangspunkt lovlig. En arbejdsgiver, der taler med en ansat, kan således uden videre optage samtalen. Dette svarer til en traditionel antagelse i dansk ret, der stammer fra strafferettens verden, hvor den tillægges betydning ved fortolkningen af straffelovens § 263, stk. 1, nr. 3. I forhold til hensynet til databeskyttelse er dette dog på mange måder en bemærkelsesværdig og tvivlsom antagelse, der danner grundlag for skjult overvågning. Når persondataloven finder anvendelse, jfr. § 1, stk. 7, hvilket også gælder for det bagomliggende direktiv 95/46 EF, er konsekvensen, at lovens regler gælder fuldt ud. Der er således ikke nogen grund til, at loven skal anvendes på en speciel måde, når persondata i form af lyd bliver behandlet.

For det første skal der være hjemmel til den optagelse, der finder sted, og i den nævnte antagelse er det impliceret, at hjemlen ikke er samtykke, idet optagelsen sker skjult. Omfatter samtalen almindelige persondata er der muligheder for at finde en hjemmel i § 6, stk. 1, men omfatter samtalen følsomme data, som når jeg taler med min læge om en sygdom, vil det være svært eller rettere nok umuligt at finde en hjemmel. For det andet følger det af §§ 28 og 29, at jeg har krav på information, samtidig med at samtalen finder sted, medmindre afgørende hensyn, jfr. § 30, gør det nødvendigt, at optagelsen sker skjult. Efter almindelig praksis er § 30 kun helt undtagelsesvist anvendelig, hvilket da også følger af Datatilsynets praksis. Alt

naturligvis forudsat at loven finder anvendelse, dvs. at optagelsen er digital eller lagres i et register.

Jeg må erkende, at jeg aldrig helt har forstået tankegangen bag straffelovens regel, og det er i bedste fald tvivlsomt, om den skjulte overvågning kan harmonere med persondatalovens regler. Under alle omstændigheder er en regulering, der legitimerer skjult overvågning, ikke acceptabel. Når jeg her gør et nummer ud af dette, skyldes det, at overvågningen tager mange former, og at et højt retligt opmærksomhedsniveau derfor er nødvendigt overalt. Der kan være grund til at interessere sig mere for lyd fremover og vurdere, om forståelsen af både straffeloven og persondataloven bør strammes op.

#### **Overvågningssamfund?**

I 2006 udgav det engelske datatilsyn en større rapport (A Report on the Surveillance Society), hvis entydige konklusion er, at England er et overvågningssamfund. Dette er næppe overraskende, bl.a. fordi England er al tv-overvågnings moder. Danmark er endnu ikke et overvågnings-samfund, men de mange teknologier, der ofte kombineres,

den øgede brug af forskellige former for overvågning bl.a. som følge af kampen mod terror, den kommercielle interesse i overvågning, er alle fænomener, der peger på, at også Danmark kan blive et overvågningssamfund. Skridt i denne retning kan næppe undgås, men et overvågnings-samfund er ikke nogen nødvendighed. Retligt samt rets-politisk tilstræber vi her i landet fortsat for det meste at finde en balance hvor hensynet til den enkelte borger og dennes privatliv tillægges reel betydning. Men alligevel svinger pendulet som følge af de teknologiske muligheder og fristelser mod overvågning. Pendulet svinger også, fordi så mange nye former for overvågning kan bringes i anvendelse, f.eks. biometri og RFID. Det er vigtigt at være opmærksom på denne bevægelse med dens almene konsekvenser for vores samfund, og kun følge den, når dette er reelt velbegrundet.

For hver gang en bestemt form for overvågning retligt blåstemples, tages der et definitivt skridt. Al erfaring viser, at der på dette område ikke er nogen fortrydelsesret, således at man derfor alene kan finde sin ringe trøst i det gamle ord om, at evigt ejes kun det tabte.

# Ret og moral i abortspørgsmålet

Af ph.d.-stipendiat, cand.jur. Janne Rothmar Herrmann, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

For nylig satte Højesteret punktum i sagen om abortmindelunden i Vedersø (HD af 21. juni 2007). Baggrunden for sagen var, at foreningen "Retten til Liv" i 1999 havde offentliggjort en skitse til etablering af en abortmindelund på en privatejet ubebygget grund. Grunden var placeret tæt på digterpræsten Kaj Munks buste og grav ved Vedersø Kirke og var netop valgt med henvisning til Munks holdning til abort og hans gravs status som "turistmagnet". I 2000 vedtog kommunen imidlertid en lokalplan, der begrænsede anvendelsen af ejendommene i det pågældende område til bolig- og erhvervsformål. Kommunen påbød derfor i 2002 ejeren at fjerne en række genstande, bl.a. en 2,5 m høj obelisk og et 9 x 9 m stort "Danmarkskort", der med søjler angav antallet af aborter foretaget i de enkelte amter. Efter kommunens opfattelse tjente disse genstande til at realisere abortmindelunden i strid med lokalplanen. For Højesteret anførte sagsøgeren, at genstandene var mindre indretninger, der ikke stred mod lokalplanen, og at kommunens og Naturklagenævnets afgørelser var baseret på usaglige hensyn, primært abortspørgsmålets ideologiske undertoner. Højesteret fandt, at obelisk og Danmarkskortet havde realiseret det samlede projekt for en abortmindelund, der – fordi den optrådte som et offentligt anlæg – var i strid med lokalplanen. Afgørelsen havde endvidere ikke været baseret på abortspørgsmålets ideologiske undertoner, idet hverken det forvaltningsretlige proportionalitetsprincip eller andre forvaltningsretlige grundsætninger var blevet tilsidesat.

Abortspørgsmålet udgør i særlig grad et emne, der er knyttet til forskellige etiske holdninger og ideologiske undertoner. I moralfilosofien er spørgsmålet om fosterets etiske status langt fra entydig, og holdningen til abort afhænger netop af, om fosteret anses for at have en høj eller lav etisk status. Diskussionen er også politiseret og ideologisk i den forstand, at holdninger til abort antages at være en del af en pakke, der også omfatter holdninger til kristendom, homoseksuelle parforhold, kvindefrigørelse, seksualundervisning og mange andre ting, der i disse år gøres til genstand for værdipolitik (Klemens Kappel: Fosterets etiske status og sene aborter, essay under publicering).

Jeg vil her belyse, hvordan abortspørgsmålets moralske dilemma bliver håndteret retligt – eller måske snarere ikke bliver håndteret, men behandlet som lidt af en sorteper. Både lovgiver, de nationale domstole og EF-domstolen er tilbageholdende med at tage stilling til det moralske, mens EMD har sværest ved at undgå en stillingtagen, da menneskerettighederne i sig selv er tæt på grundlæggende værdispørgsmål.

## Det moralske dilemma på den retlige scene

At abortspørgsmålets ideologiske og moralske kontrovers bliver bragt i spil som et retligt argument, som i sagen om abortmindelunden, er ikke nogen ny problemstilling. I UfR 1998.894 H havde den sognepræst, der er formand for foreningen Retten til Liv, båret præstekjole under en demonstration mod fri abort, og på trods af et pålæg fra biskoppen om, at det ikke måtte gentage sig, bar han præstekjole under endnu en demonstration. I sit pålæg til præsten havde biskoppen bl.a. anført "hvad jeg direkte må påtale, er Deres brug af tjenestedragt i forbindelse med demonstrationen. Om man nok så meget vil demonstrere mod en lov, kan man i dette tilfælde ikke gøre det med en »kirkens røst«, allerede af den grund, at kirken aldrig kan tale uden at erindre evangeliet til dem, der længst er hårdt ramt ... Jeg må forvente, at sådan anvendelse af embedsdragten ikke sker igen. Den protest mod en given lovgivning, som enhver har ret til at fremsætte, er et borgerligt anliggende, som må rettes til lovgivningsmagten. Gør De dette, gør De det som et overbeviset menneske, ikke som embedsmand." Præsten anførte derimod, at han i sit præsteløfte netop havde forpligtet sig til at lægge røst til "kirkens urgamle holdning" når det drejede sig om "mordene på over 18.000 ufødte medborgere, skabt ved og til Kristus". Retten fandt, at spørgsmålet om præsters brug af tjenestedragt uden for gudstjenesten og andre kirkelige handlinger faldt inden for det område, hvor biskoppen fører tilsyn og ud fra et skøn kan meddele pålæg. Der var således ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, biskoppen havde udøvet i sagen. Præsten havde derfor ved at handle i strid med pålægget gjort sig skyldig i en tjenesteforseelse, som berettigede Kirkeministeriet til at meddele ham en irettesættelse som sket.

Sagsøgerne havde i begge sager et underliggende ønske at få anerkendt deres interesse i at protestere i abortspørgsmålet – den ene som præst og den anden ved som almindelig borger at indrette en abortmindelund. I den retlige optik drejede sagerne sig derimod om henholdsvis ansættelses- og forvaltningsretlige spørgsmål og kom derfor ikke ind i problemfeltet med det moralske, selvom præstembedet netop er knyttet til bestemte værdiopfattelser. På andre områder imødekommes sådanne værdiopfattelser, uden at det kan danne grundlag for ansættelsesretlige sanktioner: En præst har således ret til af samvittighedsgrunde at nægte at foretage vielser af fraskilte, og kan ikke mødes med disciplinær sanktion eller afskediges diskretionært på denne baggrund (jf. Ombudsmandens j.nr. 1998-1194-810).

Hvorvidt retten anerkender det moralske problemfelt i forhold til præster, afhænger således af, om der er tale om områder, der direkte indgår i udøvelsen af embedet (vielse af fraskilte) eller blot udgør meningstilkendegivelser

(abort). Denne sondring understøttes i øvrigt i praksis fra den tidligere Europæiske Menneskerettighedskommission. I *Knudsen v. Norway* (application no. 11045/84, *Børre Arnold Knudsen v. Norway*, Decision of 8 March 1985 on the admissibility of the application) havde en præst nægtet at udføre de funktioner, der var knyttet til hans embede, såsom at forrette vielser, føre fødselsregister og modtage post og løn fra staten i protest mod den nye norske abortlov, der indførte fri abort. Kommissionen afviste, at præsten var klageberettiget i spørgsmålet om, hvorvidt den nye norske abortlov var i strid med art. 2: "The Commission cannot find that the applicant in the present case was affected differently by the new legislation than any other citizens. The amendment to the Abortion Act did not directly affect the applicant in his family life nor did it affect him in his obligations as a vicar." Præsten klagede desuden over, at den norske abortlov var i strid med samvittigheds- og religionsfriheden i art. 9 fordi han var blevet afskediget fra sit embede, selvom hans holdning til abort var den samme som kirken. Kommissionen fandt dog, at "a clergyman within a State Church system has not only religious duties, but has also accepted certain obligations towards the State. If the requirements imposed upon him by the State should be in conflict with his convictions, he is free to relinquish his office as clergyman within the State Church, and the Commission regards this as an ultimate guarantee of his right to freedom of thought, conscience and religion. In the present case the Commission recalls that the applicant refused to carry out functions that were duties of his office and that he lost the said office. The Commission also recalls that the applicant has retained the pastoral rights which follow from ordination and which allow him to carry out religious functions." Desuden havde de holdninger, han havde givet udtryk for ikke været årsagen til afskedigelsen, og hans afvisning af at udføre de forpligtelser, der påhvilede hans embede "did not actually express the applicant's beliefs or religious views and it cannot, therefore, be considered as such to be protected by Article 9, para. 1, even when it was motivated by such views or beliefs". Kommissionen afviste således sagen.

Læger, der udfører abort som led i udøvelsen af deres hverv, har netop i tråd med dette rationale ret til af samvittighedsgrunde at nægte at udføre eller medvirke til abortindgreb. Modsat vil en læge, ligesom en præst, ikke kunne deltage i en abortdemonstration ikklædt Rigshospitalets uniform uden at risikere ansættelsesretlige sanktioner. Om en professions værdiopfattelse tillægges retlig vægt, afhænger således af, om problemfeltet er snævert koblet til udøvelsen af professionens hverv. Er der tale om en protest udøvet som almindelig borger, må lægen eller præsten altså ikke ikklæde sig embedets autoritet.

I det følgende vil jeg illustrere, hvordan lovgiver håndterer abortspørgsmålets moralske problem. Ved at regulere abort bevæger man sig jo netop ind i dette værdispørgsmål. Det er dog ikke ensbetydende med, at lovgiver er villig til at tage stilling til dette spørgsmål.

### Lovgivers håndtering af det moralske dilemma

I dansk ret er adgangen til fri abort formuleret som et retskrav, hvilket afspejler, at kvindens reproduktive autonomi vægtes tungt og ikke kan tilsidesættes af hensyn til fosteret i det første trimester. I forhold til denne tidsgrænse på 12 uger fremhæver forarbejderne hensynet til den forøgede helbredsrisiko, der var forbundet med abortindgreb udført efter udgangen af 12. uge. 12-ugers-grænsen er altså ikke udtryk for, at Folketinget har taget stilling til, at fosteret præcis på dette tidspunkt ændrer moralsk status. Ved at koble grænsen til kvindens sundhed har man faktisk slet ikke forholdt sig til, hvilken etisk status fosteret har, og hvornår eller hvad der kan begrunde, at dets status stiger. Grænsen er således udtryk for en pragmatisk forening mellem en sundhedsfagligt begrundet grænse, der skal varetage hensynet til kvindens sundhed og den gradualistiske tilgang til abort – dvs. den moralfilosofiske retning, hvor fosterets moralske status stiger i takt med dets udvikling, men som ikke i sig selv kan pege på, hvornår disse statusskift sker.

Legitimeringen af at regulere abortspørgsmålet begrundes altså primært i et sundhedsmæssigt hensyn til kvinden og i en underliggende moralsk status for fosteret, som ikke ekspliciteres. At det moralske dilemma blev nedtonet i forarbejderne, da den fri abort blev indført i 1973, skyldes måske, at dette hensyn netop var en af begrundelserne for, at der ikke var blevet indført fri adgang til abort i 1970-loven. Man undgik således det moralske dilemma ved at inddrage det lægefaglige og videnskabelige i en regulering, der (også) hviler på noget normativt. Af flere grunde er det faktisk bemærkelsesværdigt, at abortbestemmelserne trækker hensynet til kvindens sundhed ind som begrundelse for 12-ugers-grænsen. Dels har en læge normalt metodefrihed i udøvelsen af sin gerning, dels er der ikke i loven indsat en revisionsbestemmelse, således at man løbende med et bestemt interval kunne se, om udviklingen i lægevidenskaben nu kunne begrunde en anden grænse for fri abort. En sådan dynamisk grænse findes således kun i forbindelse med levedygtighedskriteriet, der udgør den øvre grænse for abortindgreb. Det er derfor uklart om denne statiske frem for dynamiske kobling til det lægefaglige er et udtryk for, at spørgsmålet ikke har haft politisk bevågenhed og man derfor ikke har haft blik for muligheden, eller om man ikke har ønsket en sådan dynamisk grænse. Selvom Dansk Selskab for Gynækologi og Obstetrik, der oprindeligt anbefalede 12-ugers-grænsen, sidste år foreslog en ny tidsgrænse på 18 uger har dette ikke resulteret i en lovændring. Hvor lovgiver oprindeligt signalerede, at 12-ugers-grænsen skulle opfattes som noget deskriptivt, fungerer den altså reelt som noget normativt.

Levedygtighedskriteriet signalerer en klar moralsk stillingtagen til fosteret; her har fosteret en så høj etisk status, at abort som udgangspunkt ikke er mulig (idet der kun kan udføres abort på et levedygtigt foster, hvis kvindens liv eller helbred er på spil, eller fosteret er så sygt, at det næppe vil overleve). Debatten om en øvre grænse for provokeret abort blev skudt i gang af nogle jordemødre, der i pressen havde beskrevet, at de på den ene fødestue skulle gøre alt for at redde et for tidligt født barn født i fx 22.



svangerskabsuge, mens de på den anden fødestue skulle medvirke til provokeret abort på et levedygtigt foster på samme alder, hvor aborten nogle gange kunne mislykkes i den forstand, at det aborterede foster viste livstegn og måtte ligges ud i skyllerummet for at dø. Sundhedspersonerne havde i sådanne sager allerede ret til at nægte at medvirke til abort, og der var således tale om, at konkrete etiske dilemmaer måtte håndteres retligt for at løfte det moralsk byrdefulde valg fra sundhedspersonerne. Det var således primært hensynet til sundhedspersonernes egne etiske grænser, der foranledigede, at lovgiver valgte at tildele det levedygtige foster en særlig tung retlig status. Der er således både eksempler på, at det lægevidenskabelige (12-ugers-grænsen) og en imødekommelse af den profession, der udfører aborterne (levedygtighedskriteriet), legitimerer reguleringen.

Det sundhedsfaglige perspektiv har betydet, at der hverken i regelsættet eller forarbejderne er blik for, at abort er en sundhedsydelse, der kun gives til kvinder – ligestillingsperspektivet har således fået en begrænset opmærksomhed. Anskuede man abortreguleringen mere bredt under inddragelse af et ligestillingsperspektiv ville det være nødvendigt at have mere fokus på, at der er tale om et indgreb, som af åbenbare biologiske og fysiologiske årsager udelukkende udføres på kvinder. Man kan argumentere for, at dette ville medføre en mere udtrykkelig stillingtagen til legitimiteten af statslig regulering af indgreb, der udelukkende indskrænker kvinders kropslige autonomi, og dermed en ekspliciteret stillingtagen til fosterets etiske status. En sundhedsfaglig begrundelse fungerer derimod som en måde, hvorpå lovgiver undgår en grundlæggende stillingtagen til abortspørgsmålets moralske dimensioner. Lovgiver kan altså styre uden om en eksplicit stillingtagen til det moralske dilemma ved at bruge det videnskabelige, deskriptive og objektive som begrundelse for en regulering, der også er normativ.

### **Fri bevægelighed og moralsk forumshopping**

I unionlandenes nationale regelsæt er abortspørgsmålet reguleret meget forskelligt. Denne forskel på de nationale reguleringer skyldes, at det er medlemslandene, der er ansvarlige for organiseringen og leveringen af sundhedsydelser og medicinsk behandling. Om abort skal være forbudt eller tilladt, og under hvilke betingelser et abortindgreb kan udføres, er således ikke et spørgsmål, der er omfattet af fællesskabsretten. Denne nationale forskel findes inden for hele området af reproduktionsrelaterede sundhedsydelser og omfatter ud over abort bl.a. også adgangen til in vitro behandling mod barnløshed, brug af præimplantationsdiagnostik, kønsselektion og donoranonymitet. Der er således en vifte af behandlinger og ydelser, der moralsk opfattes så forskelligt i de enkelte medlemsstater, at det har udmøntet sig i meget forskellige lovgivningsstrategier. Det betyder, at der er et ganske stort europæisk marked for "reproduktions-turisme", hvor borgere kan søge væk, hvis de nationale moralske bånd er for snærende og opsøge andre lande, hvor de kan få den ønskede behandling eller ydelse. En vigtig forudsætning for denne fri bevægelighed er muligheden for, at borgerne kan få information om tjenesteydelser, der udbydes i andre medlemslande.

I SPUC-sagen (C-159/90 dom af 4. oktober 1991: *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. mod Stephen Grogan m.fl.*) havde en irsk studenterorganisation som led i sin rådgivning af gravide kvinder udbredt oplysninger om abortklinikker i Storbritannien, eftersom abort er forbudt i Irland. The Society for the Protection of Unborn Children gjorde i forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål for EF-domstolen gældende, at abort ikke kunne anses for at være en tjenesteydelse med den begrundelse, at abort var umoralsk og medførte tilintetgørelse af det ufødte barns liv, hvis ret til liv i øvrigt er beskyttet i den irske forfatning. Abortspørgsmålets moralske undertoner blev således brugt som argument for, at abort ikke var en tjenesteydelse og derfor ikke skulle omfattes af princippet om fri bevægelighed.

Domstolen afviste imidlertid, at moralske overvejelser kunne spille en rolle: "Det er nemlig ikke Domstolens opgave at sætte sin vurdering i stedet for lovgivers vurdering i de medlemsstater, hvor den pågældende handling lovligt kan udføres."

Før Irland ratificerede Maastrichttraktaten i 1992, var man meget optaget af, om EU-medlemskabet ville kunne hindre, at Irland fortsat havde en meget restriktiv tilgang til abort. Man fik derfor forhandlet et særligt tillæg til traktaten, Den Irske Protokol (nr. 17), som garanterer, at ingen af de fællesskabsretlige traktater eller retsakter vil få betydning for den irske forfatnings abortforbud. EF-Domstolen fastslog i SPUC-sagen, at begrænsningen af studenterorganisationens udbredelse af oplysninger om abortklinikker i Storbritannien ikke var i strid med traktaten – havde det derimod været abortklinikkerne selv, der havde udbredt oplysningerne, ville en begrænsning have været i strid med princippet om fri bevægelighed.

Selvom man ikke afskar Irland fra at have en restriktiv abortregulering, så udhuler Det Indre Marked projekt alligevel den irske position, idet den fri bevægelighed udgør et selvstændigt beskyttelseshensyn i abortspørgsmålet. Udgangspunktet i retten til fri bevægelighed afkobler således abortspørgsmålet fra det underliggende moralske spørgsmål og fungerer derved som en motor for kvinders rettigheder.

### **Den menneskeretlige kampscene**

SPUC-sagen fik et efterspil for EMD, der fastslog at studenterne frit kunne udbrede oplysninger om abortklinikker, og at det irske forbud derfor havde krænket deres ytrings- og informationsfrihed efter EMRK art. 10 (*Open Doors v. Ireland*, app. no. 14234/88; 14235/88 af 29. oktober 1992).

Selvom EMD generelt ikke er tilbageholdende med at fortolke konventionen offensivt, har abortspørgsmålet været anderledes følsomt i de øvrige sager, der har været forelagt EMD og den tidligere Menneskerettighedskommission (EMK). Sagerne har både omhandlet, hvorvidt fosteret har en ret til livet efter art. 2, om kvinden har en ret til abort under retten til privatliv i art. 8, og om manden har nogle rettigheder ved et abortindgreb, herunder er berettiget til at indbringe en klage for EMD, og om han

har relevante rettigheder under sin ret til respekt for privatliv og familieliv efter konventionens art. 8.

Praksis viser en stor tilbageholdenhed i vurderingen af både kvindens og fosterets status, og abortspørgsmålets moralske undertoner har således været brugt som argument af EMD og EMK for at forholde sig neutralt til både spørgsmålet om, hvorvidt kvinden har ret til abort som en del af privatlivsbeskyttelsen (Brüggemann & Scheuten v. the Federal Republic of Germany, application no. 6959/75, report adopted by the Commission on 12 July 1977) og hvorvidt fosteret har en ret til liv efter art. 2 (Paton v. UK application 8416/79, decision of 13 May 1980 on the admissibility of the application og Vo v. France, application no. 53924/00 af 8. juli 2004).

I den seneste dom, der omhandler abort, Tysiac v. Poland (application no. 5410/03, judgment, 20. marts 2007) var en gravid kvinde, der led af ekstrem nærsynethed blevet rådet af sin læge til at få foretaget en abort, idet hun i modsat fald risikerede helt at miste synet. Gynækologen på den klinik, hun blev henvist til, afslog imidlertid, at hun opfyldte betingelserne for at få foretaget en abort. Hun fødte således barnet og mistede efterfølgende i stigende grad synet. Kvinden gjorde gældende, at hendes ret til privatliv var blevet krænkede, ved at staten havde undladt at levere det abortindgreb, der var lovligt, hvorved hun var blevet udsat for en alvorlig helbredsrisiko. Privatlivskrænkelse var også sket i forhold til statens positive forpligtelse, idet det ikke var tilstrækkeligt, at der var lov hjemmel for indgrebet. Der måtte også være krav om, at rettigheden skulle beskyttes effektivt, således at hun kunne få en retlig prøvelse af en læges afslag, særligt når der som i den konkrete sag forelå henvisning fra en speciallæge til abortindgrebet, og hun alligevel fik afslag fra den gynækologiske læge. Mens det i sagen Paton v. UK blev fastlagt, at den nationale lovgivning skal give mulighed for en abort, der er nødvendig af hensyn til kvindens liv, for at leve op til den beskyttelse, kvinden har krav på efter art. 2, så lagde klageren i Tysiac v. Poland op til spørgsmålet, om dette krav kunne konkretiseres yderligere, således at hensynet til kvindens helbred kunne være et lige så vægtigt beskyttelseshensyn som en del af hendes ret til privatliv efter art. 8, som hensynet til kvindens liv efter art. 2.

EMD udtalte, at mens abortspørgsmålet traditionelt havde været et spørgsmål om at afveje retten til privatliv på den ene side over for statens interesse i at varetage den offentlige moral o.lign. på den anden side, så var der, for så vidt angår terapeutisk abort (dvs. abortindgreb, der gives som en behandling på lægefaglig indikation), også et spørgsmål om statens positive forpligtelse til at sikre gravide kvinders fysiske integritet. Selvom EMD indledningsvist understregede, at det ikke var domstolens opgave

ve i den konkrete sag at undersøge, hvorvidt EMRK garanterer en ret til abort, idet kvinden i sagen allerede havde en ret til abort efter den nationale lovgivning, når der var fare for hendes liv eller helbred, så fremstår dommen alligevel som første skridt i retning mod en mere dynamisk og formålsrettet fortolkning i abortspørgsmålet: Mens konventionen "does not guarantee as such a right to any specific level of medical care", så understreger EMD, at den i sin tidligere praksis har fortolket privatlivsbegrebet sådan, at en persons fysiske og psykiske integritet også er omfattet, og at staterne har en positiv forpligtelse til at sikre borgerne deres ret til effektiv respekt for denne integritet. Eftersom staterne altså også har en positiv forpligtelse til at sikre en effektiv respekt for gravide kvinders fysiske integritet, så synes denne udtalelse at forudsætte, at der skal være adgang til terapeutisk abort, for at en stat kan leve op til sine positive forpligtelser. Om denne konklusion kan drages ud over den konkrete sag, hvor staten havde opfyldt sin positive forpligtelse på dette punkt, men blot ikke havde sikret, at der var tale om en effektiv beskyttelse, må fremtiden vise. Det er dog ikke ualmindeligt, at EMD udfolder en mere offensiv fortolkning i del-etaper og over tid. Dette var eksempelvis tilfældet for så vidt angår EMD's fortolkning af foreningsfriheden i forhold til eksklusivaftaler på arbejdsmarkedet, hvor der skete en betydelig udvikling fra "British Rail"-sagen (Young, James & Webster v. UK, application no. 7601/76; 7806/77 af 13. august 1981) til Sørensen & Rasmussen v. Denmark (application nos. 52562/99 og 52620/99 af 11. januar 2006).

#### **På vej mod et rettighedsperspektiv?**

Dette skridt i Tysiac v. Poland, hvor adgangen til terapeutisk abort ansues som en implicit forudsætning for en reel beskyttelse af kvinders fysiske integritet, kan således meget vel være det første skridt på vejen til en større afklaring af abortspørgsmålets plads i menneskeretten, hvor der tages udgangspunkt i et individrelateret rettighedsperspektiv. Denne afklaring kan ses som en del af den menneskeretlige udvikling, hvor de sociale rettigheder i højere grad beskyttes mod indgreb (se fx Kirsten Ketscher Folkepension i 50 år i Juristen 2007 s. 119). En bredere anvendelse af dette rettighedsperspektiv i abortspørgsmålet kan betyde, at man ikke tager udgangspunkt i den moralfilosofiske uenighed om fosterets etiske status, men derimod tager udgangspunkt i retlige figurer som fx privatlivsbeskyttelse, ret til behandling og ligestillingshensyn og derigennem fastlægger omfanget af retten til abort og hvordan konkurrerende rettigheder skal afvejes overfor hinanden, som man netop gjorde i Tysiac-sagen. Men dermed tager man faktisk også stilling til det underliggende moralske spørgsmål. I den forstand fusionerer man altså ret og moral, selvom både EMD og EF-Domstolen netop begge har afvist at gøre sig til dommer over moralske spørgsmål.

# Hjemmet som grundrettighed

Ph.d. stipendiat, cand.jur. Nikolaj Nielsen, Det Juridiske fakultet, Københavns Universitet

**Artiklen undersøger med udgangspunkt i U2007.642V betydningen af hjemmet som grundrettighed i sager om ophævelse af lejemål på grund af kriminalitet begået af hjemmeboende børn.**

## 1. Indledning

Hjemmet udgør fundamentet for mange menneskers tilværelse. Hjemmet har betydning for den enkeltes integritet og mulighed for at leve i fællesskab med andre mennesker. Ofte er hjemmet beboet af en familie. Medlemmerne af familien befinder sig i et retligt skæbnefællesskab, der ikke skelner mellem de enkelte beboere af hjemmet. Når en lejer bliver sat ud af sin bolig, er der tale om et intensivt indgreb i lejerens privatliv. Ophævelsen af lejemålet rammer ikke alene lejeren. I de tilfælde, hvor lejemålet bebos af en familie, vil de øvrige beboere af lejemålet også blive berørt af ophævelsen. Dommen U2007.642V illustrerer denne problemstilling. Dommen er en ud af flere sager, der vedrører ophævelse af lejemål i problemramte boligområder på baggrund af kriminalitet begået af hjemmeboende sønner. Dommen har givet anledning til en del debat i dagspressen, og flere almene boligselskaber har udtalt, at de vil følge op på den praksis, der nu foreligger fra landsretten, hvorefter der kan ske ophævelse af en families lejemål i tilfælde af, at hjemmeboende børn har begået alvorlig kriminalitet i boligområdet.<sup>1</sup> I det følgende vil jeg argumentere for, at den nuværende lejelovgivnings forståelse af lejerens husstand som en samlet enhed medfører, at hensynet til de enkelte beboere af lejemålet ikke bliver inddraget i sager om ophævelse af lejemål. Dette medfører en risiko for et rettighedstab for de enkelte medlemmer af husstanden. Inddragelsen af hjemmet som grundrettighed i udformningen og fortolkningen af dansk lejelovgivning vil kunne give hensynet til de ikke kriminelle beboere af lejemålet et retligt udtryk, der vil gøre det muligt, at deres interesser bliver inddraget i afvejningen af, hvorvidt en ophævelse er påkrævet eller ej.

Jeg vil begrænse mig til at behandle spørgsmålet om ophævelse af lejemål uden forudgående påmindelse til lejeren i tilfælde af grove husordensovertrædelser. Indledningsvis vil jeg præsentere og analysere de gældende regler i dansk lejelovgivning vedrørende udlejerens ret til ophævelse af lejemål i tilfælde af grove husordensovertrædelser. Efter en præsentation af de internationale konventioner, der understøtter hjemmet som grundrettighed, vil jeg beskrive og analysere U2007.642V. Jeg vil beskrive, hvilke retlige mekanismer, der er på spil i dommen, og hvordan disse mekanismer fører til, at hensynet til de enkelte familiemedlemmer ikke bliver inddraget. Afslutningsvis vil jeg pege på nogle problemer ved at følge den kurs, som U2007.642V udstikker.

## 2. Lejelovene om ophævelse på grund af husordensovertrædelser

Når der gælder beskyttelsespræceptive regler i dansk lejelovgivning for, hvornår udlejerens kan opsige/ophæve et lejemål, så skyldes dette blandt andet hensynet til lejerens ret til respekt for sit hjem. Men beskyttelsen mod opsigelse/ophævelse er ikke ubegrænset. Lejerens ret må i visse tilfælde vige af hensyn til udlejerens eller af hensyn til andre lejere i ejendommen. Det følger af såvel den almene som den private lejelov, at udlejerens har mulighed for at ophæve et lejemål, hvis lejeren eller medlemmer af lejerens husstand, har været voldelig, truet eller på anden måde chikaneret andre beboere af ejendommen.

I henhold til den nugældende lejelovgivning<sup>2</sup> har en udlejer tre reaktionsmuligheder over for en lejer, som selv eller hvis husstand overtræder ejendommens husorden eller på anden måde ikke respekterer god ro og orden i den pågældende ejendom eller i det pågældende boligområde. Udlejer kan alt efter forholdets beskaffenhed indbringe sagen for beboerklagenævnet (i den almene sektor) eller huslejenævnet (i den private sektor) med henblik på at gøre lejemålet betinget af, at lejeren respekterer ejendommens husorden eller med henblik på, at nævnet skal tildele lejeren en advarsel.<sup>3</sup> Den anden reaktionsmulighed, udlejerens har, er opsigelse af lejemålet med et varsel på tre måneder.<sup>4</sup> Det fremgår eksplicit af lejelovgivningen, at det er en betingelse for, at lejemålet kan opsiges eller gøres betinget, at adfærden er udøvet på trods af udlejerens påmindelse. I særligt grove tilfælde (det er disse tilfælde, der er i fokus i denne artikel) har udlejerens mulighed for at ophæve lejekontrakten uden varsel, og uden at lejeren forinden har modtaget en påmindelse om, at den udøvede adfærd ikke er acceptabel.

Udlejerens har, "når lejeren i øvrigt misligholder sine forpligtelser på en sådan måde, at hans fjernelse er påkrævet

<sup>1</sup> Se for eksempel Politiken 22-08-07: "Kollektiv straf: Boligforening smider otte familier ud."

<sup>2</sup> Det gælder en lejelov for den private sektor, jf. lovbekendtgørelse 188 af 27-02-2007, samt en lejelov for den almene sektor, jf. lovbekendtgørelse 187 af 27-02-2007. Da bestemmelserne vedrørende ophævelse og opsigelse har samme indhold, vil jeg ikke i denne artikel skelne mellem disse to love, men benævne disse love lejelovgivningen. For den private sektor gælder også boligreguleringsloven, som ret beset er en del af lejelovgivningen, men bestemmelserne i denne lov har ikke betydning for problemstillingen, der bliver behandlet i denne artikel.

<sup>3</sup> Jf. lejelovens §§ 79a-b og almenlejelovens §§ 81 og 82. I henhold til disse regler har lejeren i almene boliger mulighed for at forlange, at udlejerens indbringer en sag mod en anden lejer for beboerklagenævnet, jf. almenlejelovens § 83, stk. 2 og 3. En lejer, der er underlagt den private lejelov, har ikke denne mulighed.

<sup>4</sup> Jf. lejelovens § 83, stk. 1, litra e, og almenlejelovens § 85 stk. 1, nr. 4.

vet", mulighed for at ophæve lejeaftalen.<sup>5</sup> I såvel almenlejeloven som lejeloven findes en bestemmelse med denne ordlyd. Bestemmelsen har sin oprindelse i den første danske lejelov fra 1937.<sup>6</sup> Det fremgår af forarbejderne til bestemmelsen, at der var tale om en kodificering af dansk ret almindelige regel om, at der kan ske ophævelse af en aftale, når der foreligger en væsentlig misligholdelse fra en af aftaleparterne. De øvrige ophævelsesgrunde skal i henhold til forarbejderne til § 67 i lejeloven fra 1937 læses som eksempler på, hvornår kravet om væsentlighed er opfyldt, men der var ikke med bestemmelsen tiltænkt nogen udtømmende opregning. Derfor indførte man hovedreglen om, at lejemålet kan ophæves, når lejereren "i øvrigt", ud over de oplyste grunde misligholder sine forpligtelser.<sup>7</sup> Siden lejeloven fra 1951 har det fremgået af den skiftende lejelovgivning, at husordensovertrædelser, der hidrører fra lejerens husstand, ikke alene fra lejereren selv, kan medføre ophævelse. Den almindelige hovedregel er blevet fortolket i overensstemmelse hermed, således at også grove husordensovertrædelser, forårsaget af medlemmer af lejerens husstand, kan medføre ophævelse af lejemålet, uden at lejereren forinden er blevet advaret.

### 3. Gensidighedshensyn og rettighedssubjekter

Lejeretten har traditionelt været betragtet som en speciel disciplin, der falder inden for anvendelsesområdet for obligationsrettens almindelige del. I en sag, hvor omdrejningspunktet er spørgsmålet om, hvorvidt lejerens fjernelse er påkrævet eller ej, vil det være nødvendigt for den retsanvendende myndighed (boligretten i første instans, landsretten i anden instans) at fortolke hovedreglen i lejelovene. Fortolkningen er ikke fri, men vil blandt andet ske på baggrund af de retlige figurer eller grundsætninger, der er gældende på det pågældende retsområde. De grundsætninger, som er udviklet inden for obligationsretlig teori, har derfor også relevans i fortolkningen af lejelovene.

I denne sammenhæng, hvor udlejerens mulighed for ophævelse er i fokus, er spørgsmålet om væsentlighed centralt. Lejerens misligholdelse skal være væsentlig, for at udlejereren kan ophæve. Dette stemmer også overens med bestemmelsens ordlyd, hvorefter lejerens fjernelse skal være "påkrævet". Det er ikke enhver misligholdelse, der kan føre til ophævelse af lejekontrakten. Se til eksempel herpå den nedenfor refererede landsretsdom U 1997.490V vedrørende en lejers opsætning af en parabolantenne.

Foruden væsentlighed er en central figur spørgsmålet om loyalitet. Det følger af det gensidige kontraktforhold mellem lejer og udlejer, at parterne må udvise en vis form for

loyalitet over for hinanden. Hvis lejerens husordensovertrædelse er vendt mod udlejereren, vil der typisk være en strengere bedømmelse af overtrædelsen, se til eksempel herpå Grundejernes Domssamling 1994/20, hvor en lejer blev dømt til at fraflytte. Lejereren havde over for administrator og en håndværker beskyldt udlejereren for bestikkelse. Endvidere havde lejereren over for en udenforstående kioskejer kaldt udlejereren for en heks.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvilken betydning det har, at det ikke er lejereren selv, der har misligholdt lejemålet, men derimod et eller flere af de øvrige medlemmer af lejerens husstand, vil dette ofte blive fortolket som et hæftelsesansvar. Lejereren sidestilles med husstandsmedlemmet og bliver stillet, som var det lejereren selv, der havde misligholdt lejemålet. Man kan sige, at der er identitet mellem lejereren og husstandsmedlemmerne.

Disse tre hensyn eller figurer: væsentlighed, loyalitet og hæftelsesansvar/identificering har betydning for fortolkningen af lejelovene, eftersom lejelovene regulerer gensidigt bebyrdende aftaler. Hensynene beskytter gensidigheden i aftaleforholdet. Lejelovens præceptive regler, der beskytter lejereren mod ubegrundet ophævelse/opsigelse, kan beskrives som en indskrænkning af gensidigheden. Denne indskrænkning kan ikke begrundes ud fra obligationsrettens almindelige hensyn. Indenrigsministeriets huslejudvalg af 1934, der afgav betænkningen, som efterfølgende blev lagt til grund for indførelsen af lejeloven i 1937, argumenterede for, at "Samfundshensyn kræver bydende, at visse Regler i Lejeforhold maa være ufravigelige ...".<sup>8</sup> Endvidere fremhæver udvalget under bemærkningerne til bestemmelserne om ophævelse og opsigelse, at under hensyn til "... den samfundsmæssige Betydning, som lejeforholdet har for store Klasser af Befolkningen, synes det i høj Grad paakrævet at sætte virkelige Lovregler i de ensidigt fastsatte Kontraktsvilkaars Sted". Betænkningen afspejler modsætningen mellem to klasser i befolkningen; de besiddende udlejere over for den præsumptivt svagere part, de ubesiddende lejere. De nuværende lejelove hviler fortsat på denne modsætning mellem den stærke udlejer og den svage lejer, der skal beskyttes på baggrund af samfundets behov for et velfungerende boligmarked. Man kan sige, at lovgivningen til en vis grad hviler på opfattelsen af et klasseskilt samfund og en antagelse om et behov for en balance mellem klasserne, således at den ene klasse ikke udnytter den anden på grundlag af konjunktursvingninger, bolignød og lignende. Samfundets interesse i et velfungerende og afbalanceret boligmarked har stadigvæk betydning i den retlige fortolkning af beskyttelsesreglerne i lejelovene, men samfundshensyn er ikke de eneste relevante hensyn for oprettholdelsen af lejerens beskyttelse mod opsigelse.

Den svenske retsvidenskabskvinde Anna Christensen har i sin undersøgelse af udviklingen af lejerens beskyttelse mod opsigelse mv. i svensk lejeret beskrevet, hvordan lejerens ret til at forblive i lejemålet og ejendomsretten delvist udspringer af samme normative grundmønster. Hun fremhæver to aspekter ved ejendomsretten: det dynamiske aspekt og integritetsaspektet.<sup>9</sup> Det dynamiske aspekt ved ejendomsretten beror på retten til at råde over sin

<sup>5</sup> Jf. lejelovens § 93, stk. 1, litra l, og almenlejelovens § 90, stk. 1, nr. 12, bestemmelserne har samme ordlyd.

<sup>6</sup> Lov nr. 54 af 23. marts, Almindelig lejelov.

<sup>7</sup> Betænkning afgivet af Indenrigsministeriets huslejudvalg af 1934, jf. s. 48-49.

<sup>8</sup> Betænkning afgivet af Indenrigsministeriets huslejudvalg af 1934, s. 7.

<sup>9</sup> Anna Christensen (1994): Hemrätt i hyreshuset, Juristförlaget.

ejendom på den økonomisk set mest fordelagtige måde. Christensen benævner dette aspekt af ejendomsretten det markedsfunktionelle ejendomsretsbebegreb.<sup>10</sup> I modsætning hertil står integritetsaspektet af ejendomsretten. Integritetsaspektet rummer en beskyttelse af den personlige ejendom. Et indgreb i denne del af ejendomsretten opfattes af den krænkede som et indgreb i personens integritet. Som et eksempel herpå nævner Christensen, at i forbindelse med et indbrud opfattes selve indtrængningen i den private sfære ofte værre end det konkrete tab.<sup>11</sup> Integritetsaspektet af ejendomsretten er personlig og konservativ. I modsætning til det markedsfunktionelle aspekt, der er generel og dynamisk. Anna Christensen argumenterer for at integritetsaspektet i ejendomsretten har det samme normative fundament som den enkeltes lejers beskyttelse mod opsigelse/ophævelse. Christensen benævner denne egenskab ved lejerens ret til at forblive i boligen for lejerens hjemret. Hun skriver: "Det normative grundinnhåellet i hemrätten är rätten att ostört besitta och bruka viss egendom, nämligen den hyreslägenhet som är ens 'hem'. Man kan alltså konstatera att innehåellet i hemrätten sammenfaller med konservative grundinnhåellet i äganderätten."<sup>12</sup>

Lejerens hjemret er beskyttet fra tidspunktet for lejekontraktens underskrivelse, men beskyttelsen har ikke sit normative grundlag i lejekontrakten. Integritetsaspektet af hjemretten følger af lejerens tilknytning til hjemmet. Beskyttelsen er derfor ikke nødvendigvis afhængig af, hvorvidt den enkelte beboer er kontraktpart eller ej. Det er velkendt i dansk ret, at tilknytningen til boligen er afgørende for den enkeltes retsstilling i lejeforholdet. Reglerne om brugsrettens overgang i lejelovgivning berettiger den, som har benyttet lejemålet som et fælles hjem sammen med lejerens, til at fortsætte lejemålet ved skilsmisse, samlivsophør og dødsfald.<sup>13</sup>

En ophævelse af et lejemål rammer samtlige beboere af lejemålet. Beboerne kan i henhold til lejelovgivning indtage forskellige juridiske roller. Dette har betydning for opfattelsen af den enkelte som rettigedssubjekt.<sup>14</sup> En beboer af et lejemål kan enten være lejer, husstandsmedlem eller fremlejetager. I denne rollefordeling er lejerens den oprindelige rettigedsnavner hvorfra de øvrige beboere afleder deres ret. Husstandsmedlemmet eller fremlejetageren kan i henhold til det almindelige formueretlige princip om rettigedsoverdragelse ikke erhverve bedre ret end lejerens, der har overdraget en del af sin brugsret til de øvrige beboere. Dette princip er kodificeret i gældslovens § 27. Dette princip medfører risiko for et rettigedsstab. Eftersom hensynet til de øvrige beboere af lejemålet i kraft af deres afledte status risikerer ikke at blive inddraget i sager som ophævelse af lejemål. Den hierarkiske rollefordeling skygger for, at hver enkelt beboer har en ret til respekt for sit hjem, privat- og familieliv. Omvendt har husstandsmedlemmet eller fremlejetageren heller ikke nogen pligter i forhold til udlejerens af lejemålet. Udlejerens må i stedet henvende sig til lejerens, der hæfter for de øvrige beboeres adfærd.

Det er sammenhængen mellem det integritetsmæssige aspekt af lejerens hjemret og menneskerettighedernes

udspring af respekten for den enkeltes menneskes værdighed og integritet, der gør det relevant at inddrage lejerens grundrettigheder i fortolkningen af lejelovgivning. De obligationsretlige hensyn må suppleres af en øget vægtning af den enkeltes ret til et hjem og til et privatliv. Beskyttelsen af boligen har i kraft af den internationale udvikling af menneskerettighederne og dermed den øgede betydning af individuelle rettigheder fået en større betydning, som åbner for at inddrage andre hensyn i fortolkningen af lejelovgivning. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (fremover EMD) har ved flere lejligheder tilkendegivet, at også ophævelse af lejemål falder inden for konventionens anvendelsesområde, en ophævelse kan således udgøre et indgreb i en beskyttet rettighed.<sup>15</sup> Beskyttelsen af hjemmet i kraft af de internationale konventioner er en del af beskyttelsen af menneskerettighederne også i en dansk kontekst. Konventionerne spiller sammen i kraft af begrebet om menneskerettighedernes udelelighed.<sup>16</sup> Det samlede kompleks af rettigheder beskytter retten til en bolig, respekten for hjemmet samt privat- og familielivet. Dermed bliver lejerens ikke alene den præsumptivt svagere part, som skal beskyttes for at opnå et velfungerende marked, som er i stand til at afbalancere magtforholdet mellem modstående klassers interesser. Beskyttelsen af lejerens finder også sin begrundelse i lejerens ret til respekt for sit hjem som en grundrettighed.

#### 4. Den konventionsretlige understøttelse af hjemmet som grundrettighed

Den menneskeretlige ideologi udspringer af erkendelsen af, at det enkelte menneske har ret til beskyttelse af sin værdighed og integritet. Lige siden FN vedtog Verdenserklæringen om Menneskerettigheder i 1948, der fastslår i artikel 1, at "Alle mennesker er født frie og lige i værdighed og rettigheder", har værdighedsbegrebet stået centralt for fortolkningen af menneskerettighederne. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (fremover EMRK) nævner ikke eksplicit den menneskelige værdighed, men præambelen til konventionen henviser til Verdenserklæringen og de grundlæggende værdier, der er udtrykt i erklæringen.<sup>17</sup> Det enkelte menneskes værdighed er snævert forbundet med personens integritet. Beskyttelsen af boligen er et led i beskyttelsen af den enkeltes værdighed og integritet. Den enkeltes ret til en bolig muliggør en tilværelse på vilkår, der er acceptable i en dansk velfærdsstat. Beskyttelsen af hjemmet mod indgreb beskytter den enkeltes privatsfære og familieliv og er

10 Ibid. s. 357.

11 Ibid. s. 356.

12 Ibid. s. 361.

13 Jf. Almenlejelovens kap. 12 og lejelovens kap. 12.

14 Se Thomas Wilhelmsson (1987): social civilrätt, Juristförbundets Förlag, for en nærmere analyse af rollebegrebets betydning i privatretten s. 51ff.

15 Se Marzari mod Italien (appl. 36448/97) og O'Rourke mod Storbritannien (appl. 39022/97). Begge disse sager blev afvist, efter at domstolen havde prøvet, om opsigelsen var i overensstemmelse med Konventionen. Se også Larkos mod Cypern (appl. 29515/95), krænkelse af art. 14 sammenholdt med art. 8, i forbindelse med en diskriminerende forskelsbehandling af lejere i privat udlejning og lejere af statslig ejendom, samt Connors mod Storbritannien (appl. 66746/01), krænkelse af art. 8, at sigøjnere fik ophævet deres lejemål (en campingplads) uden at modtage en begrundet opsigelse.

16 Se Ida Elisabeth Koch (2004): Internationale sociale menneskerettigheder i dansk ret.

17 Se Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof et al. (2003): "Den Europæiske menneskerettighedskonvention med kommentarer" 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag s. 71.

dermed en del af beskyttelsen af den enkeltes integritet.<sup>18</sup> Den personlige integritet kan beskrives som en fysisk og psykisk urørlighedszone.<sup>19</sup> Retten til privatliv beskytter den enkeltes ret til beskyttelse af sin integritet, men integritetskravet rækker videre end den fysiske person.

Den enkeltes ret til respekt for sit hjem er beskyttet i EMRK artikel 8. Denne bestemmelse beskytter individets privatsfære generelt.<sup>20</sup> Bestemmelsen indeholder en beskyttelse af privatliv, familieliv, hjem og kommunikation. Den enkeltes ret til respekt for sit hjem er ikke en ubegrænset ret til respekt for sit hjem, men et indgreb i retigheden, men et indgreb i retigheden må have hjemmel i lov, og indgrebet skal være nødvendigt. Det samme formål må ikke kunne opnås med et mindre indgribende middel, og der skal være proportionalitet mellem indgrebet og det formål, man efterstræber. Endvidere skal indgrebet være begrundet med et af de hensyn, som er oplyst i artikel 8, stk. 2. Artikel 8 er en central bestemmelse i denne forbindelse, men det er ikke den eneste bestemmelse, som beskytter hjemmet. I kraft af artikel 14 i EMRK udgør enhver forskelsbehandling på baggrund af "køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold" en krænkelse af konventionen. Som det fremgår af oplystningen, er diskriminationsforbuddet i EMRK omfattende. EMRK forbyder såvel direkte som indirekte diskrimination. Direkte diskrimination foreligger, når forskelsbehandlingen er eksplicit begrundet i et af de oplyste kriterier. Indirekte diskrimination foreligger, når forskelsbehandlingen ikke er begrundet i et af de oplyste hensyn, men når ordningen, der bestrides, rammer skævt i forhold til en særlig gruppe, som er beskyttet af diskriminationsforbuddet. Diskrimination kan være lovligt, såfremt forskelsbehandlingen er sagligt begrundet, forfølger et legitimt formål, og der er proportionalitet mellem de forfulgte formål og den konstaterede forskelsbehandling. EMD har ved dommen *Larkos v. Cypern* appl. 29515/95 fastslået at en ordning, hvor lejere i privat udlejning var beskyttet mod ubegrundet opsigelse, hvorimod lejere af statens ejendomme ikke havde denne beskyttelse, var i strid med artikel 14 sammenholdt med artikel 8. Denne dom medfører, at det ikke vil være lovligt at forskelsbehandle lejere af almene boliger og lejere af privatudlejede boliger uden sagligt begrundelse i relation til ophævelse.

<sup>18</sup> Se nærmere om disse værdier i en velfærdsstatlig sammenhæng: Kirsten Ketscher (2002): *Socialret* s.76ff.

<sup>19</sup> Steen Harck og Mette Hartlev (2000): *Retten til værdighed og egen identitet*, s. 96 i Retsvidenskabeligt institut B: *Grundrettigheder* Årsskrift, Jurist og Økonom Forbundets Forlag.

<sup>20</sup> Se nærmere om artikel 8 i Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof et al. (2003): "Den Europæiske menneskerettighedskonvention med kommentarer" 2. udg. Jurist og Økonomforbundets forlag s. 379ff.

<sup>21</sup> Jf. bekendtgørelse nr. 6 af 16-01-1992.

<sup>22</sup> Se om konventionens betydning for dansk ret: Kirsten Ketscher (2003): *Børns menneskerettigheder, om FN's børnekonvention i dansk ret*, i Jørgensen, Krunke mfl.: *Nye retlige design*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003, s. 7ff.

<sup>23</sup> Se *The right to adequate housing* (art. 11(1)): 13-12-1991 CESCR general comment 4. Kan findes på [www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch).

<sup>24</sup> Jf. bekendtgørelse nr. 83 af 09-09-1993.

Danmark har i 1991 ratificeret FN's børnekonvention.<sup>21</sup> Børnekonventionen har blandt andet til formål at tydeliggøre, at også børn har menneskerettigheder.<sup>22</sup> Det fremgår af konventionens art. 16, at de kontraherende stater er forpligtet til at beskytte børn mod vilkårlige eller ulovlige indgreb i deres hjem, privat- og familieliv. Børnekonventionen fremhæver i kraft af denne bestemmelse, at barnet har en individuel ret til beskyttelse af sit hjem. Det enkelte barn er således også omfattet af den generelle beskyttelse af hjemmet i EMRK artikel 8. Beskyttelsen af hjemmet er også indeholdt i FN's konvention om politiske og civile rettigheder artikel 17. Endvidere har det også betydning for opfattelsen af hjemmet som en grundret til, at retten til en bolig er beskyttet i de internationale konventioner. Retten til en bolig er beskyttet i FN's konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder art. 11. FN's komite for økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, der fortolker konventionen har i en generel kommentar slået fast, at retten til en bolig omfatter mere end blot tag over hovedet. De kontraherende stater, herunder Danmark er blandt andet forpligtet til at optimere sikkerheden for, at den enkelte kan forblive i sin bolig og kun flytte på eget initiativ.<sup>23</sup>

Danmark har i 1983 ratificeret Kvindekonventionen.<sup>24</sup> Konventionen har til formål at afskaffe alle former for diskrimination af kvinder, jf. Kvindekonventionens art. 1. Endvidere indeholder konventionen i artikel 5a et forbud mod kønsstereotyper. Det er et vigtigt led i beskyttelsen af hjemmet at gøre op med stereotype opfattelser af familiemønstre. Kvindekonventionen har derfor betydning i forhold til beskyttelsen af hjemmet. Konventionens forbud mod diskrimination samt understregningen af, at kvinder skal have mulighed for at udøve deres menneskerettigheder på lige fod med mænd, medvirker til at understrege, at retten til beskyttelse af sit hjem er en individuel ret til.

De internationale konventioners beskyttelse af retten til respekt for sit hjem understøtter beskyttelsen af den enkeltes krav på beskyttelse af sin integritet. I kraft af Børnekonventionen og Kvindekonventionen bliver det tydeliggjort, at også børn og kvinder har ret til respekt for deres værdighed og integritet. Retten til at beholde sit hjem og ikke blive udsat for indgreb i privatlivet hviler på respekten for den enkeltes integritet.

## 5. Analyse af U2007.642V "Brabrand-dommen"

Jeg vil i det følgende tage udgangspunkt i en konkret sag med henblik på at vise betydningen af inddragelsen af hjemmet som grundret til i fortolkningen af dansk lejelovgivning. Jeg har valgt at tage udgangspunkt i U2007.642V, fordi sagen udgør et eksempel på, at hensynet til beboerne af det pågældende lejemål ikke bliver inddraget i afvejningen af, hvorvidt ophævelsen er påkrævet eller ej. Sagen kan således bruges til at konkretisere nogle af de problemstillinger, jeg har beskrevet indledningsvis i denne artikel. Ydermere er sagen, som nævnt tidligere, en ud af flere sager, der har det til fælles, at de drejer sig om almene boligorganisationer, som i et forsøg på at bekæmpe kriminalitet og uro i et boligområde ophæver enkelte familiers lejemål. Sagen er derfor udtryk for en generel udvikling, der fortjener nærmere undersøgelse.

I U2007.642V var der tale om en enlig mor med fem hjemmeboende mindreårige børn. Moderen var flyttet ind i lejligheden ejet af Brabrand Boligforening i 1989. En af de hjemmeboende sønner bliver i 2004 dømt for en række kriminelle forhold. Endvidere har sønnen været involveret i en række kriminelle forhold, inden han fyldte femten. Der er tale om en række af røverier og tyverier samt et tilfælde af vold. Ni af de i alt fjorten forhold var begået over for andre beboere i ejendommen. Et af forholdene var begået over for en af boligforeningens afdelingsformænd. Boligforeningen ophæver moderens lejemål i september 2004. Sønnen blev idømt ungdomssanktion og havde siden juli måned 2004, altså tre måneder inden moderen modtager en ophævelse af lejemålet, opholdt sig i en ungdomsinstitution. Moderen forklarer under retssagen, at sønnen ikke planlægger at flytte tilbage til hjemmet, men derimod agter at påbegynde en uddannelse som kok og flytte på kollegium, når opholdet på ungdomsinstitutionen er afsluttet. Boligforeningen ophæver lejemålet uden forudgående advarsel til lejerens under henvisning til almenlejelovens § 90, stk. 1, nr. 12. Boligretten tager i sin dom udgangspunkt i forbrydelsens grovhed sammenholdt med hvor forbrydelserne er begået, samt hvorvidt offeret var bosiddende i boligområdet. Eftersom forbrydelserne har den fornødne grovhed og er begået i tilstrækkelig nærhed af lejemålet eller mod andre lejere i afdelingen, så er udgangspunktet, at der skal ske ophævelse af lejemålet. Boligretten tillægger det ikke betydning, at moderen forklarer, at hun ikke var vidende om sønnens kriminalitet, inden han blev dømt for denne. Boligretten modificerer udgangspunktet om ophævelse ved at inddrage de efterfølgende begivenheder, herunder spørgsmålet om sønnen fortsat er hjemmeboende eller må forventes at blive en del af husstanden efter at have udstået sin straf. Eftersom sønnen ikke forventes at blive en del af lejerens husstand, finder retten, at "lejerens fjernelse ikke er påkrævet", hvorefter ophævelsen bliver tilsidesat. Dommen bliver anket til landsretten. Vestre Landsret gentager boligrettens bemærkninger om den fornødne grovhed og nærhed af forbrydelsene, men landsretten afviser, at de efterfølgende begivenheder kan tillægges betydning. Landsretten afviser hermed at tillægge det betydning, at sønnen ikke længere er en del af husstanden. Landsretten dømmer således familien til at fraflytte lejemålet.

Landsretten har tidligere i en kendelse fra 2002<sup>25</sup> taget stilling til betydningen af, at et kriminelt familiemedlem ikke længere beboede det lejemål, som udlejer søgte at ophæve. Sagen vedrører en lejer, hvis hjemmeboende søn havde begået vold mod overboen. Straffesagen var endnu ikke afgjort, og det var uklart, om sønnen ville blive frifundet for straf og i stedet blive idømt en behandlingsdom. Det fremgår af sagsreferatet, at sønnen tidligere havde været indlagt på en psykiatrisk afdeling. Det er den voldelige søns storebror, der møder i retten. Han forklarer, at lillebroderen under alle omstændigheder ikke vil skulle hjem at bo. Fogedretten afviser at fremme fogedsagen under henvisning til, at "Det er urealistisk at pålægge en lejer pligt til at sørge for, at normer eller regler også iagttages af personer der er utilregnelige." Fogedrettens kendelse bliver påkæret til Vestre Landsret. Landsretten lægger vægt på, at det er usikkert, om sønnen var tilregnelig, da

han begik den pågældende voldshandling, samt det forhold, at sønnen ikke længere skal hjem til sine forældre at bo. Landsretten finder, at "under de anførte omstændigheder kan det ikke nu anses for påkrævet, at [sønnens] forældre fraflytter lejemålet".

Landsretten kendelse vedrørende den psykisk syge søn er fra 2002. Landsrettens dom vedrørende Brabrand Boligforening er fra 2006. Det er derfor muligt at læse Brabrand-dommen som en skærpelse af praksis. En skærpelse i den forstand, at hvis en tilsvarende sag som sagen om den psykisk syge søn skulle genopstå, så ville landsretten finde, at familien måtte fraflytte lejemålet af hensyn til de øvrige beboeres tryghed og sikkerhed. Jeg tvivler dog på, at landsretten med Brabrand-dommen har søsat en strammere praksis generelt. I kendelsen fra 2002 var der ikke tale om et generelt problem i den pågældende almene afdeling. I sagen vedrørende Brabrand Boligforening udsprang sagen af generelle problemer i det pågældende boligområde. Boligforeningen forsøger at løse problemerne ved blandt andet at ophæve nogle enkelte lejemål og dermed statuere et eksempel. I kendelsen fra 2002 måtte retten afveje den voldsramte lejers interesse i at kunne bo trygt og sikkert uden at skulle møde sin gerningsmand over for den voldelige søns families interesse i at blive boende i lejemålet. I sagen vedrørende Brabrand boligforening har retten derimod skulle afveje områdets beboeres interesse i et trygt og sikkert miljø over for familiens interesse i at blive i lejemålet. Familiens individuelle konkrete ret til at blive boligen står således over for fællesskabets, de øvrige beboeres ret til, at der hersker lov og orden i boligområdet. Den tilsyneladende divergens i landsrettens praksis kan antageligvis forklares ud fra denne forskel. På trods af at sønnen ikke længere er hjemmeboende på tidspunktet for ophævelsen, så har lejerne i boligområdet en interesse i, at der bliver statueret et eksempel, så forældrene i området får et øget incitament til at holde øje med deres børn.

Set i dette lys indeholder U2007.642V en klassisk menneskeretlig konflikt. Familiens interesse i beskyttelse af sit hjem står over for fællesskabets interesse i lov og orden. Ophævelsen udgør et indgreb i moderens og de hjemmeboende børns ret til respekt for deres hjem samt privat- og familieliv. Det kan derfor være interessant at anskue sagen i et grundrettighedsperspektiv. Det afgørende i denne sammenhæng er ikke alene udfaldet af dommen: hvorvidt der kan ske ophævelse eller ej. Det har også betydning, hvilke retlige argumenter som leder frem til dommens resultat. I det følgende vil jeg fortolke, hvorvidt fjernelsen var "påkrævet" under inddragelse af de enkelte beboeres individuelle ret til et hjem.

En ophævelse af et lejemål udgør et indgreb i retten til respekt for sit hjem. Dette indgreb skal være proportionelt med det formål, som indgrebet forfølger. Kravet om pro-

<sup>25</sup> Tidsskrift for Bygge- og Boligret 2002, s. 424.

portionalitet har lighed med kravet om væsentlighed. Begge hensyn bunder i, at der skal være en sammenhæng mellem misligholdelsens alvorlighed og den intensitet af retsfølgen som misligholdelsen medfører. Kravet om proportionalitet indeholder tre elementer. Indgrebet skal være egnet til at nå de mål, som indgrebet forfølger. Endvidere skal indgrebet være nødvendigt, det skal modsvare et påtrængende samfundsmæssigt behov, og formålet med indgrebet må ikke kunne opnås med mindre indgribende midler. Endelig skal der være et rimeligt forhold mellem de anvendte midler og det mål, som indgrebet forfølger. Kravet om proportionalitet følger blandt andet af ordlyden af EMRK artikel 8, stk. 2, hvorefter et indgreb i privat og familielivet "skal være nødvendigt i et demokratisk samfund", ellers kan indgrebet ikke legitimeres. I relation til ophævelse af lejemål er det anerkendt, at ophævelse af lejemålet ikke kan ske, hvis et mindre indgribende retsmiddel er tilstrækkeligt for at imødegå misligholdelsen fra lejers side. I U1997.490V afgjorde landsretten, at lejers uberettigede opsætning af en parabolantenne ikke var en tilstrækkelig væsentlig overtrædelse af husordenen til at medføre ophævelse af lejemålet. Landsretten udtaler: "Bestemmelserne [herunder lejelovens § 93, stk. 1, litra l] omfatter manglende iagttagelse af god skik og orden og må efter ordlyden og eksemplifikationen antages alene at omfatte væsentlige og uacceptable gener, som ikke – eller kun vanskeligt – kan imødegås på anden måde end ved, at lejeren fraflytter det lejede." Dommen afspejler proportionalitetsprincippets betydning for fortolkningen af ophævelsesbestemmelsen i lejelovgivningen. I proportionalitetsafvejningen skal indgå alle de berørtes interesser. I en sag om ophævelse på baggrund af en husordensovertrædelse vil ikke alene udlejerens og lejerens interesser stå over for hinanden, men også de øvrige beboeres interesse i ro og orden i ejendommen vil skulle inddrages. Endvidere skal de øvrige beboeres i husstandens interesse i at forblive i lejemålet inddrages i vurderingen af indgrebets intensitet. Særligt indgreb i børns ret til respekt for deres hjem og familieliv må inddrages. Retten til et hjem er en individuel rettighed, og børnenes rettighed kan derfor ikke beskrives som en afledt rettighed. Beboernes tilknytning til bopælen samt muligheden for at skaffe sig en anden bolig må ligeledes inddrages i vurderingen af indgrebets intensitet. Kravet om proportionalitet rækker længere end kravet om, at misligholdelsen skal være væsentlig for at kunne føre til ophævelse. For at ophævelsen kan legitimeres som et proportionelt indgreb, er det nødvendigt, at indgrebet modsvare et påtrængende samfundsmæssigt behov. Det forhold, at sønnen ikke længere er en del af husstanden på tidspunktet for ophævelsen, taler således imod at anerkende ophævelsen, eftersom ophævelsen ikke modsvare et aktuelt behov. Landsretten skriver i præmisserne til Brabrand-dommen, at "... de forhold, der er indtrådt efter tidspunktet for ophævelsen af

lejemålet, [...] kan [ikke] tillægges betydning ved vurderingen af ophævelsens berettigelse". Det skal ikke være muligt for lejeren afvente en ophævelse og så efterfølgende rette op på misligholdelsen eventuelt ved at ekskludere kriminelle familiemedlemmer. I den konkrete sag havde sønnen opholdt sig på en institution, siden dommen i straffesagen var blevet afsagt, og var således ikke længere en del af husstanden på tidspunktet for ophævelsen. Det er uklart, hvorvidt landsretten også afviser at tillægge dette forhold betydning. Eftersom sønnen ikke var en del af husstanden på tidspunktet for ophævelsen, udelukker landsrettens præmisser ikke at forholdet kan tillægges betydning.

Endvidere må det vurderes, om ophævelsen er diskriminerende. Lignende sager fra England og USA har vist, at enlige mødre er særligt udsat for at blive ramt af hjemmeboende børns kriminelle adfærd.<sup>26</sup> Såfremt ophævelser som denne rammer skævt i kønsmæssig henseende i den forstand, at de særligt vil ramme enlige mødre, så vil dette tale imod at anerkende ophævelsen som berettiget. Når det fremgår af loven, at udlejerens kan ophæve lejekontrakten, når lejerens fjernelse er påkrævet, uanset at handlingen måtte være begået af et andet husstandsmedlem, så forudsætter loven, at lejerens har kontrol med sin husstand. Denne forudsætning falder sammen i sagen vedrørende den psykisk syge søn på grund af, at sønnen, qua sin sindssygdom, ikke lader sig styre. I Brabrand-dommen derimod er det uklart, hvorvidt det er blevet tillagt betydning, om moderen rent faktisk har haft kontrol over sin søns adfærd. Det er et åbent spørgsmål, om den normative forudsætning om lejerens kontrol med husstanden giver et realistisk billede af den pågældende families struktur. Den stereotype opfattelse af lejerens husstand medfører en øget risiko for, at enlige mødre i socialt udsatte familier bliver ramt af ophævelser på baggrund af kriminelle børns adfærd. Kvindekongventionens forbud mod kønsstereotype opfattelser kunne have åbnet for en nærmere undersøgelse af familiens reelle struktur. Også hensynet til de ikke kriminelle søskende kunne have været inddraget i afvejningen af, hvorvidt ophævelsen er berettiget. Det er åbenbart, at disse børn bliver ramt af at blive sat ud af deres nuværende bolig. Ud over at miste deres hjem, risikerer disse børn at miste deres sociale netværk i boligområdet. De vil eventuelt skulle flytte skole eller skifte daginstitution. Der er tale om et intensivt indgreb i disse børns privatliv. Børnene har også i kraft af Børnekongventionens art. 16 en ret til en individuel beskyttelse af deres hjem og privatliv. Børnenes grundrettigheder bliver ikke inddraget i sagen, og dommen tager udgangspunkt i en opfattelse af familien, som ikke var realistisk, da generalklausulen blev skrevet ind i den første lejelov i 1937 og som forekommer anakronistisk i en tid, hvor juraen generelt lægger stor vægt på individuelle rettigheder.

Lejeren bliver reelt sat ud af lejemålet på baggrund af en straffesag, hvor hun ikke selv har været part eller har haft lejlighed til at forsvare sig. I landsrettens dom bliver der blandt andet lagt vægt på, hvor forbrydelserne er begået. I straffesagen er det af mindre betydning hvor forbrydelsen rent faktisk er foregået. Når bedømmelsen i boligretssagen af nærheden af forbrydelsen efterfølgende sker på

26 Regina Austin (2002): "Step on a crack, break your mother's back": Poor moms, Myths of authority, and drug-related evictions from public housing, i *Yale Journal of Law and Feminism* 14, s. 273ff, samt Helen Carr (2007): *Women's Work, Locating gender in the discourse of anti-social behaviour*, I Bottomley og Lim (red.): *Feminist perspectives on land law*, Routledge.



baggrund af straffesagen, så bliver et tema, som ikke nødvendigvis har været tillagt væsentlig betydning i straffesagen, relevant, jf. landsrettens bemærkninger, der fastslår, at det er handlingernes grovhed og nærhed, der skal tillægges betydning. Det har betydning for vurderingen af indgrebets legitimitet, om indgrebet kan anfægtes i kraft af processuelle garantier. Den enkelte skal have lejlighed til at få prøvet ved domstolene indgrebets overensstemmelse med de krav som følger af konventionen. EMD har i sagen *Connors v. Det Forenede Kongerige* udtalt, at det var i strid med artikel 8, at klageren, der var roma og lejede en plads til sin campingvogn, ikke havde noget krav på en begrundet opsigelse. Klagerens lejemål var blevet opsagt på grund af hans sønners adfærd på det område, hvor campingvognen var opstillet. Eftersom der ikke gjaldt noget krav om begrundet opsigelse, havde klageren ikke mulighed for at anfægte udlejerens (kommunens) oplysninger om, at hans sønner skulle have overtrådt reglerne, der var gældende for det pågældende område. Dette var i strid med artikel 8. I *Connors* havde lejeren ikke krav på nogen begrundelse og kunne derfor ikke anfægte den begrundelse, han rent faktisk fik. I *Brabranddommen* havde moderen krav på en begrundelse, men det er vanskeligt for hende under boligretssagen at anfægte de oplysninger, der fremkommet under straffesagen mod hendes søn. En sag, der havde et andet perspektiv og formål.

Når *Brabranddommen* bliver anskuet, som jeg har gjort her, i et grundrettigheds perspektiv, fremgår det, at de enkelte beboeres interesse i at blive i det pågældende lejemål ikke bliver inddraget i sagen. De enkelte beboeres individuelle interesser har vanskeligt ved at finde et retligt udtryk inden for det lejeretlige univers.

## 6. Fremtidige perspektiver

Det er ikke hensigten med denne artikel at argumentere for, at hensynet til de ikke-kriminelle beboere i det pågældende boligområde ikke har nogen vægt. Disse beboere har ret til bo i et trygt og sikkert miljø uden frygt for tilfældige overfald på dem selv eller deres nærmeste. Hensynet til disse beboere skal inddrages i sager som den, jeg her har refereret. Endvidere er det ikke sådan, at en vægtlægning af hjemmet som grundrettighed vil medføre, at der ikke kan ske ophævelse af lejemål. Såvel udlejerens ret til at råde over sin ejendom som de øvrige beboeres ret til ro og orden i ejendommen er rettigheder, der er beskyttet af eksempelvis EMRK, jf. tillægsprotokol 1 art. 1 (beskyttelse af ejendomsretten) og artikel 8 (beskyttelse af lejerens hjem mod andre lejerers krænkelse). *Brabranddommen* indeholder således en rettighedskollision. Endvidere er der tale om to private parter, der står over for hinanden. Sagen omhandler derfor i relation til EMRK statens positive forpligtelse til at gribe ind i det privatretlige aftaleforhold. Endelig har EMD tidligere tilkendegivet, at reguleringen af boligforhold som udgangspunkt er et nationalt anliggende, hvor medlemsstaterne er overladt en betydelig skønsmargin.<sup>27</sup> Disse forhold taler for, at EMD vil være særdeles tilbageholdende med at statuere en krænkelse i sager af den karakter, som *Brabranddommen* har. Dette medfører, at det er op til den danske stat selv at udfylde denne skønsmargin. Men udfyldningen må ske under

hensyntagen til, at Danmark har tiltrådt flere konventioner, der anerkender sammenhængen mellem beskyttelsen af privatlivet og beskyttelsen af hjemmet som en individuel grundrettighed. I såvel USA som i Storbritannien har man indført ordninger hvorefter familier kan blive tvunget til at flytte, såfremt de enkelte husstandsmedlemmer udøver kriminalitet. I disse lande er ordningerne indført ved lov. I Danmark er udviklingen hidtil sket via en fortolkning af en bestemmelse i lejeloven, der har sin oprindelse i den første lejelov fra 1937.

Begrebet hjem har hidtil været fraværende i dansk lejeret både for så vidt angår praksis og teori. Hjemmet hænger uadskilleligt sammen med privat- og familielivet. Også disse begreber fremgår ikke eksplicit af den danske lejelovgivning. Dette betyder, som jeg har argumenteret for i denne artikel, ikke, at disse begreber ikke har relevans for forståelsen og fortolkningen af dansk lejeret. Beskyttelsen af lejeren mod ophævelse/opsigelse har sin begrundelse i hjemmet som en grundrettighed, men den traditionelle opdeling af lejere og udlejere i modstående klasser har skygget for de individuelle rettigheder, der omkranser (leje)boligen. Der er derfor et behov for en tydeliggørelse af beskyttelsen af hjemmet inden for lejeretten.

*Brabranddommen* er en nyskabelse, som må give anledning til overvejelse hos de lovgivende myndigheder. Det er forventeligt, at der vil opstå flere sager, der ligner dommen fra *Brabrand Boligselskab*. Dommen baner vej for en legalstrategi for de boligselskaber, der ejer almene afdelinger, som er plaget af uro og kriminalitet. Boligselskaberne har med *Brabranddommen* fået et middel til bekæmpelse af uroplagede områder; de kan ophæve lejemålene for de familier, der indeholder kriminelle elementer. Eftersom de almene boliger udgør det underste sikkerhedsnet på det danske boligmarked er det vanskeligt at se, hvor de familier, der bliver tvunget til at flytte, skal bo. I Danmark har man hidtil søgt at løse problemerne i de uroplagede områder ved at regulere, hvem der kan flytte ind i området. Regeringen har i maj 2004 lanceret en indsats mod "ghettoisering" af de almene boliger.<sup>28</sup> Bekæmpelsen af "ghettoisering" skal blandt andet ske ved at indføre særlige udlejningsregler for udsatte boligområder med henblik på at opnå en mere varieret beboersammensætning. Bestræbelserne på at opnå en mere varieret beboersammensætning i visse almene afdelinger har som udgangspunkt medført, at socialt udsatte familier har fået dårligere rettigheder. Enten ved at ressourcestærke persongrupper er blevet tildelt fortrinsrettigheder eller ved at udelukke bestemte persongrupper (modtagere af kontanthjælp, starthjælp eller introduktionsydelse) fra at få en bolig i de almene afdelinger, hvor en stor del af beboerne står uden for arbejdsmarkedet. De hidtidige muligheder for at påvirke, hvem der skal flytte ud af de problemramte afdelinger har bestået af frivillige tilbud om kommunal anvisning af en anden bolig. *Brabranddommen* giver boligselskaberne et redskab til at bestemme, hvem der skal flytte

<sup>27</sup> *Connors v. Det Forenede Kongerige* pkt. 82.

<sup>28</sup> <http://ghettoisering.social.dk>

ud af de problemramte boligområder. Der er en fare for, at de socialt udsatte familier også i forhold til denne problemstilling får forringet deres rettigheder.

Folketinget har tidligere i år vedtaget en ændring til retsikkerhedsloven for det sociale område (jf. lov nr. 544 af 6. juni 2007), der forpligter kommunerne til, så snart de får underretning fra fogedretten om, at en beboer vil blive udsat af et beboelseslejemål, at vurdere, om beboeren har ret til hjælp i kraft af den sociale lovgivning. På dette tidspunkt vil det ofte være for sent at hjælpe den enkelte til at

opretholde sin bolig, og kommunens bistand må derfor bestå i at lindre nogle af de følgevirkninger, som boligtabet medfører. Eksempler som Brabrand-dommen peger på behovet for en tidligere indsats. Den danske stat har i kraft af de internationale konventioner forpligtet sig til at beskytte den enkeltes hjem. Denne forpligtelse kan ikke reduceres til ambulancetjeneste, når familier med børn sættes på gaden. Der er således brug for, at den enkeltes ret til et hjem tænkes med i regeringens indsats mod "ghettoisering".

# Domænenavne og brug af andens varemærke: "UPS(.dk)"

HD af 18/4 2007 (U 2007.1857H)

Professor, dr.jur. Jens Schovsbo, Københavns Universitet

## 1. Dommens baggrund og forløb

*Sagsøger*, United Parcel Service of America Inc. (UPS), blev grundlagt i 1907 i USA og beskæftiger sig primært med kuréropgaver af breve og pakker. I Danmark driver UPS virksomhed gennem selskabet U.P.S. Danmark A/S, som blev stiftet i 1986. »UPS« er registreret som ord- og figurmærke i Danmark for en lang række vareklasser (herunder klasse 9, som bl.a. omfatter elektriske apparater og batterier o.lign.).

*Sagsøgte*, Data4u, er en personlig drevet it-konsulentvirksomhed, som tilbyder edb-assistance og udviklingsopgaver. Af hjemmesiden data4u.dk fremgik i 2003, at virksomheden har erfaring med webdesign, databaser, platforme, programmering og analyser. Sagsøgte registrerede den 16. april 1999 domænenavnet "ups.dk". Sagsøgte havde i øvrigt registreret ca. 200 domænenavne bl.a. "domainsalg.dk". Ved søgning på ups.dk den 13. juli 2003 fremkom en hjemmeside med henvisning til Web-Hotel Danmark og med oplysning om, at domænet endnu ikke var sat i drift. Et andet udatert opslag viste en større meddelelse om, at domænet var »hosted by Web-Hotel Danmark«, og med flere bannerreklamer.

UPS nedlagde for Sø- og Handelsretten påstand bl.a. om, at Data4u skulle tilpligtes at anerkende at være uberettiget til at anvende og opretholde registreringen af domænenavnet ups.dk. Sagsøgte påstod frifindelse bl.a. under henvisning til, at sagsøgte påtænkte at benytte domænenavnet for en hjemmeside vedr. markedsføring m.v. af "ups-anordninger". Om betydningen af ordet "ups" fremkom ved søgning i it-leksikon.dk den 5. december 2001 forklaring: »Uninterruptible Power Supply: nødstrømsforsyning, der kan holde bl.a. en server kørende under strømsvigt, mens tilhørende software sørger for at lukke serveren ned, så der ikke sker datatab.«

Sø- og Handelsretten frifandt ved dom af 22.6.2005 sagsøgte. Sø- og handelsretten henviste til, at sagsøgte var i god tro på registreringstidspunktet og ikke var bekendt med varemærkeregistreringerne. Registreringen af domænenavnet var en reel forberedelseshandling til markedsføring og salg af Uninterrupted Power Supplies (ups-anordninger), og en sådan brug måtte anses for at ville krænke sagsøgers varemærkeret. Under henvisning imidlertid til, at sagsøgte konkrete og erhvervs-mæssige anvendelse af domænenavnet (bannerreklamer) ikke kunne anses for omfattet af sagsøgers varemærkeret, blev sagsøgte frifundet.

For *Højesteret* havde UPS nedlagt påstand bl.a. om, at Data4u skulle anerkende at være uberettiget til at anvende og opretholde registreringen af domænenavnet »ups.dk«. Højesteret tog ved dom af 18.4.2007 påstanden til følge med følgende begrundelse:

»United Parcel Service of America Inc., der blev grundlagt i 1907, og som siden 1919 har drevet virksomhed under navnet United Parcel Service eller UPS, har gennem mange år anvendt betegnelsen UPS som koncernens »brand«. United Parcel Service har siden 1976 haft UPS varemærkeregistreret i Danmark som figur- og ordmærke og har siden 1986 drevet virksomhed i Danmark gennem et datterselskab, som anvender betegnelsen UPS i markedsføringsøjemed og som forretningskendetegn.

Den 16. april 1999 registrerede Jan Nordmand Andersen gennem det momsregistrerede firma Data4u domænenavnet »ups.dk«. Han havde desuden i perioden fra oktober 1998 til april 1999 gennem dette firma og firmaet DataPartner registreret i alt ca. 200 domænenavne under top level domænet ».dk«. I nogle af disse domænenavne indgår navne og varemærker, der tilhører tredjemand. Den 22. april 1999 registrerede han endvidere domænenavnet »domain-salg.dk«, og han har forklaret, at formålet hermed var, at han en dag kunne få behov for at sælge nogle af de registrerede domænenavne. Der er også sket salg i nogle tilfælde.

Jan Nordmand Andersen har ifølge sin forklaring haft overvejelser om i samarbejde med Poul Dalggaard at iværksætte produktion af ups-anordninger med henblik på salg gennem en internetbutik. Han har imidlertid – bortset fra registreringen af domænenavnet »ups.dk« – ikke taget noget skridt til at føre disse overvejelser ud i livet, og Data4u har ikke selv taget domænenavnet »ups.dk« i brug. Efter henvendelserne af 29. april 1999 og senere fra United Parcel Service opretholdt Data4u registreringen og afslag at overføre domænenavnet til United Parcel Service.

Under de anførte omstændigheder finder Højesteret, at Data4u ikke har en anerkendelsesværdig interesse i at opretholde registreringen af det inaktive domænenavn »ups.dk«, hvorimod United Parcel Service har et klart behov for at tage det i brug.

På denne baggrund finder Højesteret, at Data4u's opretholdelse af registreringen af domænenavnet »ups.dk« og nægtelse af at overføre det til United Parcel Service er i strid med god domænenavnsskik, jf. domænelovens § 12, stk. 1, og tidligere markedsføringslovens § 1 om god markedsførings-skik."

## 2. Kommentar

Denne sag angår domænenavne. Højesteret har beskæftiget sig med dette emne et par gange – U 2004/1561 og U 2006/1189 – men dette er den første sag, hvor Højesteret behandlede emnet på baggrund af Domæneloven, som

trådte i kraft i 2005. Sagen er i den forbindelse særligt interessant, fordi Højesteret her anvendte den nye regel om "god domænenavns-skik" i lovens § 12, stk. 1. Denne bestemmelse blev af lovgiver anset for at være central for udviklingen af retsområdet. Højesteret har ved dommen bekræftet dette.

## 2.1. Domæneloven (DNL) og især dens § 12

Lov nr. 598 af 24. juni 2005 om internetdomæner, der særligt tildeles Danmark, (Domæneloven – DNL), trådte i kraft pr. 1. juli 2005. Loven finder – bortset fra § 12, stk. 2 – også anvendelse på domænenavsregistreringer, der er foretaget før lovens ikrafttræden, jf. § 27.

Lovens § 12, stk. 1, lyder således:

"§ 12, stk. 1. Registranter må ikke registrere og anvende internetdomænenavne i strid med god domænenavns-skik."

Inden for det erhvervs-mæssige område skal bestemmelsen anvendes frem for Markedsføringslovens (MFL) § 1. Det understreges i lovforarbejderne, at det ikke har været hensigten derved at opnå ændringer i den materielle retsstilling, således som denne har udviklet sig i den hidtidige praksis på baggrund af MFL § 1. Introduktionen af en særregel om god skik på domænenavnsområdet angives dog også at have et mere "offensivt sigte". Om indholdet heraf hedder det i Lovforslag L 165 ad § 12 bl.a., at:

"Den foreslåede generalklausul vil således muliggøre en fremtidig retsudvikling, som i højere grad end den generelle bestemmelse i markedsføringslovens § 1, vil gøre det muligt for klagenævnet og domstole mv. at inddrage de særlige hensyn, som internet-domænenavne giver anledning til, i den konkrete rets-anvendelse ...".

Om den praktiske udmøntning af kravet om god skik hedder det i forarbejderne bl.a., at:

"man [vil] ofte støde på en række modstående almene hensyn, som må afbalanceres overfor hinanden. Selv om en regel om god skik ofte vil være rettet mod private registranter, er der ikke dermed foretaget en interesseafvejning til fordel for den private registrant. Kommercielle og samfundsmæssige forhold kan i nogle tilfælde veje tungere.

For det første spiller det en rolle, hvilken teknisk funktion internet-domænenavne spiller for kommunikationen på internettet. Under et givent første ordens internet-domæne vil der være et meget stort antal mulige navne, som registranter kan tage i brug. Da værdien af et internet-domænenavn står og falder med navnets evne til at skabe associationer til en specifik faktisk brug, vil der i virkelighedens verden kun være et begrænset antal navne med sigte på bestemte formål. Dette kan også udtrykkes således, at der er »knaphed« på de pågældende internet-domænenavne. Derfor vil der ofte kunne opstå et interesse-mæssigt misforhold mellem den interesse, der på den ene side gør sig gældende hos den, der har registreret et internet-domænenavn uden at tage dette i brug, og andre, der på grund af deres tilknytning til de værdier, det pågældende internet-domænenavn signalerer, ønsker at få adgang til at benytte det pågældende internet-domænenavn. En regel om god skik kan benyttes til at finde en passende balance, hvorefter værdifulde internet-domænenavne tages i aktiv brug på en måde, der kommer internet-samfundet til gavn."

"God domænenavns-skik" er en retlig standard, hvis nær-

mere indhold ikke er fastlagt klart i lovgivningen, men som skal udmøntes i praksis. Med "praksis" tænkes hermed især på domstolene og Klagenævnet for Domænenavne. Klagenævnet har siden 2000 afgjort ca. 1000 tvister om domænenavne. Heraf har § 12 været benyttet i ca. 200 sager.

Valget af reguleringsform var begrundet i et ønske om at fastholde den selvregulering, som har kendetegnet administrationen af domænenavne under .dk siden 1990'erne og med Dansk Internet Forum (DIFO) som den centrale instans ("administrator"). Hertil kommer, at den valgte regulerings-teknik har en række oplagte fordele mht. en smidig og dynamisk retsudvikling. Ulempen er rets-usikkerhed. Lovgiver er, som det fremgår af forarbejderne, opmærksom på begge aspekter. Hensynet til forudsigelighed adresseres med henvisningen til, at udskiftningen af MFL § 1 med DNL § 12 ikke har været båret af et ønske om at ændre retstilstanden og med henvisningen til klagenævnet. Hensynet til dynamikken bliver tilgodeset med henvisningen til det "offensive sigte", ønsket om at gøre det muligt for klagenævnet og domstole "... at inddrage de særlige hensyn", som Internettet giver anledning til og "interesseafvejningen".

Reguleringsformen, hvor lovgiver træder et skridt tilbage og stiller sig tilfreds med at have udstukket retningslinjerne, medfører, at domstole og klagenævnet får en central opgave ved at udfylde de rammer, som lovgiver har opstillet. Denne opgavefordeling er nok uhyre fornuftigt valgt, men den har som sin forudsætning, at domstole og klagenævnet m.v. er villige til at spille med.

## 2.2. Dommen

### 2.2.1. DNL

Den foreliggende sag er set ud fra en varemærkeretlig betragtning ikke oplagt. Varemærket "UPS" er et akronym for rettighedshaveren – United Parcel Service – men "ups" er også en anerkendt forkortelse for et elektrisk apparat, som har til formål at sikre en uafbrudt strømforsyning; "ups-anordninger". Det er et almindeligt varemærkeretligt princip (om "særpræg"), at der ikke kan opnås varemærkeret til en beskrivende betegnelse fsva. det, som den betegner, medmindre rettighedshaveren har benyttet betegnelsen på en sådan måde, at den af forbrugerne opfattes som et kendetegn for produkter/tydelser, som hidrører fra netop hans virksomhed ("secondary meaning"). Varemærkeretten kan under ingen omstændigheder anvendes til at forhindre en loyal brug af en betegnelse i dens deskriptive betydning, jf. udtrykkeligt VML § 5.

I den foreliggende situation påstod sagsøgte, at domænenavnet var registreret med henblik på at blive benyttet i sin generiske form, dvs. for en hjemmeside til brug for markedsføring og salg af ups-anordninger. Dette er, som det fremgår, et centralt argument set ud fra en varemærkeretlig betragtning, fordi brugen af betegnelsen "ups" i så henseende er fri – hvis betegnelsen anvendes på en loyal måde. Der var dog intet i sagen ud over sagsøgtens gentagne bekræftelse, som støttede sagsøgtens påstand i så henseende.

Det må på denne baggrund betegnes som et vanskeligt spørgsmål, om sagsøgtes anvendelse af "ups.dk" som domænenavn for en hjemmeside, hvorfra der blev solgt "ups-anordninger," ville udgøre en varemærkekrænkelse. Sø- og Handelsretten lagde i sin dom til grund, at sagsøgtes påtænkte brug ville indebære en varemærkekrænkelse, men Højesterets brug af § 12, stk. 1, gjorde diskussionen overflødig. Således som dommen er formuleret, er det således tilsyneladende uden betydning, om sagsøgtes brug ville have udgjort en varemærkekrænkelse eller ej. Det, som fældede sagsøgte, var hans manglende aktuelle eller forberedte brug af domænenavnet set i lyset af sagsøgers åbenbare og legitime behov for at kunne anvende sit forretningskendetegn som domænenavn. Det er i lyset deraf, og med bemærkning om, at sagsøgte har erfaring med salg af domænenavnet, at Højesteret fandt, at sagsøgte ikke havde en "anerkendelsesværdig interesse". Når Højesteret ikke fandt anledning til at drøfte de varemærkeretlige aspekter, kan det skyldes, enten at Højesteret ikke fandt, at varemærkeretten efterlader et frirum for sagsøgte – dvs. at enhver brug af domænenavnet "ups" måtte anses for at udgøre en krænkelse – eller at spørgsmålet var irrelevant henset til sagsøgtes øvrige, illoyale adfærd. Det er den sidstnævnte betragtning, som er den mest nærliggende.

Det er svært at være uenig med Højesteret i resultatet, og afvejningen forekommer også at være konkret rimelig. Der er dog samtidig grund til at notere, at det er bemærkelsesværdigt, at Højesteret helt bortså fra den varemærkeretlige diskussion, som af Sø- og Handelsretten blev anset for at være central. Højesteret har hermed er lagt op til ganske vidtgående anvendelse af § 12, stk. 1, baseret på interesseafvejningen. Perspektiverne af dette drøftes nedenfor, 2.3.

Som konkrete momenter i interesseafvejningen lagde Højesteret vægt både på sagsøgtes adfærd i bred forstand (registreringen af i alt ca. 200 domænenavne og åbenbar salgshensigt) og i konkret forstand (opretholdelse af registreringen efter kendskab til sagsøgtes henvendelse). Bedømmelsens tema er således ikke blot forholdene i forbindelse med registreringen og sagsøgtes viden på dette tidspunkt. Også omstændighederne efter registreringen tillægges vægt. Bedømmelsen får herved karakter af en objektiveret bedømmelse af sagsøgtes adfærd snarere end af en subjektiv bedømmelse rettet mod hans viden og hensigt. Denne anvendelse af § 12, stk. 1, er helt i overensstemmelse med lovforarbejderne, hvor der lægges stor vægt på de almene implikationer af de individuelle registranternes adfærd. Denne vægtning er ganske fornuftig henset til domænenavnens karakter, som gør det muligt for registranter af f.eks. et varemærke, som tilhører en virksomhed, at forhindre denne virksomhed i at være til stede på den "danske del" af internettet på en normal, forretningsmæssig måde.

Princippet om "god domænenavnsskik" i DNL § 12, stk. 1, har som nævnt inden for området for erhvervsmæssig brug fortrængt princippet om "god markedsføringsskik" i MFL § 1, og § 12, stk. 1, finder anvendelse uanset registreringstidspunktet. Lovgiver har således klart taget stilling

til overgangsspørgsmålet, og det kan på den baggrund forekomme overraskende, at Højesteret noterer om sagsøgtes registrering, at den er i strid med § 12, stk. 1, "og tidligere [MFL] § 1 om god markedsføringsskik". Bemærkningen skal dog nok ses i lyset af de helt konkrete omstændigheder i sagen, hvor DNL trådte i kraft umiddelbart efter dommen fra Sø- og Handelsretten, og kan næppe tages til indtægt for, at Højesteret finder, at der er mere principielle problemer knyttet til lovens ikrafttrædelsesbestemmelse.

## 2.2.2. Sagsøgtes påstande om begrænsning af varemærkeregistreringen

Sagsøgte påstod, at sagsøgers varemærkeregistrering af "UPS" skulle begrænses ved en påtegning ("disclaimer") i varemærke registret om, at varemærket ikke omfatter/giver eneret til ups-anordninger eller denne betegnelse. VML giver ved § 16 adgang til at foretage sådanne begrænsninger.

Højesteret afviste påstandene under henvisning til, at sagsøgte savner en "individuel interesse af en vis aktuel styrke i at få gennemført de pågældende begrænsninger". Hvis sagsøgte havde drevet eller haft til hensigt at drive virksomhed med ups-anordninger eller havde benyttet sig af et virksomhedsnavn, hvori "UPS" indgik, ville udfaldet nok være blevet et andet.

## 2.3. Dommens perspektiver

Dommen fra Højesteret har placeret § 12, stk. 1, som den centrale regel til regulering af rettighedsspørgsmål på den danske del af Internettet. Dette er helt i overensstemmelse med DNL's forarbejder. Dommen har dog nok udvidet området for DNL i gråzonerne til specialreglerne, herunder især varemærkeretten. Det er således påfaldende, at Højesteret ikke inddrager de varemærkeretlige regler og omstændigheder blot som momenter ved afvejningen i henhold til § 12. Dette er der ikke grund til at kritisere i den konkrete sag, hvor det forekommer oplagt, at sagsøgtes adfærd er illoyal, men det bør dog noteres, at det ikke har været hensigten med § 12, at denne skulle anvendes til at løse *alle* konflikter om domænenavne.

Den brede anvendelse af § 12 giver afslutningsvis grundlag til at drøfte, om dommen har medført etableringen af en brugspligt for domænenavne. Spørgsmålet om en pligt for indehaveren af et domænenavn til at anvende et domænenavn aktivt inden for et vist tidsrum efter registrering blev diskuteret ganske indgående i Betænkning 1450, som ligger til grund for loven, jf. især p. 138ff. En regel om efterfølgende brugspligt findes i VML, jf. § 25 (5 år), men blev afvist for domæneområdet, idet der dog blev indsat en udtrykkelig hjemmel for administrator til at indføre en sådan pligt gennem sine forretningsbetingelser eller som et vilkår i aftalerne, jf. DNL § 11, stk. 2, nr. 1. Dommen kan efter min mening ikke ses som en indførelse af en brugspligt ad bagdøren. Det er således ikke blot den manglende brug, som begrundet resultatet, men de konkrete omstændigheder i den forbindelse, herunder sagsøgtes fortid med salg af domænenavne, den manglende sammenhæng i forklaringerne og fastholdelsen af at nægte overdragelsen til sagsøgte, selv om denne har et

klart behov for at tage det i brug. Det er dog samtidig nok rimeligt at opfatte dommen således, at der i tilfælde af konflikt mellem indehaveren af et domænenavn og en klager, som har kendetegns- eller andre rettigheder til et dermed identisk (måske også forveksleligt) domænenavn, ikke skal så meget til, før indehaverens adfærd anses for illoyal, hvis indehaveren ikke gør brug af domænenavnet

på en relevant og loyal måde eller kan angive en god begrundelse for manglende brug. Denne retsstilling er set ud fra en almen betragtning særdeles god og fornuftig. Summen af gode domænenavne er ikke ubegrænset, og retten til at bruge sådanne navne bør tildeles dem, som kan bruge navnet aktivt og loyalt og på en måde, som afspejler dets værdi og betydning.

# En ny småsagsproces

Af kontorchef Jens Røn, Justitsministeriet

## 1. Indledning

Retsplejeloven har hidtil ikke indeholdt særlige regler om behandling af sager om mindre beløb i tilfælde, hvor sagsøgte bestrider sagsøgerens krav (såkaldt tvistige sager). Sådanne sager er blevet behandlet efter retsplejelovens almindelige regler om behandlingen af civile sager. I forbindelse med politi- og domstolsreformen (lov nr. 538 8.6.2006) er der indført en ny særlig småsagsproces for behandling af tvistige sager om mindre beløb (retsplejelovens kapitel 39), som træder i kraft den 1. januar 2008.

Småsagsudvalget afgav i 1997 betænkning nr. 1341/1997, der bl.a. indeholder udvalgets overvejelser og forslag vedrørende en småsagsproces ved domstolene. Udvalget foreslog regler om en forenklet proces for sager om mindre krav, hvor retten skulle bistå parterne under sagen, og hvor den vindende part ikke skulle have mulighed for efter reglerne om sagsomkostninger at få dækket eventuelle udgifter til advokatbistand i forbindelse med retssagen. Der blev imidlertid ikke fremsat lovforslag på grundlag af Småsagsudvalgets forslag, idet den daværende regering besluttede at afvente Retsplejerådets arbejde med en generel reform af den civile retspleje.

Som led i dette arbejde afgav Retsplejerådet betænkning nr. 1436/2004 om reform af den civile retspleje III (Adgang til domstolene), der bl.a. indeholder forslag om en småsagsproces vedrørende sager, hvor sagsøgte bestrider sagsøgerens krav. Betænkningen indeholder herudover et forslag til en særlig procesform, der kan anvendes i inkassosager, dvs. sager, hvor kravet ikke bestrides. På grundlag heraf blev der i 2004 indført nye regler om en særlig, forenklet fremgangsmåde, som kan anvendes i tilfælde, hvor et krav på højst 50.000 kr. ikke bestrides, jf. reglerne om betalingspåkrav i retsplejelovens kapitel 44 a ("den forenkledede inkassoprocess"), der trådte i kraft den 1. januar 2005 (lov nr. 450 9.6.2004). Retsplejerådets forslag om en fast, lav retsafgift på 500 kr. i sager med en værdi på højst 50.000 kr. blev også gennemført med virkning fra den 1. januar 2005 (lov nr. 1436 22.12.2004).

Som begrundelse for at indføre en særlig småsagsproces anfører Retsplejerådet, at den gældende procesform i mindre sager, der ikke har betydning ud over den konkrete sag, kan medføre et misforhold mellem på den ene side sagens betydning og på den anden side omkostningerne og besværet ved at gennemføre en retssag. Formålet med den nye småsagsproces er, at borgere og virksomheder får mulighed for nemmere og billigere at få behandlet sager om mindre beløb ved domstolene. Småsagsprocessen svarer i det væsentlige til Retsplejerådets forslag og afviger dermed fra Småsagsudvalgets tidligere forslag på en række punkter, bl.a. er der efter de nye regler mulighed

for, at den vindende part i et vist omfang kan få dækning for eventuelle advokatudgifter.

De enkelte elementer i den nye småsagsproces er beskrevet nedenfor, men forenklingen i forhold til de almindelige procesregler består navnlig i følgende elementer: 1) Retten varetager sagens forberedelse, hvilket samtidig begrænser behovet for advokatbistand, 2) der stilles strengere krav om, at bevisførelsen skal være relevant for afgørelsen af sagen, 3) der indføres forenkledte regler om sagskyndig oplysning af sagen, og 4) hovedforhandlingen forenkles. Der er desuden indført en forenklet appelbehandling af sager, der er afgjort i småsagsprocessen. Småsagsprocessen er nærmere beskrevet i pkt. 8 i de almindelige bemærkninger til lovforslaget om en politi- og domstolsreform (L 168 – 2005-06) og i Retsplejerådets betænkning nr. 1436/2004 side 442 ff. Der kan også henvises til Justitsministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 100 fra Folketingets Retsudvalg vedrørende lovforslaget om en politi- og domstolsreform, som indeholder en oversigt over forskellene mellem småsagsprocessen og den almindelige proces (kan findes på [www.ft.dk](http://www.ft.dk)).

Der er i øvrigt åbnet mulighed for, at andre end advokater kan møde i retten for en part (dvs. være rettergangsfuld-mægtig) i sager, der behandles efter småsagsprocessen (lov nr. 520 6.6.2007).

## 2. Anvendelsesområdet for småsagsprocessen

Retsplejelovens §§ 400-402 indeholder de nærmere regler om småsagsprocessens anvendelsesområde mv. Småsagsprocessen kan kun anvendes i byretssager, herunder boligretssager, og kan som udgangspunkt kun anvendes i sager om krav, der ikke har økonomisk værdi, eller som har en økonomisk værdi af højst 50.000 kr.

Sagens værdi bestemmes efter påstanden i stævningen. Omfatter påstanden flere krav mellem de samme to parter, sammenlægges kravene. Hvis en sagsøger fremsætter krav mod flere sagsøgte, skal kravene mod hver af de sagsøgte derimod ikke sammenlægges ved opgørelsen af sagens værdi. Renter og omkostninger (både udenretslige inkassoomkostninger og sagsomkostninger for behandlingen i retten) medregnes ikke ved opgørelsen af sagens værdi.

Småsagsreglerne anvendes endvidere, hvis parterne, efter at tvisten er opstået, aftaler det. Hvis begge parter handler som led i deres erhverv, kan en sådan aftale også indgås, før tvisten er opstået og kan f.eks. medtages som en klausul i en kontrakt mellem parterne. Parterne kan omvendt, efter at tvisten er opstået, aftale, at småsagsprocessen ikke skal anvendes, selv om sagen angår krav, der ikke har økonomisk værdi, eller som har en økonomisk værdi af

højest 50.000 kr. Forudgående aftaler herom er derimod ikke bindende, heller ikke hvis begge parter handler som led i deres erhverv.

Småsagsreglerne kan ikke anvendes i sager om ægteskab, forældremyndighed, faderskab, værgemål, prøvelse af administrativt bestemt frihedsberøvelse eller af adoption uden samtykke eller mortifikation eller i private straffesager. Parterne kan heller ikke ved aftale gøre småsagsreglerne anvendelige på disse sager.

Retten har mulighed for at overføre en sag til almindelig proces, hvis sagen angår særlig indviklede faktiske eller retlige spørgsmål, eller har særlig betydning for en part ud over påstanden. Retten kan beslutte at overføre en sag til almindelig proces både efter anmodning fra en part og af egen drift, og det gælder også, hvor anvendelsen af småsagsreglerne beror på parternes aftale. Retten har dermed mulighed for at skønne over, om sagen til trods for, at den for så vidt er omfattet af småsagsreglerne, efter sin karakter ikke egner sig til behandling under den forenklede procesform, som småsagsprocessen indebærer.

Henvisning til almindelig proces kan ske, hvis sagen vedrører faktiske eller retlige forhold af en så kompliceret beskaffenhed, at sagen bør underkastes en sædvanlig omfattende behandling eventuelt med videregående advokatbistand på begge sider også under forberedelsen. Henvisning til almindelig proces bør f.eks. normalt ske i sager, hvor et egentligt syn og skøn med et ikke helt enkelt spørgetema er nødvendigt. Også tilstedeværelsen af mere end to parter kan tale for, at der bør ske henvisning til almindelig proces. Henvisning til almindelig proces kan endvidere ske, hvor sagen har særlig betydning for en part ud over påstanden, herunder økonomisk betydning, f.eks. hvor den reelle, men indirekte værdi overstiger småsagsgrænsen på 50.000 kr.

Retten kan endvidere efter anmodning fra en part overføre en sag til almindelig proces, hvis påstanden udvides ud over beløbsgrænsen på 50.000 kr. Retten har således mulighed for at skønne over, om en udvidelse af påstanden ud over beløbsgrænsen for småsagsreglerne bør føre til, at sagen overgår til almindelig proces.

Som det fremgår, er den nye småsagsproces valgfri i den forstand, at parterne, når tvisten er opstået, kan aftale, at de særlige regler ikke skal anvendes. Småsagsprocessen er imidlertid samtidig obligatorisk i den forstand, at sagsøgeren ikke ensidigt kan bestemme, om en sag skal behandles efter småsagsreglerne eller ej. Hvis sagen er omfattet af småsagsreglerne, anvendes disse, medmindre parterne aftaler andet. Baggrunden for dette er efter forarbejderne, at en part ikke ensidigt bør kunne fravælge småsagsprocessen til skade for modparten, hvis denne ønsker en enkel, hurtig og billig retssagsbehandling. Hvis parterne ikke er enige om behandlingsmåden, bør en part derfor kunne kræve, at en sag, der er omfattet af småsagsprocessens anvendelsesområde, behandles efter småsagsreglerne (forudsat at sagen efter rettens vurdering er egnet til behandling i småsagsprocessen).

### 3. Sagens forberedelse

**3.1.** Det er en central del af den nye forenklede procesform for krav indtil 50.000 kr., at rettens sekretariat varetager forberedelsen af sagen, så parterne ikke har behov for advokatbistand i denne del af processen. Forberedelsen sker som udgangspunkt efter de almindelige regler om forberedelsen af civile sager i retsplejelovens kapitel 33, men suppleret med nogle særlige regler for sager, der behandles i småsagsprocessen.

I forbindelse med domstolsreformen er der helt generelt blevet mulighed for, at civile sager kan anlægges ved at udfylde og indlevere en stævningsblanket til retten, og at sagsøgte kan svare ved at udfylde og indlevere en svarskriftblanket til retten. Dette vil formentlig navnlig være relevant i sager, der behandles efter småsagsprocessen, og rettens sekretariat vejleder om udfyldelsen af disse blanketter. En stævning i småsagsprocessen skal blot indeholde en kort fremstilling af de faktiske og retlige omstændigheder i sagen (og ikke som i andre sager en "udførlig fremstilling").

Som nævnt har retten i småsagsprocessen ansvaret for forberedelsen af sagen (§ 406), og det er i forarbejderne forudsat, at forberedelsen i praksis varetages af byrettens sekretariat. Under forberedelsen skal parternes stilling til sagens faktiske og retlige omstændigheder bringes på det rene, og det skal søges klargjort, hvilke omstændigheder der ikke bestrides, og hvilke der skal være genstand for bevisførelse. Endvidere skal det søges klargjort, hvilken bevisførelse der skal finde sted.

Grundlaget for rettens virksomhed er i første omgang stævningen og sagsøgtes svar. På dette grundlag vurderer retten, om der er behov for yderligere klarlæggelse af parternes stilling til sagens faktiske og retlige omstændigheder, og retten kontakter i givet fald parterne telefonisk eller skriftligt (herunder eventuelt ved digital kommunikation (e-mails mv.)). Der vil kun undtagelsesvis kunne blive tale om at indkalde parterne til et retsmøde.

Under forberedelsen søger retten også afklaret, hvilken bevisførelse der skal ske, og i givet fald iværksætter retten i samråd med parterne den pågældende bevisførelse, f.eks. indhentning af en sagkyndig erklæring eller indkaldelse af vidner til hovedforhandlingen.

Den væsentligste funktion ved rettens forberedelse er, at rettens sekretariat gennem spørgsmål til parterne tilvejebringer de oplysninger, der skal bruges for i første omgang at sikre, at relevante justeringer af påstande og anbringender kan foretages, og at parterne på et oplyst grundlag kan tage stilling til de spørgsmål vedrørende bevisførelsens omfang, som sagen giver anledning til. Opstår der spørgsmål om nye anbringender i forhold til stævning og svarskrift, bør rettens sekretariat stille de fornødne spørgsmål for at klarlægge, om der reelt er grundlag for et nyt anbringende, og om det giver anledning til særlig bevisførelse. I givet fald bør rettens sekretariat gøre parterne opmærksom på det pågældende spørgsmål og eventuelle konsekvenser for påstandene og bede dem tilkendegive deres stilling hertil.



Det fremhæves i forarbejderne, at man bør søge at undgå, at en part gennem en opfordring til at tage stilling til et eventuelt nyt anbringende får indtrykket af, at sagen dermed vil være vundet. Rettens vejledning bør derfor omfatte en redegørelse for den usikkerhed, der kan knytte sig til bevisførelsen og eventuelle tvivlsomme retsspørgsmål. Det fremgår også af forarbejderne, at retten ikke bør yde vejledning om en parts materielle retsstilling, uden at modparten har mulighed for at være til stede eller få kopi. Egentlig materiel vejledning bør derfor ske i telefonmøder, hvor begge parter har mulighed for at deltage, eller skriftligt med kopi til modparten. Derimod er der ikke noget til hinder for, at retten telefonisk indhenter oplysninger fra en part uden modpartens deltagelse, når der ikke under samtalen foregår materiel vejledning. Begge parter skal naturligvis orienteres om alle oplysninger, som retten har indhentet fra parterne eller tredjemand.

**3.2.** I almindelighed forventes rettens almindelige skriftlige og telefoniske kontakt til parterne i form af spørgsmål mv. at være tilstrækkelig, så der ikke er behov for formelle pålæg og advarsler om udeblivelsesvirkning, hvis en part ikke besvarer rettens henvendelse. Navnlig for at sikre, at der er mulighed for at imødegå en parts bevidste forhaling af sagen, har retten dog mulighed for at tillægge en parts manglende besvarelse af en henvendelse fra retten udeblivelsesvirkning. Det er dog tanken, at denne mulighed kun skal anvendes i undtagelsestilfælde.

Retten kan således pålægge en part at svare på en henvendelse fra retten inden for en nærmere angiven frist. Pålægget skal indeholde oplysning om, at et manglende svar kan tillægges udeblivelsesvirkning, og det bør i pålægget nærmere forklares, at udeblivelsesvirkning indebærer, at sagen afvises (hvis pålægget gives til sagsøgeren), eller at sagsøgerens påstand uden nærmere prøvelse tages til følge, hvis den er begrundet i sagsfremstillingen og det i øvrigt fremkomme (hvis pålægget gives til sagsøgte).

Der stilles ingen formkrav til partens svar, der således kan gives skriftligt (enten ved almindeligt brev eller ved digital kommunikation) eller mundtligt (enten telefonisk eller ved personligt fremmøde). Udeblivelsesvirkning indtræder kun, hvis en part slet ikke reagerer på henvendelsen fra retten, mens et svar, der går ud på, at parten ikke ser sig i stand til eller ikke ønsker at svare på det, retten spørger om, ikke udløser udeblivelsesvirkning.

**3.3.** Som hovedregel gennemføres forberedelsen uden afholdelse af retsmøder, men retten kan dog indkalde parterne til et retsmøde, hvis der under forberedelsen undtagelsesvis opstår sådanne særlige spørgsmål, at de bør behandles i et retsmøde.

Retten udarbejder en fortegnelse over parternes påstande, anbringender og beviser, som sendes til parterne senest 14 dage før forberedelsens slutning, så parterne har mulighed for at komme med supplerende bemærkninger. Hvis en part ønsker advokatbistand under hovedforhandlingen, vil advokaten kunne inddrages på dette tidspunkt i sagen, med den virkning, at partens udgifter til advokat-

bistand kan indgå ved fastsættelsen af de sagsomkostninger, som den tabende part som udgangspunkt skal betale til den vindende part, jf. pkt. 5 nedenfor.

Den almindelige regel om bevisførelse i civile sager er efter retsplejelovens § 341, at bevisførelse kan ske, medmindre den pågældende bevisførelse skønnes at være uden betydning for sagen. Bevisførelse i småsagsprocessen kræver derimod rettens tilladelse og kan kun ske, når det må anses for sandsynligt, at den pågældende bevisførelse er af betydning for sagen (§ 403). Efter forarbejderne er der dog tale om en ret begrænset skærpelse af kravet til bevisførelsens relevans. Bestemmelsen betyder således ikke, at parternes anmodninger om bevisførelse ikke i praksis i vid udstrækning vil kunne imødekommes, men derimod, at bevisførelsens betydning for sagen skal være sandsynliggjort i højere grad, end det kræves efter de almindelige procesregler.

Med småsagsprocessen er der endvidere indført særlige regler om sagkyndige erklæringer (§ 404), som er forenklet i forhold til reglerne om syn og skøn. Anvendelse af egentligt syn og skøn er ikke udelukket i småsager, men er der behov for egentligt syn og skøn, kan det tale for henvisning af sagen til almindelig proces, jf. pkt. 2 ovenfor.

Sagkyndig oplysning af en småsag kan efter anmodning fra en part tilvejebringes ved en forenklet form for syn og skøn eller ved indhentning af en udtalelse fra en brancheorganisation, resposumudvalg mv. En sagkyndig erklæring kan således være udtryk både for et mere abstrakt sagkyndigt skøn (typisk foretaget af en brancheorganisation, resposumudvalg mv.) og for et konkret sagkyndigt skøn, typisk på grundlag af en besigtigelse (typisk foretaget af en særlig sagkyndig person).

Ved et traditionelt syn og skøn suppleres den skriftlige skønserklæring jævnligt af en afhøring af den sagkyndige i retten (afhjemling). Det er forudsat, at en sådan supplerende afhøring i almindelighed vil kunne undværes ved forenklet syn og skøn i småsagsprocessen. Der er dog mulighed for, at retten, når særlige grunde taler for det, kan bestemme, at den sagkyndige skal afgive en supplerende mundtlig forklaring.

Det er retten, der udformer spørgsmålene til den sagkyndige person eller organisation, men parterne skal have mulighed for at udtale sig om spørgsmålene, inden de stilles. Parterne skal endvidere have oplyst de forventede udgifter til sagkyndig oplysning, da udgiften – medmindre den dækkes af fri proces eller retshjælpsforsikring – i første omgang skal afholdes af den part, der har anmodet om sagkyndig oplysning, og modparten kan eventuelt blive pålagt at erstatte udgiften som sagsomkostning.

#### **4. Hovedforhandlingen**

Hovedforhandlingen foregår som udgangspunkt efter de almindelige regler om civile sager i første instans (§ 407). Det er i forarbejderne fremhævet, at hovedforhandlingen bør koncentreres til det væsentlige, og der skal i småsagsprocessen ikke gives nogen fremstilling af sagen ved hovedforhandlingens begyndelse (forelæggelse).

Det er endvidere forudsat, at hovedforhandlingen som udgangspunkt vil kunne gennemføres på 1-2 timer, og at hovedforhandlingen ikke vil overstige en halv retsdag, medmindre helt særlige grunde nødvendiggør det. Aflysninger og udsættelser af hovedforhandlingen bør, så vidt som det overhovedet er muligt, undgås.

Dommen i en småsag skal normalt afsiges senest 14 dage efter hovedforhandlingen

### **5. Sagsomkostninger**

Udgangspunktet er, at de almindelige regler om sagsomkostninger i retsplejelovens kapitel 30 også skal anvendes i sager efter småsagsprocessen (§ 408), herunder navnlig reglerne om, at den tabende part skal erstatte den vindende part dennes udgifter i forbindelse med retssagen, og at udgifter til advokatbistand skal erstattes med et "passende beløb", som er et standardiseret beløb.

Da småsagsprocessen som nævnt ovenfor er indrettet på en sådan måde, at parterne ikke har behov for advokatbistand under sagens forberedelse, er det i forarbejderne forudsat, at de standardbeløb, der tilkendes til dækning af udgifter til advokatbistand, skal svare til et takstmæssigt salær for advokatens deltagelse i hovedforhandlingen og en passende forberedelse heraf. Det er forudsat, at de standardbeløb, der tilkendes til dækning af udgifter til advokatbistand, fastsættes med udgangspunkt i landsretternes vejledende salærtakster for hovedforhandlingen i straffesager, som for tiden udgør 2.700 kr. for en hovedforhandling på 1 time, 4.000 kr. for en hovedforhandling på 2 timer og 6.000 kr. for en hovedforhandling på 3 timer. De nævnte beløb er ekskl. moms og inkluderer forberedelse af hovedforhandlingen.

Det er dog anført i forarbejderne, at selv et sådant passende beløb til dækning af udgifter til advokatbistand vil være uforholdsmæssigt højt i de mindste sager, dvs. sager med en økonomisk værdi indtil 10.000 kr. I sager med en økonomisk værdi indtil 10.000 kr. er den tabende parts pligt til at erstatte den vindende parts udgifter til advokat (eller anden rettergangsfuldmægtig, jf. lov 520 6.6.2007) derfor yderligere begrænset til 1.500 kr. i de allermindste sager med en værdi indtil 5.000 kr. og til 2.500 kr. i sager med en værdi mellem 5.000 og 10.000 kr. Maksimeringen gælder ikke i sager om krav uden økonomisk værdi.

Beløbsgrænserne på 1.500 kr. og 2.500 kr. udgør det maksimale beløb (ekskl. moms), der kan tilkendes til dækning af udgifter til advokatbistand mv. For alle andre udgifters vedkommende udmåles sagsomkostningerne efter de almindelige regler i retsplejelovens kapitel 30.

Maksimeringen indebærer, at en vindende part, der vælger at bruge advokat mv. i en meget lille sag, som oftest ikke vil få dækket sine fulde udgifter hertil, men dog en andel af udgifterne. Omkostningsansvaret vil således være delt mellem den tabende part og den part, der vælger at bruge advokat i en meget lille sag.

Har den vindende part fri proces, udmåles vederlaget til den beskikkede advokat efter de retningslinjer ud fra

hovedforhandlingens varighed, der er beskrevet ovenfor, mens den ovennævnte begrænsning i pligten til at erstatte udgifter til advokatbistand i de mindste sager er uden betydning for vederlaget til den beskikkede advokat. Det er derfor i denne situation i så fald statskassen, der endeligt må bære den del af udgifterne til vederlaget til den beskikkede advokat, som ligger over det maksimum, den tabende modpart kan pålægges at betale som sagsomkostning.

Har den tabende part fri proces, pålægges statskassen at betale sagsomkostninger til modparten i samme omfang som i tilfælde, hvor der ikke er fri proces. Den ovennævnte beløbsbegrænsning finder således anvendelse, og statskassen kan derfor i de mindste sager kun pålægges at betale sagsomkostninger til modparten til dækning af udgifter til advokatbistand mv. inden for de nævnte maksimumbeløb.

Parterne kan ikke ved en forudgående aftale fravige begrænsningen i, hvor stort et beløb der maksimalt kan tilkendes til dækning af advokatbistand mv. i de mindste sager, men kan aftale at fravige begrænsningen, når tvisten er opstået.

### **6. Fri proces og retshjælpsforsikring**

De almindelige regler om fri proces i retsplejelovens kapitel 31 anvendes fuldt ud, når en sag behandles efter småsagsreglerne. Dette gælder både med hensyn til betingelserne for at få fri proces, kompetencen til at meddele fri proces og virkningerne af fri proces.

Det følger imidlertid af småsagsprocessens særlige karakter, hvor forberedelsen varetages af rettens sekretariat, at beskikkelsen af advokat for en part, der har fri proces, kun vedrører hovedforhandlingen af sagen. Vederlaget til den beskikkede advokat vil derfor svare til de standardtakster, der er beskrevet ovenfor i pkt. 5 med hensyn til sagsomkostninger i sager, der behandles i småsagsprocessen. Vederlaget begrænses ikke af den særlige lave grænse i sager, der angår højst 10.000 kr. I de helt små sager vil der således være forskel på det beløb, en tabende modpart kan pålægges at betale i sagsomkostninger til dækning af den vindende parts udgifter til advokatbistand, og det beløb, en beskikket advokat skal have udbetalt fra statskassen.

Hvis parterne aftaler, at en sag, der ikke har økonomisk værdi eller har en økonomisk værdi af højst 50.000 kr., ikke skal behandles i småsagsprocessen, uden at der er grundlag for, at retten henviser sagen til behandling efter almindelige procesregler, jf. pkt. 2 ovenfor, begrænses virkningen af fri proces til de udgifter, der ville have været forbundet med sagens behandling efter småsagsreglerne (§ 409). Retten skal således ved afgørelsen af, hvilke udgifter der kan dækkes under den fri proces, skønne over, hvad udgifterne ville have været, hvis sagen havde været behandlet efter småsagsreglerne.

Reglen om begrænsning af virkningen af fri proces gælder ikke, hvis der ville have været grundlag for at henvise sagen til behandling efter almindelige procesregler. Retten

skal således ved afgørelsen af, om begrænsningen skal anvendes, skønne over, om der ville være sket henvisning til almindelig proces, hvis parterne ikke allerede havde aftalt behandling efter almindelig proces.

Reglen om begrænsning af virkningen af fri proces indebærer bl.a., at beskikkelsen af advokat for en part, der har fri proces, i givet fald kun vedrører en kortere hovedforhandling. Beskikkelsen vedrører således f.eks. ikke sagens forberedelse eller en længere hovedforhandling. Parten og advokaten kan på denne baggrund – uanset det almindelige forbud mod at aftale højere vederlag til den beskikkede advokat ved fri proces – aftale, at parten betaler advokaten for yderligere bistand op til det samlede vederlag, advokaten ellers ville have haft ret til, dvs. at det kan aftales, at den beskikkede advokat skal udføre samme arbejde som i en almindelig fri proces-sag, og at parten skal betale den del af det samlede vederlag, som ikke dækkes af statskassen (op til det vederlag den beskikkede advokat ville få tilkendt, hvis der var tale om en almindelig fri proces-sag).

Efter det oplyste overvejer Forsikring & Pension for tiden, i hvilket omfang retshjælpsforsikringsbetingelserne bør ændres som følge af den nye småsagsproces. Det gælder navnlig vilkåret om, at det er en betingelse for at yde dækning, at sikrede har søgt bistand hos en advokat, der har påtaget sig sagen.

Det bemærkes i den forbindelse, at det af forarbejderne til småsagsprocessen fremgår, at byretterne helt generelt i alle sager bør vejlede om bl.a. retshjælpsforsikringsdækning. Det vil have særlig betydning i relation til småsagsprocessen, hvor rettens sekretariat i givet fald også bør kunne være behjælpelig med at anmelde sagen til forsikringsselskabet.

## 7. Appel

Anke til landsretten af domme i småsagsprocessen sker som udgangspunkt efter de almindelige regler i retsplejelovens kapitel 36. En række af de almindelige regler om anke anvendes dog ikke, så ankebehandlingen bliver mere enkel. Desuden skal ankesagen som udgangspunkt afgøres på skriftligt grundlag, hvilket giver mulighed for en hurtig ankebehandling (§ 410).

Svarende til, hvad der generelt gælder i kæremål, skal anke ske ved indlevering af en ankestævning til byretten, og ankestævningen skal indeholde appellants påstand og om fornødent en angivelse af de grunde, hvorpå anken støttes. Byretten sender ankestævningen med eventuelle bilag til landsretten tillige med en udskrift af den dom, der ankes.

Ankestævningen forkyndes for indstævnte ved landsrettens foranstaltning, og ved forkyndelsen opfordres indstævnte til at fremsætte sine bemærkninger til ankestævningen inden for en frist, som landsretten har fastsat. Der stilles ikke særlige formelle krav til et sådant svarskrift. Landsretten kan bestemme, at yderligere processkrifter skal udveksles.

Ankesagen behandles skriftligt, medmindre landsretten finder, at der efter sagens beskaffenhed er grund til mundtlig forhandling for landsretten. Det er anført i forarbejderne, at retten ved vurderingen af, om sagen bør behandles mundtligt, også skal være opmærksom på, at Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6 antages at indebære, at en part afhængig af ankesagens karakter mv. vil kunne forlange, at sagen afgøres efter mundtlig forhandling.

Den særlige bestemmelse om anke af domme i småsagsprocessen gælder kun for anke til landsretten. Ved en eventuel anke til Højesteret som tredje instans (med Procesbevillingsnævnets tilladelse) anvendes de almindelige regler om anke i retsplejelovens kapitel 36 i deres helhed.

# Anmeldelse

**Peter Blume: Rettens veje og vildveje – et bidrag til retsteorien, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007, 392 sider.**

Anmeldt af professor, dr.jur. Jørgen Dalberg-Larsen, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

## Indledning

Interessen for retsteori har været stor i de senere år, både inden for og uden for den juridiske verden, og der er udgivet ikke så lidt litteratur inden for området. Den bog, der her skal omtales, er skrevet af Peter Blume, hvis speciale er retsinformatik. Han har imidlertid lige siden studietiden i begyndelsen af 70'erne beskæftiget sig med almindelig retsteori og har skrevet en lang række meget forskelligartede artikler inden for området – foruden lærebogen Juridisk metodelære, der er beregnet for de helt nye jurastuderende. Her er der ikke tale om en lærebog, men om et meget ambitiøst værk, som dels sammenfatter og videreudvikler, hvad han tidligere har skrevet, og dels tager nye emner op eller anlægger nye synsvinkler. Forfatteren betegner selv på s. 22 denne bog som sit »retsteoretiske credo«.

Bogen kan også ses som en realisering af nogle spændende tanker, som han tidligere har gjort sig om den almene retsteoris emneområde og om, hvad man bør interessere sig mere for nu end hidtil.<sup>1</sup> I forlængelse af disse synspunkter vil han i denne bog ikke beskæftige sig med retsvidenskabens karakter, idet han mener, at den generelle retsteori bør have retten og ikke retsvidenskaben som sit primære emneområde. Han ønsker endvidere især at koncentrere sig om nutidens ret og også om fremtidens, hvilket han finder, at man har gjort i for ringe udstrækning indtil nu.

Bogen er inddelt i 7 kapitler på hver ca. 50 sider, og den er desuden forsynet med et forord og en indledning. Da jeg finder, at bogen er et vigtigt bidrag til den danske retsteoretiske debat, vil jeg i det følgende give en til tider ret grundig analyse af bogens indhold, specielt hvor jeg har kritiske kommentarer, og vil så afslutte med nogle generelle bemærkninger.

## Bogens hovedsynspunkter

I indledningsafsnittet »Før vejene« gør Blume rede for sine ideer med denne bog og for nogle synspunkter på, hvordan man bør skrive retsteoretisk litteratur. Jeg vil her først nævne hans karakteristika af emneområdet. Han betegner som sagt primært bogen som en retsteoretisk bog, der skal beskrive almene træk ved retten i vores tid kombineret med et blik udi fremtiden. Men han skriver også på s. 18 f., at man lige så godt kunne betegne bogen som retsfilosofisk, og han mener, at man kan og faktisk også anvender begreberne retsteori, retslære og retsfilosofi i flæng. Dette kan være rigtigt nok; men jeg mener dog, at det vil være helt misvisende at opfatte hele denne bog som retsfilosofisk, uanset hvor meget man strækker dette begreb. Store

dele af bogen er helt klart præget af en retssociologisk tilgang til retten, der til dels adskiller sig markant fra en retsfilosofisk tilgang, bl.a. ved særligt at interessere sig for at udforske rettens faktiske rolle i samfundet. Jeg mener derfor, at bogen bør opfattes som en retsteoretisk afhandling, der bl.a. bygger på en filosofisk og en sociologisk tilgang til retten.

I indledningen skriver forfatteren også, at man inden for retsfilosofien bruger alt for megen plads på at beskrive, hvad andre retsfilosoffer har ment. Det mener han ikke, at der er nogen grund til, og han gennemfører da også dette program punkt med ganske stor konsekvens. Efter min opfattelse er dette et af de store problemer ved bogen. Retsteorien skal måske nok beskæftige sig med retten og ikke med andres teorier om retten; men retsteori og retsfilosofi er også fag, hvis eksistensberettigelse er at bidrage til en fortsat debat om rettens grundlæggende karakter. Og det er simpelthen umuligt at bidrage meningsfuldt til denne debat uden at gå i dialog med andre forfattere, dvs. henvise til og vurdere deres synspunkter og vise, hvor man selv er enig eller uenig. Reelt går Blume da også i denne bog i debat med en meget lang række retsteoretikere; men det bliver uklart for læseren, præcist hvem han debatterer med og kritiserer, når det ikke nævnes. Ofte mener jeg også, at Blumes synspunkter bliver vanskelige at forstå, undtagen for de teoretisk meget velbevandrede læsere, når han f.eks. diskuterer rettens grad af autonomi. Hvem mener, at retten er autonom eller ikke autonom, og hvad er argumenterne for deres synspunkter? Et andet program punkt for Blume, som jeg finder meget problematisk, er hans opfattelse af, at litteraturhenvisninger primært har til formål at honorere ydre videnskabelige krav, og at de derfor stort set kan udelades undtagen i meritafhandlinger. Efter min opfattelse er referencer til den litteratur, man bygger på, af interesse ikke mindst for den almindelige læser. Her kan man finde yderligere oplysninger om det pågældende emne, og her kan man også få indtryk af, hvad forfatterens beskrivelser og vurderinger bygger på. Jeg savner i meget høj grad et udbygget noteapparat i denne afhandling, specielt fordi man i selve teksten får så lidt at vide om, hvilken slags teori og empiri der ligger til grund for Blumes synspunkter på de forskellige emner. Et sådant noteapparat er naturligvis langt mindre relevant i en begynderbog på et fagområde, hvor man primært beskæftiger sig med emner, der er helt ukontroversielle.

Kapitel 1, »Om ret og værdier«, beskæftiger sig bl.a. med forholdet mellem ret, moral og religion og indeholder gode analyser af, på hvilke forskellige måde værdier kan indgå i selve den gældende ret, f.eks. som formålsbestemmelse

<sup>1</sup> Se Peter Blume, »Den almene teoris dimensioner«, TfR 1995, s. 812-853.

eller i en menneskeretlig sammenhæng. Det indeholder også nogle afsnit, som forfatteren i sin indledning så at sige har udelukket fra bogen som retsteoretisk set uvedkommende. For det første finder man her en redegørelse for en debat mellem to forskellige retsfilosofiske grundholdninger, nemlig mellem naturret og retspositivisme. Og for det andet finder man ret grundige analyser af selve retsvidenskaben med henblik på at finde frem til, dels hvilken plads værdierne bør have, og dels hvilken rolle de faktisk har i den nuværende danske retsvidenskab.

Selvom forfatteren mener, at retsfilosofiske etiketter er mere til skade end til gavn, så vover jeg dog at konkludere, at Blumes synspunkter nærmest må karakteriseres som retspositivistiske, hvilket heller ikke kan undre dem, der kender til Blumes hidtidige forfatterskab.

Kapitlet indeholder også nogle generelle betragtninger om rettens karakter med henblik på at afklare forholdet mellem ret og værdier, og disse betragtninger finder jeg meget problematiske i deres generelle form. Det siges således på s. 80: »Retten er et reguleringsmiddel, der bruges til at styre samfund.« Vi får ikke at vide, hvorfra Blume henter denne generelle retsopfattelse, der efter min mening helt klart ikke kan bruges på alle former for ret. Den kan i det mindste ikke bruges om den sædvanebaserede retsorden, hvor det er udelukket at se på retten som noget, der er skabt af nogen med henblik på at styre samfundet. Jeg finder også, at betragtningssåden er uegnet til at karakterisere retten i den liberale retsstat, hvor man netop gør op med et syn på retten som styrende og regulerende. I stedet ønsker man, at retten skal sætte visse rammer, inden for hvilken mennesker (og markedet) skal styre samfundet.

Jeg mener således, at en analyse af retten i en generel retsteori som Blumes også må indeholde en historisk dimension ud over en filosofisk og en sociologisk. Og denne historiske dimension mangler næsten helt i bogen. Blume skriver ganske vist på s. 29, at retten har en lang historie; men denne historie får vi meget lidt at vide om. Der står således på s. 30: »Hvornår og hvorfor retten konkret opstod i de enkelte samfund, fortaber sig i historiens tåger, og det er usikkert, om retten har en fødselsdag.« Blume synes at regne med den mulighed, at man kan bestemme rettens præcise fødselsdag, selv om han dog finder den mindre sandsynlig. Jeg ville meget gerne henvises til den litteratur, der angiver en sådan mulighed, og høre nærmere om, hvordan en eventuel fødselsdag kan bestemmes.

Kapitel 2 hedder »Om rettens rum«, og her er grundsynspunktet, at retten normalt er et lokaliseret fænomen, der har en rumlig tilværelse i forhold til et nærmere afgrænset område. Det retlige rum er imidlertid i bevægelse i nutiden, og det betyder, at de forskellige rum og relationerne mellem disse bør ofres stor opmærksomhed i en teori om nutidens og fremtidens ret. Jeg er meget enig i denne betragtningssåde og finder, at dette kapitel klart er blandt de bedste i bogen.

Indledningsvis behandles spørgsmålet om rettens relation eller manglende relation til de andre dele af det rum, der udgøres af samfundet – det såkaldte autonomiproblem.

Dette problem, som mange retsteoretikere har bokset med, behandles på et par sider, og jeg synes, at Blumes konklusion, nemlig at retten har en vis relativ autonomi, men ikke er helt autonom, er helt rigtig. Men som sagt havde jeg gerne set de forskellige synspunkter trukket klarere op. Så følger bl.a. nogle meget interessante betragtninger om retskulturer, som Blume også tidligere har skrevet om, og herefter behandles det traditionelle retlige rum, hvor retten virker inden for et bestemt territorium.

Retten inden for et sådant territorium, f.eks. Danmark, betegner han som statens ret, idet han finder, at det fortsat er staten, der på en helt afgørende måde definerer og styrer retten. Retten kan derfor betegnes som »det instrument eller middel, som en stat anvender til at regulere det rum, som den behersker« (s. 98). Blume begrundes bl.a. sit synspunkt med, at man, når man støder på ret, der ikke er produceret af staten, da alligevel må opfatte også denne ret som statslig, fordi staten formelt eller uformelt ud fra egne interesser midlertidigt har delegeret sin kompetence til retsfastsættelse ud til andre. Efter min opfattelse er der her tale om en helt formel betragtningssåde, der ikke er relevant i en teori om den reelt eksisterende ret, eller i det mindste ikke kan stå alene. Der er tale om en opfattelse af staten som er helt urealistisk, i det mindste til karakteristisk af moderne stater i nutidens Europa. Og der er tillige tale om en opfattelse af en retsorden som vores, som helt underkender dens principielt heterogene karakter, netop fordi retten kommer fra forskellige centre og videreudvikles og anvendes mange forskellige steder. Man kunne selvfølgelig rent logisk forestille sig en almægtig og despotisk statsmagt, der kunne og ville styre og regulere alt: men dette monster er ikke og kan ikke være identisk med en statsmagt som den danske.

Man kunne give mange bud på karakteren af det danske retssystem og på, hvem der er den styrende instans, og med udgangspunkt i analyserne her i bogen vil jeg komme med to bud, der efter min vurdering i det mindste er lige så overbevisende som Blumes. For det første kunne man sige, at retten er juristerne, idet juristerne har nogle helt særlige opgaver med at anvende og tolke retten og dermed gøre den til reelt fungerende ret. Man kunne også (med Luhmann) hævde, at retten er sin egen, idet man kan opfatte retten som et relativt lukket normsystem, hvor de enkelte normer finder deres legitimation inden for andre dele af retten. Jeg vil dog ikke selv forfægte disse synspunkter, men blot nævne, at her er der et emne, som bestemt ikke er uddebatteret i Blumes bog.

Herefter følger nogle afsnit om folkeret og om EU-ret, som ifølge forfatteren virker på samme måde som retten i de statslige rum og derfor ikke er nogen særlig udfordring til retsfilosofien (s. 116). Det er jeg bestemt ikke enig i, og også her synes jeg, at en vis omtale af den retsteoretiske debat om EU ville have været fin. Men så følger et langt afsnit om det globale og især om, hvad tendenserne til rettens globalisering betyder for rettens karakter i de enkelte rum. Og dette afsnit, som i høj grad er fremadrettet og beskæftiger sig med et vanskeligt nyt emnefelt, er ganske glimrende. Jeg synes, at det kommer klart frem, både hvad en global ret er til forskel fra retten i de enkelte rum, og også de risi-

ci, som er forbundet med udviklingen og den høje grad af usikkerhed, der må præge alle prognoser om globaliserings tempo og nærmere karakter. Herefter følger nogle spændende små afsnit om henholdsvis det ydre rum og cyberspace som afslutning på dette tankevækkende kapitel.

Også det følgende Kapitel 3 om ret og teknologi er glimrende, hvad der dog ikke er så underligt. Her er forfatteren så afgjort på hjemmebane. I kapitlet finder vi fine analyser af rettens kommunikative karakter og af forholdet mellem ret og teknologisk udvikling, hvor retten både kan have en hæmmende og en fremmende funktion, og vi finder ikke mindst en kyndig redegørelse for edb-teknologiens udviklings betydning for den juridiske metode. Man ser klart en udvikling hen imod automatiserede afgørelser på visse områder, hvilket kan siges at fremme en vis form for formel retssikkerhed; men Blume mener dog ikke, at man skal forvente maskinelle afgørelser i hele retssystemet. Til slut i kapitlet tenderer analyserne dog til at forlade den almene teori og gå over i drøftelser af konkrete retlige problemstillinger.

I Kapitel 4 »Om rettens metode og kilder« er vi ifølge Blume inde på et af de mest centrale emner for den almene teori, idet det er gennem den juridiske metode, at gældende ret må lokaliseres. Han betegner også den juridiske metode som juristernes instrument til overtagelse af retten, idet den juridiske metode stort set alene beherskes og udøves af jurister. Blume vil primært beskrive de metoder, der faktisk benyttes i det praktiske retsliv; men ligesom andre retsteoretikere undlader han dog at foretage en grundig empirisk undersøgelse af dette emne, hvad der ellers nok kunne være behov for. I kapitlet foretages en analyse af de primære retskilder, som inddeles i retsfor skrifter, afgørelser og privat praksis, og også retsvidenskabens betydning som retskilde noteres. Det understreges stærkt, at den juridiske metode er et intersubjektivt fænomen, der sikrer, at alle jurister stort set anvender retskilder på samme måde og når frem til ensartede afgørelser i ensartede sager. Han inddrømmer dog en vis plads for domernes subjektive holdninger og visse subkulturer som noget, der i begrænset omfang modvirker ensartetheden; men generelt er enigheden om metoden i det juridiske fællesskab det middel, der sikrer orden og systemmæssig sammenhæng (s. 228). Han siger selv, at dette måske af nogen kan opfattes som et skønmaleri (s. 228), og det synes jeg faktisk også, at det stærkt tenderer til. Det mener Blume tilsyneladende også selv, når man læser videre i kapitel 5, der hedder »Om rettens institutioner«. Her er billedet af retten et helt andet. Retten er nu stærkt præget af kampen mellem de enkelte institutioner: folkettinget, forvaltningens enkelte grene og domstolene. Og dette resulterer i, at den ret, der skabes disse steder, tilsammen får en modsætningsfuld og uharmonisk karakter – stik imod det billede, der tegnes i det forrige kapitel. Man kunne nu tro, at domstolene gennem deres afgørelser i sidste ende bidrog til at harmonisere retten, men sådan forholder det sig ikke (s. 239 flg.). Man overvurderer nemlig oftest i høj grad refleks-

virksomheden af domstolsafgørelserne på afgørelser inden for de andre institutioner. Og meget ofte udtaler domstolene sig slet ikke om de emner, der træffes afgørelser om andre steder.

Jeg må sige, at jeg er fuldstændig enig i disse analyser, der stærkt bidrager til at give en mere realistisk og mindre idylliserende skildring af den reelle ret. Og jeg har selv i min retssociologiske grundbog *Lovene og livet*, kapitlerne 4-6, beskrevet forholdene på samme måde. Forskellen på det billede af retten, der tegnes i kapitel 4, og det i kapitel 5, beror altså ikke blot på, at emnet i kapitel 5 er de retlige institutioner, der kan beskrives ud fra mange forskellige synsvinkler. Forskellen beror primært på, at der i kapitel 5 er anlagt en retssociologisk betragtningsmåde, som også til dels kan findes i anden samfundsvidenskabelig litteratur. For der er naturligvis ikke vandtætte skotter mellem retssociologi og andre samfundsvidenskaber. Det burde der sådan set heller ikke være mellem retsfilosofi (kap. 4) og retssociologi (kap. 5).<sup>2</sup> Efter min opfattelse viser kapitlet med stor tydelighed, at en tilfredsstillende almen retsteori i lige så høj grad må bygge på retssociologien som på retsfilosofien. Men den må, som Blume siger det, også meget gerne være tværfagligt funderet med inddragelse af andre videnskaber uden for juraen og også med inddragelse af filosofi uden for retsfilosofien.

I slutningen af kapitlet nævner forfatteren i øvrigt en særlig opgave for netop retssociologien, nemlig kortlægning af indholdet af en eventuel levende, folkelig ret gennem empiriske undersøgelser. Jeg mener da nok, man må antage, at befolkningen ofte lever efter »retsnormer«, der ikke er forankret i de retlige institutioner. Men jeg finder bestemt ikke, at det er meningsfuldt at søge at kortlægge disse normer på samme måde, som man i retsdogmatikken fastlægger gældende ret. Det skyldes dels, at disse normer oftest har en helt anden karakter end retsregler. De er oftest langt mere u håndgribelige, omskiftelige og fleksible. Men det skyldes også, at forskellige grupper i befolkningen ofte vil have forskellige opfattelser af denne levende ret. For hvis der er noget, der er bevist, ikke mindst gennem retssociologisk forskning, så er det, at der ikke eksisterer nogen fælles retsbevidsthed hos borgerne, selvom en del politikere ynder at føre sig frem som talerør for borgernes almene retsbevidsthed eller retsfølelse.

I kapitel 6 »Om rettens anvendelse« siges det indledningsvis, at »retten kun har mening, når den bliver anvendt og viser sin normerende funktion« (s. 283). Dette er jeg bestemt ikke enig i, hvis man med anvendelse mener anvendelse fra myndighedernes side. Efter min opfattelse får retten primært betydning ved på mangfoldige måder at virke normerende ind på de enkelte borgers liv, og netop denne form for betydning er det vigtigt at fremhæve i en almen retsteori. Men naturligvis er retsanvendelsen et uhyre centralt aspekt ved retten, og dette drøftes her, bl.a. med henblik på at afdække dommerpersonlighedens betydning. Kapitlet ligger således emnemæssigt tæt på kapitel 4 om metoden, men ser dog på emnet med andre briller. Jeg vil særlig kommentere de sidste afsnit om polycentri og gældende ret.

<sup>2</sup> Jfr. Jørgen Dalberg-Larsen, *Dansk retsfilosofi*, København 2006, bl.a. s. 217-218.

Afsnittet om polycentri behandler spørgsmålet, som bl.a. Henrik Zahle har taget op, om man kan konstatere tegn på, at forskellige myndigheder anvender retskilderne forskelligt, således at retsafgørelser falder forskelligt ud – afhængigt af, hvor de træffes. Hvis man kan konstatere, at dette er tilfældet, kan man også tale om, at retten må opfattes som pluralistisk og ikke monistisk. Dette emne kan så klart angribes ud fra såvel en rent retsfilosofisk som en retsocio-logisk synsvinkel. Her vælges en retsfilosofisk synsvinkel, og den fører typisk nok til en mere idylliserende, harmonisk retsopfattelse end en retssociologisk. I det retssociologisk orienterede kapitel 5 tales der åbent om klare tendenser til polycentri; men her argumenteres stærkt for, at polycentrien og pluralismen må antages at have et stærkt begrænset omfang. Og et af hovedargumenterne er igen, at man må antage, at alle retsanvendere anvender den samme juridiske metode på en ensartet måde.

Man kunne argumentere på mange måder imod synspunkterne i dette afsnit, bl.a. med henvisning til analyserne i kapitel 5; men jeg vil begrænse mig til at anføre et for mig at se helt afgørende moment, nemlig at en meget stor del af retsanvendelsen i de mange forvaltningsgrene i specielt 1. instans foretages af ikke-jurister, der kun i yderst begrænset omfang er bekendt med den juridiske metode, som Blume da også betegner netop som juristernes metode. Og der findes faktisk en lang række undersøgelser med fokus på ikke-jurister som retsanvendere, der har dokumenteret en ganske høj grad af pluralisme i de nordiske retssystemer. Disse undersøgelser mener jeg udgør et vigtigt bidrag til en realistisk almen teori om retten.<sup>3</sup>

Om begrebet gældende ret, som behandles i sidste afsnit, er der skrevet utallige sider retsfilosofisk litteratur. Mest berømt er uden tvivl Alf Ross' prognoseteori; men Blume fremdrager også med rette Preben Stuer Lauridsens teori, hvorefter retsdogmatiske udsagns korrekthed bør vurderes af juridiske fagfæller. Jeg hælder nok mest til Stuer Lauridsens teori, men vil dog bemærke, at jeg finder, at problemstillingen er grundlæggende forkert opfattet, hvis man som Ross mener, at man gennem prognoseteorier (eller på anden vis) kan finde en helt sikker måde til verificering eller falsificering af påstande om gældende ret. At lede efter en sådan helt sikker metode er efter min opfattelse det samme som at lede efter de vises sten: Man vil nødvendigvis lede forgæves. Dette skyldes simpelthen, at den sammenvejning af forskelligt retligt materiale, der fører til udsagn om gældende ret, ikke kan bevises at være rigtigt eller forkert i nogen helt objektiv forstand. Derfor burde man måske opgive jagten på sådanne verifikationskriterier.

Det afsluttende kapitel »Om rettens tid og fremtid« er helt koncentreret om rettens fremtid og indeholder endnu en gang udmærkede analyser af bl.a. globaliseringstendenserne og den teknologiske udvikling. Man finder også et længere afsnit om retspolitik, der bl.a. understreger behovet for at basere lovforslagene på et empirisk, retssociologisk grundlag, hvad jeg kun kan bifalde.

Til slut ses i et kort afsnit på den fjerne fremtid, og det diskuteres, på hvilket retsteoretisk grundlag man kan forholde sig til den. Her nævnes det, at man bør se på de forelig-

gende udviklingstendenser, hvad det naturligvis er oplagt at gøre. Men det understreges bestemt ikke særligt, at man i meget høj grad har behov for (rets)historiske studier af udviklingen i de tidligere faser op til nutiden, når man vil undersøge generelle udviklingstendenser. For kun ved at se forholdene i et længere tidsperspektiv bliver man opmærksom på generelle tendenser, der peger ud over den umiddelbare fremtid. Her foreligger altså endnu en gang behovet for at inddrage en retshistorisk komponent i den generelle retsteori. Efter min opfattelse er studiet af sådanne generelle udviklingstendenser et særdeles væsentligt retsteoretisk emne, som jeg bestemt gerne havde set mere om i denne bog – forsynet med de fornødne henvisninger til den ganske omfattende litteratur, der findes om emnet, bl.a. inden for retssociologien.

### Afsluttende bemærkninger

Som det skulle være fremgået, er der her tale om et meget ambitiøst værk, hvor forfatteren har fremlagt sit eget syn på en lang række centrale retsteoretiske emner, der tilsammen kan bidrage afgørende til en belysning af rettens generelle karakter og funktioner. Efter min opfattelse fortjener forfatteren en stor tak for at have fuldført opgaven. Det er af stor betydning for retsvidenskabens udvikling, at sådanne værker skrives, og at man ikke udelukkende koncentrerer sig om at skrive lærebøger – med de bindinger, der ligger heri. Forfatterens fascination af emnet skinner klart igennem og giver fremstillingen en levende karakter, der bidrager til at holde læseren fanget gennem alle de mange sider. Bogen virker sine steder til at være skrevet i et lidt for hastigt tempo og kunne visse steder være forkortet en del. Men generelt set er sproget godt og forfatterens synspunkter klare og præcist formulerede.

Efter min vurdering er kapitlerne om rettens rum og om ret og teknologi de bedste, og generelt synes jeg, at forfatterens analyser af fremtiden er meget givende og stærkt bidrager til en generel positiv vurdering.

Som det er fremgået af det foregående, har jeg dog visse kritiske bemærkninger til bogen. Jeg savner ikke mindst en nærmere præsentation af de vigtigste teorier på området, men også en vis inddragelse af et historisk perspektiv på retten på linje med det filosofiske og det sociologiske.

For mig står det efter læsningen af denne bog endnu mere klart end før, at en almen forståelse af retten i lige høj grad må bygge på en filosofisk, en sociologisk og en historisk betragtningsmåde. Og jeg finder derfor, at en udbygning af og et vist samarbejde mellem fagene retsfilosofi, retssociologi og retshistorie vil have stor betydning for en videreudvikling af en almen retsteori, som der lægges op til her i bogen.

Afslutningsvis vil jeg anbefale denne bog til alle med blot en vis retsteoretisk interesse. Den er værd at stifte bekendskab med – ikke mindst fordi den for mig at se så klart lægger op til en retsteori på tværs af de etablerede grænser mellem fagene.

<sup>3</sup> Se f.eks. Torsten Eckhoff og Hans Petter Graver, Regelstyring av lokale forvaltningsvedtak. Praktisering av bygningsloven, Oslo 1991; Bettina Lemann Kristiansen, Pantefogderne og deres retsanvendelse, København 2001.

# Anmeldelse

**Lars Plum og Andreas Laursen (red.), "Enhver stats pligt ...", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007.**

**Anmeldt af vicesstatsadvokat Ingeborg Gade, Rigsadvokaten, og juridisk chef Lykke Sørensen, Politiets Efterretningstjeneste**

## Indledning

"Enhver stats pligt ..." indeholder en samling artikler om de internationale forbrydelser, der efter folkeretten kan medføre individuelt strafansvar. Bogen, der er redigeret af Lars Plum og Andreas Laursen, består af bidrag fra en række forfattere med forskellig baggrund, idet de fleste dog i større eller mindre grad har tilknytning til universitetsverdenen. Fælles for bogens forfattere er stor teoretisk viden om og for nogle forfattere tillige praktisk erfaring med de områder, som de hver især befatter sig med i bogen.

Hovedemnerne i bogen er folkedrab (hhv. Lars Plum og Vagn Greve), forbrydelser mod menneskeheden (hhv. Andreas Lauersen og Lars Plum), krigsforbrydelser (hhv. Peter Otken og Frederik Harhoff), tortur (hhv. Peter Vedel Kessing og Dorrit Tée Iversen/Therese Maria Rytter) og terrorisme (hhv. Peter Vedel Kessing og Jørn Vestergaard). Bogen indeholder endvidere kapitler om nogle juridiske begreber af særlig betydning for strafforfølgningen af denne type forbrydelser (bl.a. Ole Spiermann og Flemming Orth). For hvert af disse emner indeholder bogen både et kapitel om de folkeretlige regler og et kapitel om dansk ret. Herudover indeholder bogen artikler om Den Internationale Straffedomstol (ICC) og dansk ret (Jesper Hjortenberg), om international strafferet i svensk og norsk ret (hhv. Per Ole Tråskman og Arne Willy Dahl) samt om Statsadvokaten for Særlige Internationale Straffesager (Birgitte Vestberg). Endelig indeholder bogen et kapitel om udviklingstendenser i den internationale retsorden (David Michael Kendal).

Fokus for denne anmeldelse er kapitlerne om de internationale forbrydelser i folkeretten og gennemførelsen af disse i dansk ret.

## Internationale forbrydelser i folkeretten

Bogens første del omhandler folkerettens regulering af de internationale forbrydelser og beskriver udviklingen af det individuelle strafansvar i folkeretten navnlig fra Nürnberg-processen efter 2. verdenskrig frem mod i dag.

Kapitel 2-6 om folkerettens regulering af folkedrab, forbrydelser mod menneskeheden, krigsforbrydelser, tortur og terrorisme indeholder alle en beskrivelse af forbrydernes gerningsindhold. For så vidt angår folkedrab, krigsforbrydelser, tortur og terrorisme gælder, at disse er reguleret ved internationale konventioner mv., mens forbrydelser mod menneskeheden har fået sit indhold gennem folkeretlig sædvane. Herudover fastlægges i disse kapitler, hvilken personkreds der nyder beskyttelse efter

folkerettens regler, ligesom staternes forpligtelser til retsforfølgning efter de internationale regler belyses.

Beskrivelserne af forbrydernes gerningsindhold mv. bygger på fortolkning af gældende internationale konventioner, men navnlig kapitlerne om folkedrab og forbrydelser mod menneskeheden indeholder endvidere en grundig gennemgang af domme afsagt af bl.a. de internationale krigsforbrydertribunaler for Rwanda og det tidligere Jugoslavien. Kapitlerne dokumenterer således også, hvorledes praksis fra tribunalerne på en række væsentlige punkter har medvirket til at afklare forskellige fortolknings spørgsmål, herunder i relation til forbrydernes gerningsindhold.

Kapitel 2 om folkedrab beskriver de væsentligste elementer i FN's folkedrabskonvention fra 1948. Denne konvention er uændret siden vedtagelsen, og en række domme afsagt af krigsforbrydertribunalerne har haft betydning for fortolkningen af konventionen.

I modsætning til folkedrab, hvor der findes en international konvention, er forbrydelser mod menneskeheden ikke nærmere defineret i en generel konvention. Definitionen af forbrydelser mod menneskeheden og forpligtelserne i relation til disse forbrydelser følger således som udgangspunkt af folkeretlig sædvane. Der findes dog nu en bestemmelse om forbrydelser mod menneskeheden bl.a. i statuten for Den Internationale Straffedomstol. I kapitel 3 undersøges bl.a., om staterne har en forpligtelse til at retsforfølge forbrydelser mod menneskeheden, og det antages – selv om spørgsmålet må anses for uafklaret – at den internationale udvikling bevæger sig mod at etablere en folkeretlig pligt til retsforfølgning i disse sager.

I kapitel 4 og 5 om henholdsvis krigsforbrydelser og tortur peges der på, at kampen mod terrorisme har betydet, at beskyttelsen mod disse forbrydelser er kommet under pres. Det anføres således f.eks., at forbuddet mod tortur er ufravigeligt, men at det som led i kampen mod terrorisme har været gjort gældende, at tortur ud fra nødretsbeholdninger under visse omstændigheder kan være acceptabelt, f.eks. i situationen med en "tikkende bombe", hvor myndighederne ved at udsætte en terrormistænkt for tortur kan afsløre, hvor en bombe er placeret og måske redde mange uskyldige mennesker fra et forestående terrorangreb.

Netop folkerettens regulering af terrorisme beskrives indgående i kapitel 6 meget indgående, herunder gennemgås en række af de mange internationale konventioner, som



har set dagens lys inden for de sidste 10 år. Uanset den massive internationale regulering findes dog endnu ikke – undtagen blandt EU-medlemsstaterne – en fælles international definition af terrorisme. Dette beklages under henvisning til, at en definition vil kunne præcisere medlemsstaternes forpligtelser og afklare nogle af de vanskelige spørgsmål, som bekæmpelse af terrorisme rejser, herunder f.eks. afgrænsningen mellem legitim modstandskamp og terrorisme.

I kapitlet omtales også de meget vidtrækkende resolutioner om bl.a. indefrysning af midler, som FN's Sikkerhedsråd vedtog i kølvandet af terrorangrebene mod USA den 11. september 2001. Det påpeges i den forbindelse, at FN ved at vedtage resolutioner i stedet for konventioner omgik de normale procedurer, der gælder, når medlemsstaterne ratificerer konventioner. Dette har ført til, at FN's Sikkerhedsråd er blevet kritiseret for at agere som en egentlig international lovgivende magt.

Kapitlet beskæftiger sig også med overholdelsen af menneskeretlige forpligtelser i kampen mod terrorisme. Det anføres i den forbindelse, at der ikke i folkeretten er lagt op til en balanceakt mellem kampen mod terrorisme og respekten for menneskerettigheder, fordi menneskerettighederne som udgangspunkt skal overholdes. Det anerkendes dog, at der inden for det menneskeretlige system er mulighed for at begrænse f.eks. ytringsfriheden, religionsfriheden og retten til et familieliv, når en række betingelser er opfyldt.

### **Internationale forbrydelser i dansk ret**

I bogens anden del undersøges gennemførelsen i dansk ret af de folkeretlige forpligtelser, der er beskrevet i bogens første del.

Anden del indledes i kapitel 8 med en overordnet redegørelse for samspillet mellem dansk ret og folkeretten, hvorefter der i de efterfølgende kapitler foretages en gennemgang af, hvorledes de folkeretlige forpligtelser i relation til folkedrab, forbrydelser mod menneskeheden, krigsforbrydelser, tortur og terrorisme er gennemført i dansk ret. De enkelte kapitler er bygget op efter nogenlunde samme systematik, hvor der indledningsvis redegøres for indholdet af den internationale forpligtelse, hvorefter de relevante bestemmelser i dansk ret gennemgås med henblik på at afdække, hvorvidt de pågældende love eller bestemmelser opfylder de folkeretlige forpligtelser. I de fleste kapitler konkluderes det, at dette ikke er tilfældet.

Forpligtelsen til at kunne retsforfølge folkedrab blev gennemført i dansk ret ved lov nr. 132 af 25. maj 1951 om straf for folkedrab, mens lov nr. 395 af 12. juli 1946 fastlægger straf for krigsforbrydelser samt forbrydelser mod menneskeheden. Efter det anførte i kapitel 9 finder lov om straf for folkedrab imidlertid alene anvendelse på folkedrab begået i Danmark. Denne opfattelse stilles der spørgsmålstegn ved i kapitlet om folkedrab i bogens første del, da det anføres, at det i forbindelse med Folketingets behandling af forslag til lov om Den Internationale Straffedomstol blev anført, at den danske folkedrabslov ikke er territorialt begrænset. For så vidt angår lov om

straf for krigsforbrydelser samt forbrydelser mod menneskeheden finder denne efter det anførte alene anvendelse på forbrydelser begået under besættelsen under anden verdenskrig.

Dette indebærer, at disse forbrydelser – som det er tilfældet med tortur – i vid udstrækning alene er kriminaliseret i dansk ret ved straffelovens almindelige bestemmelser om f.eks. drab, vold, voldtægt, frihedsberøvelse mv. samt i et vist omfang ved bestemmelser i militær straffelov.

I kapitel 9-12 vedrørende disse forbrydelser gives der udtryk for betænkeligheder ved denne form for gennemførelse i dansk ret. Der peges bl.a. på, at fraværet af særlige bestemmelser i straffeloven vedrørende disse internationale forbrydelser eller tidssvarende bestemmelser i en særskilt lov indebærer, at dele af gerningsindholdet i de enkelte forbrydelser ikke er afspejlet i dansk ret.

Konsekvensen af dette er ifølge forfatterne, at de danske domstole alene har mulighed for at tage højde for de pågældende forbrydelsers karakter i forbindelse med strafudmålingen. Herudover peges der på, at en mangelfuld gennemførelse i dansk ret kan føre til, at det kan blive vanskeligt at få en dansk statsborger, der har begået disse forbrydelser udleveret til Danmark. Der peges endvidere på, at det, hvis en person er dømt i Danmark for f.eks. vold, og der alene ved strafudmålingen er taget hensyn til, at volden er udøvet som led i f.eks. tortur, ikke kan udelukkes, at ICC vil kræve den pågældende udleveret med henblik på strafforfølgning under henvisning til, at den danske dom er udtryk for manglende evne til foretage strafforfølgning for så vidt angår tortur.

Endelig peges der på, at gennemførelsen i dansk ret i visse tilfælde indebærer en for kort forældelsesfrist, ligesom det anses for tvivlsomt, om straffelovens jurisdiktionsbestemmelser i alle tilfælde giver Danmark mulighed for strafforfølgning af de pågældende forbrydelser.<sup>1</sup>

Bogens anden del indeholder således gennemgående kritik af gennemførelsen af de folkeretlige forpligtelser i dansk ret, herunder navnlig af det forhold, at de pågældende forpligtelser i vid udstrækning alene kan straffes efter straffelovens almindelige bestemmelser om drab, vold mv. I en række kapitler argumenteres således for indsættelse af særskilte bestemmelser i dansk ret, der afspejler samtlige elementer af gerningsindholdet i de pågældende forbrydelser.

For så vidt angår gennemførelsen i dansk ret af de folkeretlige forpligtelser i relation til bekæmpelse af terrorisme

<sup>1</sup> Det bemærkes, at Justitsministeriets Jurisdiktionsudvalg i betænkning nr. 1488/2007 har foreslået ændringer af straffelovens jurisdiktionsbestemmelser, bl.a. således at der indsættes en særlig bestemmelse i straffeloven om dansk straffemyndighed i forhold til handlinger af den art, der er omfattet af statuten for Den Internationale Straffedomstol, dvs. folkedrab, forbrydelser mod menneskeheden, krigsforbrydelser og aggression. Dansk straffemyndighed vil efter forslaget forudsætte, at gerningsmanden enten har tilknytning til Danmark (statsborgerskab, bopæl mv.) eller faktisk befinder sig her i landet.

fremgår det af kapitel 13 herom, at der er sket en meget detaljeret og tekstnær gennemførelse af de internationale forpligtelser. Dette giver imidlertid også anledning til kritik. Det anføres bl.a., at det var unødvendigt at indsætte en definition af terrorhandlinger i straffeloven, idet de af bestemmelsen omfattede handlinger allerede var kriminaliseret i dansk ret. Herudover anføres det, at bestemmelsen i § 114, der ligger meget tæt op ad sit internationale forlæg, er uklar på en række punkter, da visse af de i bestemmelsen anvendte udtryk (f.eks. "alvorlig skade" og "samfundsmæssige strukturer") ikke fremgår andetsteds i straffeloven og ikke er nærmere defineret i bemærkningerne til det lovforslag, der ligger til grund for bestemmelsen. Endelig kritiseres det, at der ikke i den danske bestemmelse er fastsat forskellige strafniveauer med henblik på at afspejle, at der er visse terrorhandlinger, der er mindre alvorlige end andre.

#### **Gennemførelse af internationale forpligtelser i dansk ret**

Den anførte kritik af terrorbestemmelserne i straffeloven illustrerer de vanskeligheder, der kan være forbundet med en tekstnær gennemførelse i national ret af folkeretlige forpligtelser. Ofte vil de tekster, der udgør forlægget for den danske bestemmelse være uklare. Dette kan skyldes en række forhold, bl.a. sproglige unøjagtigheder i oversættelsen, eller at de anvendte begreber hidrører fra et retssystem ulig det danske. I andre tilfælde kan der alene opnås enighed om en uklar udformning af en bestemmelse i en international konvention, fordi denne uklarhed giver de kontraherende stater mulighed for fleksibilitet ved gennemførelsen i national ret.

Det forhold, at der – bortset fra i Europarådets regi – ikke findes forklarende rapporter, der kan bidrage til forståelsen af de pågældende retsakter, indebærer, at lovgiver ikke har fortolkningsbidrag, når de enkelte bestemmelser skal gennemføres i national ret. Henset til de internationale monitoreringsmekanismer, som er et meget vigtigt led i sikring af overholdelsen af de folkeretlige forpligtelser, vil der til tider være en tendens til nationalt at vælge en tekstnær implementering af de pågældende forpligtelser. Det sikrer på den ene side, at forpligtelserne utvivlsomt er opfyldt, men det kan på den anden side betyde, at der indføres begreber i dansk ret, der ikke er velkendte og til tider ikke ganske lever op til dansk strafferets almindelige krav til klarhed og forudsigelighed.

I sådanne tilfælde må de danske domstole – ligesom de internationale domstole – påtage sig opgaven med at afgrænse og fortolke de pågældende bestemmelser. Det sker således i øjeblikket med de bestemmelser, der blev

indsat i straffeloven ved den første antiterrorpakke i 2002. Der er efter 2002 rejst tiltale for overtrædelse af straffelovens bestemmelser om terrorisme i syv sager. Tre af sagerne vedrører bestemmelsen i § 114 (herunder Glostrupsagen og sagen fra Vollsmose), tre af sagerne vedrører finansiering af terrorisme efter den tidligere bestemmelse i § 114 a (nu § 114 b), mens den sidste sag vedrører overtrædelse af den tidligere § 114 b (nu § 114 e) i straffeloven.

Diskussionen om, hvorledes der skal ske implementering i dansk ret af internationale forpligtelser, er blevet tiltagende relevant. Samlet efterlader bogens artikler om de internationale forbrydelser ingen tvivl om, at internationaliseringen også for alvor er nået til strafferetten. Dette bekræftes i kapitel 16 om udviklingstendenser, og dette er en udvikling, der må forventes at fortsætte.

Lovgiver vil således også fremover stå over for forskellige valgmuligheder, når internationale forpligtelser skal gennemføres i dansk ret. Hvis forpligtelserne allerede må anses for opfyldt efter dansk ret, er det en mulighed – som det i et vist omfang er sket hidtil – ikke at gennemføre særlige bestemmelser, eller alternativt kan der indsættes bestemmelser i straffeloven, som i nogle tilfælde alene vil have signalværdi. Hvis forpligtelserne ikke kan anses for opfyldt ved gældende ret, kan det i nogle tilfælde være hensigtsmæssigt at vælge en tekstnær gennemførelse, mens der i andre situationer kan være anledning til at fortolke den internationale forpligtelse med henblik på at anvende begreber, der er velkendte i dansk ret.

#### **Afslutning**

"Enhver stats pligt ..." afspejler på glimrende de tvivls spørgsmål, der kan være forbundet med fortolkningen af internationale konventioner, ligesom bogen illustrerer vanskelighederne i forbindelse med gennemførelsen af sådanne forpligtelser i national ret.

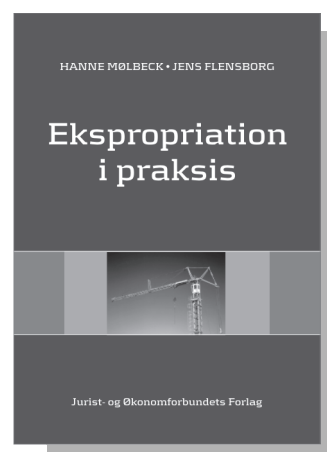
Mens kapitlerne om de folkeretlige forpligtelser i vid udstrækning er beskrivende, indeholder kapitlerne om dansk ret i højere grad forfatterens vurdering af, om måden, hvorpå de internationale forpligtelser er gennemført i dansk ret, er fyldestgørende. Det forhold, at artiklerne er skrevet af forskellige forfattere betyder som anført i forordet, at der til tider er modstridende opfattelser forfatterne imellem. Dette ødelægger dog ikke det overordnede indtryk af en bog, der på en let tilgængelig måde giver en grundlæggende indføring i de vigtigste internationale forbrydelser, og som derfor vil være til gavn både for praktikere og for andre, der beskæftiger sig med folkeret.

## Ekspropriation i praksis

af *Jens Flensburg* og *Hanne Mølbeck*

Denne praktiske håndbog beskæftiger sig med ekspropriation fra A til Z og giver læseren et overblik over de mange problemstillinger, der kan opstå i forbindelse hermed. Bogens hovedtema er ekspropriation af fast ejendom, herunder rettigheder knyttet til fast ejendom.

404 sider - Kr. 785,-



## Tinglysningsafgiftsloven

med kommentarer

af *Lilian Hindborg* & *Kirsten Nørgaard*

Denne nye udgave af kommentaren medtager udvikling og rets-praksis frem til nu og indeholder afgørelser og kendelser fra Landskatteretten og Afgiftsmyndigheden.

400 sider - Kr. 785,-



## Mediation

Seks måder i syv dage  
- Mediationsprocessens specielle del

af *Hans Boserup*

Bogen omhandler hvordan advokater, konsulenter, neutrale tredje-mænd, tillidsmænd og ledere kan fastholde, hvad der er gode til i konflikt og om, hvordan de kan vælge at gøre noget, der virker bedre.

244 sider - Kr. 488,-



# DJØF Efteruddannelse

## Aktuelle jurakurser

### **EU-institutionerne og interessevaretagelse**

Med fokus på Parlamentet og Kommissionen giver kurset dig et overblik over EU systemets vigtigste beslutningsprocesser og interessevaretagelsesmuligheder. Du får indblik i EU-institutionerne, deres indbyrdes forhold og arbejdsmetode. Ved at følge en retsaks gang får du praktiske råd om, hvordan en interessevaretagelsesstrategi planlægges, tages og implementeres mest effektivt.

6. november 2007

Medlemmer 4.300 kr. ekskl. moms. Ikke-medlemmer 4.900 kr. ekskl. moms.

### **EU og dansk forvaltningsret**

Du får indsigt i spørgsmålene om, hvorfor EU-retten griber ind i dansk forvaltningsret, og på hvilke punkter danske forvaltningsregler enten må anvendes anderledes eller vige for særlige EU-regler. Du får endvidere kendskab til de EU-retlige krav i forbindelse med udarbejdelse af lovforslag og administrative forskrifter, herunder de vigtige høringsskrifter.

12. - 13. november 2007

Medlemmer 8.100 kr. ekskl. moms. Ikke-medlemmer 9.900 kr. ekskl. moms.

### **Den nye arvelov**

Når den nye arvelov træder i kraft, sker der væsentlige ændringer i reglerne om bl.a. tvangsarv, uskiftet bo, mulighederne for at begunstige en ugift samlever ved testamente og mulighederne for at efterlevende ægtefælle kan få henstand med udbetaling af arv til særbørn. Med kurset får du et grundigt kendskab til mulighederne og potentielle faldgruber, de nye regler indebærer.

13. november 2007

Medlemmer 3.500 kr. ekskl. moms. Ikke-medlemmer 3.800 kr. ekskl. moms.

Se alle kurser på [djoef.dk/efteruddannelse](http://djoef.dk/efteruddannelse)

Kontakt sektionsleder Torill Løebekken på tlf. 33 95 99 65 eller [tol@djoef.dk](mailto:tol@djoef.dk) for rådgivning eller yderligere information om kurserne.

