

# Rets kilder ne

af Ruth Nielsen

4. reviderede udgave

JURIST- OG ØKONOMFORBUNDETS FORLAG

*Retskilderne*  
4. udgave, 1. oplag

© 1995 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

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

Tryk: Gentofte Tryk

Printed in Denmark 1995  
ISBN 87-574-4783-7

## Forord

Den foreliggende 4. udgave af Retskilderne er noget omarbejdet i forhold til førsteudgaven fra 1985, 2. udgaven fra 1989 og 3. udgaven fra 1992. I 2. udgaven fra 1989 inddrog jeg internationaliseringssynsvinklen, primært i form af europæisering og først og fremmest med henblik på EU-rettens betydning for dansk retskildelære. Denne synsvinkel har jeg videreført i tredje og fjerde udgaven, men med større vægt på andre former for internationalisering end den EU-retlige, navnlig den folkeretlige og den kontraktretlige. Stud. merc. jur. Rikke Paik Pedersen har udarbejdet sagregister.

København, juni 1995

Ruth Nielsen

## Forkortelser

|                    |                                                                                           |
|--------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
| EF:                | Det europæiske Fællesskab                                                                 |
| EFT:               | EF-tidende                                                                                |
| EF-T:              | EF-Traktaten                                                                              |
| EU:                | Den europæiske Union                                                                      |
| EU-T:              | Unionstraktaten                                                                           |
| Europakommissionen | Kommissionen for Den europæiske Union (før EU-T's ikrafttræden 1.11.1993 EF-Kommissionen) |
| EØF:               | Det europæiske økonomiske fællesskab (efter EU-T's ikrafttræden 1.11.1993 EF)             |
| EØFT:              | EØF-traktaten (efter EU-T's ikrafttræden 1.11.1993 EF-T)                                  |
| EØS-aftalen:       | Traktat mellem EF og EFTA om oprettelse af et europæisk økonomisk samarbejdsområde        |
| H:                 | Højesteret                                                                                |
| K:                 | Kendelser fra Den faste Voldgiftsret, efter 1964 domme fra Arbejdsretten                  |
| LO:                | Landsorganisationen i Danmark                                                             |
| NTIR:              | Nordisk Tidsskrift for International Ret                                                  |
| Rådet:             | Rådet for Den europæiske Union                                                            |
| Saml:              | Samlingen af EF-domstolens domme                                                          |
| TfR:               | Tidsskrift for Retsvidenskab                                                              |
| U:                 | Ugeskrift for Retsvæsen                                                                   |
| ØSU:               | Det økonomiske og sociale udvalg (EU)                                                     |

## Indhold

|                                                                                                                                                                          |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Kap I. Problemstilling og begreber                                                                                                                                       | 15 |
| 1. Problemstilling: Internationaliseringens konsekvenser for realistisk retsteori og den dertil knyttede retskildelære                                                   | 15 |
| 2. Grundbegreber: Retskilder, retsdogmatik og gældende ret. Skandinavisk realistisk retsteori og juridisk metode                                                         | 18 |
| 3. Hvad handler retskildelæren om?                                                                                                                                       | 23 |
| 3.1. Kildesøgning, relevansproblemet og afvejningsproblemet                                                                                                              | 24 |
| 3.1.1. Juridisk informationssøgning                                                                                                                                      | 24 |
| 3.1.2. Relevansproblemet og afvejningsproblemet: Flere retskildefaktorer og mere komplicerede sammenvejsninger af retskilder. Ændret vægtning af gamle danske retskilder | 25 |
| 4. Delvis opgivelse af dansk som retssprog                                                                                                                               | 26 |
| 5. Juridisk metode i komparativt perspektiv.                                                                                                                             | 28 |
| 6. Tvistløsning og selvregulering                                                                                                                                        | 31 |
| Kap II. Folkeret                                                                                                                                                         | 33 |
| 1. Folkerettens kilder og subjekter                                                                                                                                      | 34 |
| 2. Traktater og anden generel regulering                                                                                                                                 | 35 |
| 2.1. Begreb                                                                                                                                                              | 35 |
| 2.2. Traktaters indgåelse                                                                                                                                                | 36 |
| 2.3 Traktaters ugyldighed og ophør                                                                                                                                       | 37 |

|                                                                                                          |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.3.1. Inkompetence. EU's og Danmarks traktatkompetence . . . .                                          | 37 |
| 2.3.1.1. EU's traktatkompetence . . . . .                                                                | 37 |
| 2.3.1.2. Begrænsninger i Danmarks traktatkompetence af hensyn til EU . . . . .                           | 38 |
| 2.3.1.3. Interne regler vedrørende kompetence . . . . .                                                  | 41 |
| 2.3.2. Andre ugyldighedsgrunde. Traktaters ophør. Forholdet til EU . . . . .                             | 42 |
| 2.4. Fortolkning af traktater . . . . .                                                                  | 44 |
| 3. Folkeretlige sædvaner og retspraksis . . . . .                                                        | 45 |
| 4. Folkeretlig soft law . . . . .                                                                        | 46 |
| 5. Folkerettens virkning i dansk ret . . . . .                                                           | 48 |
| 5.1. Automatisk inkorporering. EU som folkeretssubjekt . . . . .                                         | 48 |
| 5.2. Særlig inkorporering. Danmark som folkeretssubjekt . . . . .                                        | 49 |
| 5.2.1. Den folkeretlige opfyldelsespligt . . . . .                                                       | 51 |
| 5.2.2. Omskrivning eller inkorporering i originaltekst . . . . .                                         | 53 |
| 5.2.3. Løbende opfyldelse i praksis. Fortolkningsreglen, formodningsreglen og instruktionsreglen . . . . | 56 |
| 5.3. EØS-aftalen . . . . .                                                                               | 62 |
| 5.4. Konklusion: Den dualistiske teori under opblødning . . . . .                                        | 63 |
| Kap III. EU-ret . . . . .                                                                                | 65 |
| 1. EU (Den europæiske Union) og EF (Det europæiske Fællesskab) . . . .                                   | 65 |
| 2. EU's institutioner . . . . .                                                                          | 66 |
| 2.1. Rådet . . . . .                                                                                     | 67 |
| 2.1.1. Coreper og arbejdsgrupper . . . . .                                                               | 67 |
| 2.1.2. Det europæiske Råd . . . . .                                                                      | 68 |
| 2.1.3. Rådets opgaver . . . . .                                                                          | 68 |
| 2.1.4. Afstemningsregler . . . . .                                                                       | 68 |
| 2.2. Europa-Kommissionen . . . . .                                                                       | 69 |
| 2.2.1. Sammensætning . . . . .                                                                           | 69 |
| 2.2.2. Opgaver . . . . .                                                                                 | 69 |

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3. Europa-Parlamentet . . . . .                                     | 70  |
| 2.3.1. Deltagelse i lovgivningsarbejdet i søjle 1 . . . . .           | 71  |
| 2.3.1.1. Høring af Parlamentet . . . . .                              | 71  |
| 2.3.1.2. Samarbejdsprocedure (EF-T 189 C) . . . . .                   | 71  |
| 2.3.1.3. Fælles beslutningstagen (EF-T 189 B) . . . . .               | 72  |
| 2.3.1.4. Samstemmende udtalelse . . . . .                             | 73  |
| 2.3.2. Budgetkompetence . . . . .                                     | 73  |
| 2.3.3. Kontrol . . . . .                                              | 74  |
| 2.3.4. Ombudsmand . . . . .                                           | 74  |
| 2.4. EF-domstolen . . . . .                                           | 74  |
| 2.4.1. Sammensætning . . . . .                                        | 74  |
| 2.4.2. Kompetence generelt . . . . .                                  | 75  |
| 2.4.3. Traktatbrudssager . . . . .                                    | 76  |
| 2.4.4. Annullationsøgsmål . . . . .                                   | 77  |
| 2.4.4.1. Hvilke retsakter? . . . . .                                  | 77  |
| 2.4.4.2. Hvem har søgsmålskompetence? . . . . .                       | 78  |
| 2.4.4.3. Ugyldighedsgrunde . . . . .                                  | 79  |
| 2.4.5. Præjudicielle afgørelser . . . . .                             | 81  |
| 2.4.5.1. Hvilke nationale instanser er en ret efter art 177? . . . .  | 82  |
| 2.4.5.2. Hvornår skal der stilles spørgsmål? . . . . .                | 84  |
| 2.4.5.3. Hvornår kan der stilles spørgsmål? . . . . .                 | 85  |
| 3. Retsakter . . . . .                                                | 86  |
| 3.1. Traktatkomplekset . . . . .                                      | 88  |
| 3.2. Generelle principper . . . . .                                   | 89  |
| 3.2.1. Acquis communautaire . . . . .                                 | 89  |
| 3.2.2. Subsidiaritetsprincippet . . . . .                             | 89  |
| 3.3. Hjemmelskravet . . . . .                                         | 90  |
| 3.4. Forordninger . . . . .                                           | 92  |
| 3.5. Direktiver . . . . .                                             | 93  |
| 3.6. Beslutninger . . . . .                                           | 94  |
| 3.7. Andre bindende retsakter . . . . .                               | 95  |
| 3.8. Ikke-bindende EU-ret. Soft law . . . . .                         | 95  |
| 3.9. EF-domstolens fortolkningsstil . . . . .                         | 98  |
| 3.10. Grundrettigheder og almindelige retsgarantier i EU-retten . . . | 101 |
| 3.10.1. Menneskeretsbeskyttelsen i EU . . . . .                       | 102 |
| 3.10.2. Fortolkning af grundlæggende rettigheder . . . . .            | 106 |
| 3.11. EU-rettens findesteder . . . . .                                | 107 |

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4. Forholdet mellem EU-ret og national ret                                                                | 107 |
| 4.1. Forrang                                                                                              | 107 |
| 4.2. Direkte virkning                                                                                     | 109 |
| 4.2.1. Traktatbestemmelser                                                                                | 109 |
| 4.2.1.1. EF-traktaten                                                                                     | 109 |
| 4.2.1.2. Folkeretlige traktater hvor EU optræder som folkeretssubjekt                                     | 110 |
| 4.2.2. Forordninger                                                                                       | 110 |
| 4.2.3. Direktiver                                                                                         | 110 |
| 4.3. EU-konform fortolkning                                                                               | 111 |
| 4.3.1. Retsgrundlaget for pligten til EU-konform fortolkning                                              | 111 |
| 4.3.2. EF-domstolens praksis om pligt til EU-konform fortolkning                                          | 112 |
| 4.3.3. Anvendelse af pligten til EU-konform fortolkning i national ret                                    | 113 |
| 4.3.4. Hvilke EU-regler medfører pligt til EU-konform fortolkning?                                        | 115 |
| 4.3.5. Private pligtsubjekter                                                                             | 115 |
| 4.3.6. Fortolkning contra legem                                                                           | 116 |
| 4.3.7. Forholdet mellem pligt til EU-konform fortolkning og direkte virkning                              | 116 |
| 4.3.8. Hvilke nationale regler skal fortolkes EU-konformt?                                                | 118 |
| 4.3.9. Fra hvilket tidspunkt skal der fortolkes EU-konformt?                                              | 118 |
| 4.4. Pligt til at tage ikke-bindende EU-ret i betragtning                                                 | 119 |
| 4.5. Flersprogethed                                                                                       | 119 |
| 5. Effektiv judiciel beskyttelse                                                                          | 120 |
| 6. Ændret vægtning af nationale retskilder som følge af EU-retlige krav til implementering i national ret | 122 |
| 6.1. Lovgivning og administrative forskrifter                                                             | 122 |
| 6.2. Lovforarbejder                                                                                       | 123 |
| 6.3. Kollektive overenskomster                                                                            | 124 |
| 6.4. Generalklausuler                                                                                     | 124 |
| 6.5. Skal rammedirektiver implementeres ved rammelove eller rammebekendtgørelser?                         | 124 |
| 6.6. Skal ikke-bindende dele af et direktiv implementeres?                                                | 125 |
| 7. Sammenfatning af ændringerne i retskildelæren                                                          | 125 |

|                                                                                                          |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Kapitel IV. Dansk ret                                                                                    | 127 |
| 1. Lovgivning og administrative forskrifter                                                              | 127 |
| 1.1. Lovgivning                                                                                          | 127 |
| 1.1.1. Grundlove                                                                                         | 127 |
| 1.1.2. Almindelige love                                                                                  | 128 |
| 1.1.3. Lovgivningsproceduren. Loves forarbejder (motiverne).                                             | 128 |
| 1.1.3.1. Udarbejdelse af lovforslag                                                                      | 128 |
| 1.1.3.2. Udvalg                                                                                          | 130 |
| 1.1.3.3. Behandlingen i ministeriet. Høring af Europa-Kommissionen                                       | 132 |
| 1.1.3.4. Fremsættelse i Folketinget                                                                      | 133 |
| 1.1.3.5. Behandlingen i Folketinget                                                                      | 133 |
| 1.1.3.6. Lovens stadfæstelse og kundgørelse                                                              | 134 |
| 1.1.3.7. Efterarbejder og lex futura                                                                     | 135 |
| 1.2. Administrative forskrifter                                                                          | 136 |
| 1.2.1. Bekendtgørelser                                                                                   | 137 |
| 1.2.2. Cirkulærer                                                                                        | 138 |
| 1.2.3. Andre administrative retsakter                                                                    | 139 |
| 1.2.4. Findesteder for administrative forskrifter                                                        | 140 |
| 1.3. Forbedring af det juridiske informationssystem. Databaser                                           | 140 |
| 1.4. Lovfortolkning                                                                                      | 141 |
| 1.4.1. Sproglig fortolkning                                                                              | 142 |
| 1.4.2. Subjektiv og objektiv fortolkning                                                                 | 143 |
| 1.4.2.1. Begreb                                                                                          | 143 |
| 1.4.2.2. Internationale og nationale forarbejder                                                         | 144 |
| 1.4.2.3. Hvilke aktører anerkender danske forarbejder?                                                   | 145 |
| 1.4.2.4. Argumenter for at bruge forarbejder                                                             | 146 |
| 1.4.2.5. Argumenter mod at bruge forarbejder. Områder hvor danske forarbejder har særlig ringe betydning | 147 |
| 1.4.3. Indskrænkende og udvidende fortolkning. Analogi og modsætningsslutninger                          | 148 |
| 1.4.3.1. Indskrænkende fortolkning                                                                       | 148 |
| 1.4.3.2. Udvidende fortolkning. Analogi                                                                  | 150 |
| 1.4.3.3. Modsætningsslutninger                                                                           | 153 |
| 1.4.4. Valg mellem retsregler (lex superior, lex specialis, lex posterior mv)                            | 154 |
| 1.4.4.1. Lex superior princippet                                                                         | 155 |

|                                                       |     |
|-------------------------------------------------------|-----|
| a. Folkeret                                           | 155 |
| b. Grundloven                                         | 156 |
| c. EU-ret                                             | 156 |
| d. Bekendtgørelse                                     | 157 |
| e. Cirkulære                                          | 158 |
| 1.4.4.2. Lex specialis princippet                     | 158 |
| 1.4.4.3. Lex posterior princippet                     | 160 |
| 1.4.4.4. Andre tilfælde                               | 161 |
| 1.4.5. Fortolkning af love med international baggrund | 161 |
| 1.4.5.1. Flere parallelle tekster                     | 163 |
| 1.4.5.2. Internationale forarbejder                   | 163 |
| 1.4.5.3. Fremmed retspraksis og fremmed ret i øvrigt  | 164 |
| 1.4.5.4. Den internationale juridiske litteratur      | 165 |
| 1.5. Konklusion                                       | 165 |

|                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Retsspraksis. Fællesskabsdomstole og nationale domstole                     | 165 |
| 2.1. Prøvelsesretten                                                           | 165 |
| 2.2. EU's betydning for præjudikatdannelsen                                    | 167 |
| 2.3. Præjudikater                                                              | 167 |
| 2.3.1. Grunde der taler for eller imod at tillægge præjudikater retskildeværdi | 168 |
| 2.3.2. Hvilke aktørers afgørelser har præjudikatværdi for hvem?                | 169 |
| 2.3.2.1. Judicielle afgørelser                                                 | 169 |
| 2.3.2.2. Administrativ praksis                                                 | 174 |
| 2.3.3. De vigtigste præjudikatsamlinger                                        | 175 |
| 2.3.4. Fortolkning af præjudikater                                             | 176 |
| 2.4. Konklusion                                                                | 177 |

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| 3. Selvregulering ved aftaler og kutymmer               | 178 |
| 3.1. Retlig selvregulering og anden retlig regulering   | 178 |
| 3.2. Retssædvaner (kutymmer)                            | 179 |
| 3.2.1. Begreb                                           | 179 |
| 3.2.2. Betingelser                                      | 180 |
| 3.2.2.1. Almindelig, stadig og længe                    | 180 |
| 3.2.2.2. Følelse af forpligtelse                        | 180 |
| 3.2.2.3. Personkreds. Kendskab til sædvanen             | 180 |
| 3.2.2.4. Rimelighedsbegrænsning                         | 181 |
| 3.2.3. Retsområder, hvor sædvaner spiller en stor rolle | 181 |

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.3. Aftaleregulering                                                 | 183 |
| 3.3.1. Forholdet mellem lov og aftale                                 | 183 |
| 3.3.1.1. Begrebsmæssigt                                               | 183 |
| 3.3.1.2. Udviklingshistorisk                                          | 184 |
| 3.3.1.3. Deklaratorisk og præceptiv lovgivning                        | 184 |
| 3.3.2. Forholdet mellem aftaleregulering og kutyme og god skik regler | 185 |
| 3.3.3. Kontraktpraksis                                                | 186 |
| 3.3.3.1. Kontrakttyper                                                | 186 |
| 3.3.3.2. Den historiske udvikling                                     | 186 |
| 3.3.3.3. Eksempler på uniforme kontraktdokumenter                     | 187 |
| 3.3.3.4. Virksomheders kontraktpraksis                                | 187 |
| 3.3.3.5. Retsskildeværdien af kontraktpraksis                         | 189 |
| 3.3.4. EU og national kontraktret                                     | 190 |
| 3.4. Strategisk retshåndhævelse                                       | 192 |

|                                                   |     |
|---------------------------------------------------|-----|
| 4. Almindelige retsprincipper og forholdets natur | 194 |
|---------------------------------------------------|-----|

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| Kap V. Retsteorier mv | 197 |
|-----------------------|-----|

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Naturvidenskab, samfundsvidenskab, humaniora, eller hvad? | 198 |
| 2. De ældste lag                                             | 199 |
| 3. Naturretten                                               | 199 |
| 4. Retsskoleteori                                            | 201 |
| 5. Ældre dansk teori                                         | 202 |
| 6. Kelsens Rene Retslære                                     | 203 |
| 7. Realistisk retsteori                                      | 204 |
| 7.1. Amerikansk realistisk retsteori                         | 205 |
| 7.2. Skandinavisk realistisk retsteori                       | 205 |
| 7.2.1. Videnskabsteoretisk grundlag                          | 205 |

|                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| 7.2.2. Begrebsanalyser . . . . .                                   | 206 |
| 7.3. Ross' teori . . . . .                                         | 207 |
| 7.3.1. Begrebet gældende ret . . . . .                             | 208 |
| 7.3.2. Intet retskildehierarki . . . . .                           | 208 |
| 7.3.3. Prognoseteori . . . . .                                     | 209 |
| 7.3.4. Kompetencenormer og forholdsnormer (pligtenormer) . . . . . | 209 |
| 7.3.5. Ret og tvang . . . . .                                      | 210 |
| 7.3.6. Verifikation. Ekstern og intern gyldighed . . . . .         | 211 |
| 8. Kritik og tilpasning af den realistiske retsteori . . . . .     | 211 |
| 8.1. Kohærensteori . . . . .                                       | 212 |
| 8.2. Postmoderne retsopfattelse . . . . .                          | 213 |
| 8.3. Magt og marked . . . . .                                      | 214 |
| 8.3.1. EU-retten som markedsret . . . . .                          | 214 |
| 8.3.2. Et markedsorienteret gældbegreb . . . . .                   | 214 |
| 9. Retsøkonomi . . . . .                                           | 216 |
| Bibliografi . . . . .                                              | 219 |
| Sagregister . . . . .                                              | 227 |

## Kap I. Problemstilling og begreber

### 1. Problemstilling: Internationaliseringens konsekvenser for realistisk retsteori og den dertil knyttede retskildelære

Retsvidenskaben er en af Europas ældste videnskaber og samtidig en af de mest aktuelle i den forstand, at den retlige integration i Den europæiske Union er den side af den samfundsmæssige integrationsproces, der i dag (1995) er mest fremskreden. Det er således i højere grad sandt, at der eksisterer en retlig union, end at der eksisterer en politisk og økonomisk union. Unionsudviklingen har både praktisk og teoretisk været en stor udfordring for den juridiske videnskab.

Den dominerende retsteori i Danmark og de øvrige nordiske lande er den skandinaviske realistiske retsteori,<sup>1</sup> der opnåede en første kulmination i 1950'erne med Alf Ross som det førende navn i Danmark. Realistiske retsteorier har i en årrække haft stor gennemslagskraft i det nordiske og det angelsaksiske retsområde, mens de har spillet en mere perifer rolle i den kontinentaleuropæiske retstradition. Hovedtanken bag realistiske retsteorier er, at retsvidenskabelige udsagn skal handle om retten, som den faktisk er i den retlige virkelighed uden for den enkelte juridiske forfatter og også uden for det samlede juridiske forskersamfund. Udgangspunktet er, som Ross udtrykte det<sup>2</sup>

»at et normsystems gælden betyder dets evne til at fungere som tydningskema for et korresponderende sæt af sociale handlinger, de normative ideers reale substrat, således at det bliver muligt for os at forstå dette sæt af handlinger som en menings- og motivationssammenhæng og indenfor visse grænser forudsige dem. Denne evne hos systemet beror på, at normerne effektivt efterleves, fordi de opleves som socialt verbindende.«

Denne teori og dens gældbegreb ligger stadig til grund for det meste af den nordiske juridiske litteratur, bl a også for de to seneste danske fremstillinger

1. Hovedværket i dansk litteratur er Ross, Alf: Om ret og retfærdighed, Kbhvn 1953  
2. Ross, Alf: Om ret og retfærdighed, Kbhvn 1953 s 47