

Juridisk skolastik og judiciel aktivisme

af

Ole Krarup, professor, dr.jur.

Dette er en kasuistisk og personlig præsentation af et teoretisk og praktisk problemfelt i grænseområdet mellem dogmatikken og retssociologien, med eskorte af gamle kæpheste. Hovedsagen er at markere nogle rammer omkring en aktuel sag, nemlig Østre Landsrets sag 3. afd. B 0855-00, Folkebevægelsen mod EU m.fl. mod statsminister Poul Nyrup Ramussen. Sagens problem gennemgås i afsnit II. Hertil er knyttet en lang indledning (I) og en kort afslutning (III).

I Om den juridiske skolastik m.v.

1. Mit første møde med juraen efterlod mig i sin tid med en fascination af de juridiske ræsonnementers skolastiske fuldkommenhed. Senere fik jeg den opfattelse, at skolastikken udgør (et af) retsdogmatikkens immunforsvar over for den samfundsmæssige virkelighed. Dermed udgør skolastikken (en del af) forklaringen på retsdogmatikkens herredømme over retssociologien.

Hvad jeg sigter til med "den juridiske skolastik", kan jeg illustrere med en klassisk sag, nemlig Højesterets dom af 2. februar 1978 i sagen Fristaden Christiania mod Forsvarsministeriet, UfR 1978 side 315.

Dommen tog stilling til Christianias påstand, der lød på, at Forsvarsministeriet (som ejer af de arealer, der udgør de fysiske rammer om Christianias aktiviteter) havde været uberettiget til at stille krav om fristadens ophør, således som ministeriet (i overensstemmelse med folketingets vedtagelse herom) havde bestemt.

Den skolastiske ræsonnementsteknik manifesterer sig i indledningen til Højesterets præmisser (side 319), hvori Højesteret erklærer, at det er

“nødvendigt at fastslå, at hvis Christiania ikke i kraft af givne løfter har et *retligt krav* på at forsætte brugen af området, er *domstolene* udelukket fra ud fra de påberåbte *menneskelige og sociale hensyn* at tilkende Christiania en sådan ret” (udhævet her).

Udtalelsen virker på jurister næsten med en naturlovs autoritet; den taler til juristsjælen uden distraherende omsvøb: For jurister er intet mere selvfølgeligt end at domstolenes afgørelser bygger på “retlige” krav.

Sammenhængen mellem “retlige krav” og domstolenes kompetence er så elementær at den har fundet udtryk i Danmarks Riges Grundlov, nemlig § 64, 1. pkt. hvori det hedder;

“Dommerne har i deres kald alene at rette sig efter loven.”

Højesterets præmisser er i smuk overensstemmelse med denne grundlovsregel: “Menneskelige og sociale hensyn” kan ikke sidestilles med “loven”. I dommen hævdes det, at dette

“følger af den opdeling af statsmagtens funktioner i lovgivende, udøvende og dømmende magt, som er fastsat i Grundlovens § 3.”

"Retlige krav" er domstolenes opgave. "Menneskelige og sociale hensyn" henhører derimod under statens politiske organer. Derfor kan Højesteret proklamere, at "det eneste spørgsmål, som retten skal afgøre, (er) om Christiania i kraft af løfter fra regeringen har et retskrav ..."

Voilà!

2. §64 er et produkt af den renlivede retspositivisme: Dommerens opgave er at *anvende loven*, ikke at skabe ny ret. I overensstemmelse hermed har det utvivlsomt været den oprindelige forestilling at domstolene skulle være afskåret fra at basere domsafgørelserne på andet end *skreven ret*.

Men det kræver ikke noget større studium af retsteorien og retspraksis at overbevise sig om, at "loven" i Grundlovens § 64 omfatter andet og mere end skreven ret; på adskillige retsområder findes der simpelthen ikke udtømmende skreven ret. Men det hindrer - som bekendt - ikke domstolene i at udøve deres domsmagt. Alligevel postuleres det at § 64 overholdes: Det er - ikke mindst inden for den offentlige ret - en almindelig konstruktion, at retsgrundlaget for domstolenes afgørelser kan findes i såkaldte *retsgrundsætninger*. Dette er mest markant formuleret af Poul Andersen (Dansk Forvaltningsret, 4. udg. 1963 s. 43), hvor begrebet "retsgrundsætning" identificeres med retskildegrundlaget for domsafgørelser som

“opstiller og anvender regler, der ikke kan udledes af nogen lov, retssædvane eller analogi”.

Sådanne "retsgrundsætninger" er inkluderet i "loven" i Grundlovens § 64 og vil følgelig kunne danne basis for et "retligt krav" af den type der omtales i højesterets dom.

Her finder vi så den skolastiske indramning: Begreberne *retligt krav* og *loven* indgår i et cirkulært - altså lukket - ræsonnement:

Spørgsmål: Hvad skal domstolene lægge til grund?

Svar: "Loven" (jf. Grundloven § 64).

Spørgsmål: Hvad omfatter loven udover skrevne retsregler?

Svar: "Retsgrundsætninger".

Spørgsmål: Hvad betyder "retsgrundsætninger"?

Svar: Opstilling og anvendelse af regler, der ikke kan udledes af nogen lov, retssædvane eller analogi, d.v.s.: dommerskabt ret.

Ræsonnementets cirkularitet ligger i, at det sidste svar viser tilbage til det første spørgsmål: Til syvende og sidst fastlægges retsbegrebet med henvisning til de

forhold der faktisk lægges til grund af domstolene. Og det var det, der blev spurgt om.

Den skolastiske øvelse indebærer, at spørgsmålet om, hvorvidt de påberåbte "menneskelige og sociale hensyn" kan indgå i det retlige bedømmelsesgrundlag - via en dommerskabt aktivitet, der legitimeres som "retsgrundsætning" i samme øjeblik den formuleres af retten - ikke stilles, og følgelig heller ikke besvares.

3. Jeg brugte i mine yngre år en del mental energi på at analysere fænomenet teoretisk.¹⁾ Siden har jeg i forskellige sammenhænge (med vekslende held) forsøgt at udfordre skolastikken gennem en slags judiciel aktivisme, der består i at stille spørgsmål og formulere retskrav, der ikke i henhold til allerede eksisterende lovgivning og andre retskilder er anerkendt som gældende ret, men som rummer et så tungtvejende samfundsmæssigt potentiale eller konfliktstof, at spørgsmålet om en retlig problematisering er relevant.

Disse to sammenhængende aktiviteter - den førstnævnte teoretiske og den sidstnævnte praktiske - udgør den overordnede ramme for det følgende. Min tanke med dette indlæg er ikke at analysere mig frem til samlede eller sammenfattende konklusioner²⁾; det lader sig muligvis ikke gøre, i hvertfald ikke her; derimod er min ambition med det følgende at kaste lys over de nævnte aktiviteter gennem eksemplificerende drøftelser, i særdeleshed den nævnte retssag, Østre Landsrets sag 3. afdeling B-0855-00, Folkebevægelsen mod EU m.fl. mod statsminister Poul Nyrup Rasmussen.

4. Det hører med til billedet af Christiania-sagen, at forsøget på at inddrage de påberåbte "menneskelige og sociale hensyn" som en del af det retlige afgørelsesgrundlag explicit blev afvist af Højesteret, der udtaler (side 320):

"Der kan demæst ikke gives Christiania medhold i, at kravet om afvikling er uberettiget, fordi de sociale forudsætninger for en afvikling ikke er tilstede. De problemer, der opstår i denne henseende, må løses af myndighederne i forbindelse med afviklingen".

Der er to bemærkninger at føje til denne erklæring.

Den første drejer sig om bærekraften i Højesterets afvisning af overhovedet at *overveje* to bemærkelsesværdige forhold, nemlig (1) hvorvidt det samlede massiv af sociale konflikter, som manifesterede sig på Christiania kunne udløse socialretlige forpligtelser i tilknytning til en tvangsmæssig rømning (på basis den dagældende bi-

-
1. Dette er hovedsagen i min afhandling, Øvrighedsmyndighedens Grænser (1969), særlig kapitel 1.
 2. Af samme grund knytter jeg ikke drøftelserne sammen med den traditionelle problematik om legal-strategi, og jeg diskuterer heller ikke de teorier der knytter sig til den politiske retssag. Dette udelukker ikke, at jeg anvender synspunkter fra de nævnte teori-felter.

standslov), samt (2) hvorvidt et afviklingskrav fra regeringen (som ejer) er knyttet til en høringspligt med særlig henblik på opfyldelse af de socialretlige forpligtelser.³⁾

Tilsvarende bemærkelsesværdigt er det, at Højesterets dom, der fastslog en pligt for Christiania til øjeblikkelig rømning, var uden effekt: 14 dage efter dommens afsigelse vedtog folketinget, at Christiania ikke skulle rømmes.

Man kan vælge at tyde dette forløb - stik modsat - som udtryk for, at Højesteret netop har haft en heldig hånd m.h.t. at skelne den retlige side af sagen (der afgøres af domstolene) fra den politiske (der forvaltes af folketing og regering).

Men Højesterets indskrænkning af det retlige rum (d.v.s. afvisning af de socialretlige og offentligretlige pligter) er hasardspil med retssikkerheden, eftersom regeringen var part i retssagen og herunder agerede på basis af folketingets beslutning om afvikling.⁴⁾ En sådan proceskonstellation tilsiger - i overensstemmelse med traditionelle retsstatsprincipper - betydelig forsigtighed m.h.t. at bortdømme de "menneskelige og sociale hensyn" som retlige - med den følge, at den suveræne bedømmelse af disse elementers betydning overlades til den ene procespart, nemlig regeringen.

Hvis procesforløbet bedømmes som en samlet politisk aktion med henblik på at bevare fristaden, har disse overvejelser mindre betydning, eftersom der næppe kan herske tvivl om, at den omfattende bevisførelse til anskueliggørelse af "Christianias virkelighed" - selvom den primært havde retten som adressat - tillige har tjent til at overbevise folketingsflertallet om, at det ikke ville være politisk muligt at gennemføre en tvangsmæssig rømning.

Men i retslivet gælder det ikke, som i nutidens politik, at man "har et standpunkt, til man tager et nyt". Når processen anskues på retslivets vilkår, er det afgørende at dommen fungerer som præcedens. Som sådant kan det konstateres, at tidsånden ikke har været med Højesteret, idet de forhold, der af Højesteret blev forvist fra den retlige sfære, uden tvivl i dag ville indgå som betydningsfulde elementer i retlige ræsonnementer. Såvel de socialretlige som de almene offentligretlige pligter har i dag en tyngde, der ville gøre en gentagelse utænkelig. Muligvis var dommen anakronistisk allerede da den blev afsagt⁵⁾.

5. Den anden bemærkning går på, at den senest citerede erklæring fra Højesteret ("... ikke gives Christiania medhold i, at kravet om afvikling er uberettiget, fordi de sociale forudsætninger for en afvikling ikke er tilstede ...") slet og ret bryder indledningspræmissernes logik, idet det her dels proklameres, at domstolene er "udelukket fra" ud fra de påberåbte menneskelige og sociale hensyn at tilkende Christiania en (brugsret), dels (som følge heraf) udtales, at spørgsmålet om afgivne løfter er sagens "eneste" retsspørgsmål.

3. Jf. nærmere Juristen 1979 side 461 ff, særlig afsnit 5 og 6 (side 468 - 72) og min udgivelse Christianiadenommen med kommentarer (1977).

4. Særlig motiveret dagsorden af 30. marts 1976, hvori det bl.a. udtales, at "folketinget konstaterer, at aftalen mellem staten og Christiania udløber 1. april 1976". Se hertil Juristen 1979 side 475.

5. Jf. Juristen 1979, side 461 ff.

Ved et nærmere eftersyn springer det i øjnene, at Højesteret har foretaget en subtil glidning imellem de to citater:

- Indledningscitateret drejer sig om at "*tilkende* Christiania en sådan ret", mens
- påstanden i sagen (og domscitateret ovf. pkt. 4)) ikke drejer sig om *Christianias ret*, men om *regeringens pligt*.

Men der er tale om to forskellige retlige sammenhænge: Den omstændighed, at en offentlig myndighed har krænket sine pligter, indebærer ikke nødvendigvis, at domstolene "tilkender" den implicerede private part nogen ret - udover den "ret", der kan formuleres som en praktisk konsekvens af den offentlige modparts pligtkrænkelser. I dommens kontekst: Så længe regeringen ikke har opfyldt de offentligretlige og socialretlige forpligtelser, kan der ikke gennemføres noget krav om rømning. Dette er noget ganske andet - og langt mindre vidtgående - end at "tilkende Christiania en ... ret"⁶⁾.

II. En sag om offentligretlige pligter

6. Jeg har spurgt mig selv, om disse gamle travheste kan løbe endnu. Jeg har stillet spørgsmålet i forbindelse med forberedelsen af den omtalte aktuelle retssag, der verserer for Østre Landsret. Som det nærmere beskrives pkt. 7, drejer sagen sig om statsministerens *pligter* i forbindelse med afholdelse af folkeafstemninger. Sagen angår således (med de termer der er anvendt ovf. 5) ikke spørgsmålet om *borgernes ret* til at kræve en bestemt adfærd af offentlige myndigheder, jf. til illustration UfR 1972 side 903, hvor et søgsmål om den korrekte procedure for tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber blev afvist med henvisning til at det "så længe en lov ikke er kommet til eksistens, ligger uden for domstolenes kompetence at afgøre, om den af regeringen og Folketinget fastlagte fremgangsmåde for behandlingen af lovforslaget og om forslaget i sig selv måtte være i strid med Grundlovens bestemmelser". Domstolene kan ikke *pålægge* regering og folketing at følge en bestemt procedure - hvilket svarer til at "tilkende" borgerne en ret - men kan derimod *påtale pligtkrænkelser*, når myndighederne har handlet. Dette er (bl.a.) en følge af, at den offentligretlige domstolsprøvelse er efterfølgende.

7. Spørgsmålet om regeringens pligter med hensyn til information om de temaer der indgår i folkeafstemninger i medfør af Grundlovens § 20, blev første gang aktualiseret i forbindelse med folkeafstemningen om Amsterdam-traktaten. Den udløsende faktor var et internt og fortroligt brev fra Erhvervsministeriet, dateret 17. september 1997 - kort før regeringen fremsatte sit lovforslag om dansk tilslutning til traktaten.

Brevet, der er underskrevet af Erhvervsministeriets departementschef, er stilet til (1) Direktørkredsen, (2) Ledelsen i departementet, samt (3) Samtlige kontorchefer

6. Forskellen giver sig udslag i forskellige typer af domstolsprøvelse i medfør af Grundlovens § 63, idet prøvelsen kan være såvel definitiv ("tilkende en ret") som indefinitiv, d.v.s. underkendelse af en afgørelse som følge af offentlige myndigheders pligtkrænkelser.

og ACere i departementet. Det bærer overskriften "Beredskab op til afstemningen om Amsterdam-traktaten". I brevet refereres indledningsvis en regeringsbeslutning af 19. august, gående ud på, at "hver enkelt minister (blev) pålagt at spille en aktiv rolle i debatten op til afstemningen om Amsterdam-traktaten". Denne regeringsbeslutning gengives i brevet som følger:

"Statsministeren lagde på mødet op til
 - at der i hvert enkelt ministerium etableres en task force, der kan reagere omgående på negative historier og meldinger om EU (...)
 - at der generelt gøres en aktiv indsats for at informere om det bredere perspektiv med EU-samarbejdet."

Den i bilaget foreskrevne indsats med henblik på at "informere" forklares nærmere i det følgende afsnit i brevet. Det hedder her:

"Erhvervsministerens indsats er central bl.a. fordi den stigende EU-skepsis blandt tidligere ja-sigere (...) i høj grad udspringer af en negativ oplevelse af det indre marked. *Det er derfor en af erhvervsministerens centrale opgaver frem til afstemningen om Amsterdam-traktaten at arbejde for et ja*". (Udhævet her)

I brevet gives der detaljerede forholdsordrer m.h.t. organisering af "beredskabet", herunder morgenmøder, udpegning af ansvarlige, samt reaktionsprocedurer; brevet rummer desuden opfordring til, at "negative" nyheder omgående imødegås på basis af "svarudkast samme dag til "beredskabet", der herefter kan vurdere det videre forløb". Disse omfattende aktiviteter tjener efter sammenhængen til at løse erhvervsministerens foran citerede "centrale" opgave - "at arbejde for et ja".

Endelig rummer bilaget - under overskriften "Generel information om EU-samarbejdet" - en opfordring til alle styrelser m.v. til at "være opmærksomme på, hvorledes der kan gives relevant *og positiv* (udhævet her) information om EU-samarbejdet".

Få uger efter brevet udsendelse, 7. oktober 1997 fremsatte regeringen lovforslag (L.2) om dansk tilslutning til Amsterdam-traktaten. Lovforslaget blev vedtaget af Folketinget ved tredje behandling 7. maj 1998. I medfør af bekendtgørelse nr. 266 af 10. maj 1998 blev der afholdt folkeafstemning i henhold til Grundlovens § 20, stk. 2. Afstemningen blev afholdt den 28. maj s.å. Lovforslaget blev vedtaget med 55,1% af de afgivne stemmer for, 44,9% imod forslaget. Herefter blev loven stadfæstet som lov nr 322 af 6. juni 1998.

8. Spørgsmålet om regeringens informationspligt i forbindelse med folkeafstemninger har ikke, før dette brev blev kendt (hvilket skete ved en indiskretion fra en medarbejder), været rejst som et retligt problem. Spørgsmålet om skiftende regeringers pålidelighed og objektivitet i forbindelse med informationer om folkeafstemningstemaer har været betragtet som et politisk stridsspørgsmål, ikke som et retsspørgsmål.

Det budskab, der fremgår af brevet - og, må man gå ud fra, af den regeringsbeslutning, som brevet refererer - gør det imidlertid nærliggende at overveje, om en

regering, der vil fremme et lovforslag, som er undergivet obligatorisk folkeafstemning i medfør af Grundlovens § 20, er undergivet retlige bånd m.h.t. information om lovforslaget. Der kan argumenteres for, at regeringen har en pligt til at skaffe befolkningen korrekt og dækkende information om de forhold, der har betydning for udfaldet af folkeafstemninger afholdt i medfør af Grundlovens § 20. Til støtte for denne retsopfattelse kan det hævdes, at en regerings ubestridelige frihed til, på basis af sit *politiske* mandat, at drive agitation for en bestemt stemmeafgivning, begrænses af *retlige* pligter, der påhviler statsministeren (regeringen) som indehaver af et offentligt embede; i denne egenskab - modsat funktionen som partipolitikere - skal regeringens medlemmer iagttage objektivitet.

9. Spørgsmålet om betimeligheden af brevet og den refererede regeringsbeslutning - der jo implicerer en pligt for regeringens embedsmænd til at støtte ministrenes bestræbelser på at "arbejde for et ja" - blev rejst, men ikke afgjort, i forbindelse med debatten om Amsterdamtraktaten. Der blev stillet flere spørgsmål til statsministeren dels i Folketinget⁷⁾, dels i Folketingets Europaudvalg. I statsministerens talepapir til besvarelse af de sidstnævnte anføres følgende konkluderende bemærkninger:

"Sammenfattende var det statsministerens opfattelse, at der intet belæg - juridisk, fagligt eller etisk - var for at sætte spørgsmålstejn ved embedsværkets arbejde med gennemførelsen af regeringens lovforslag om Amsterdam-traktaten. Der var tale om en koordineret indsats for at fremme regeringens politik, herunder at sikre en saglig, korrekt og fyldestgørende information om EU-spørgsmål som helhed og om Amsterdam-traktaten i særdeleshed".

Statsministeren henviste bl.a. til de fagligt etiske principper, der er udarbejdet af DJØFs fagligt etiske arbejdsgruppe (september 1993).

I anledning af en klage til ombudsmanden meddelte denne 25. marts 1998, at han i medfør af ombudsmandslovens § 16, stk. 1 havde besluttet ikke at iværksætte en ombudsmandsundersøgelse. Hertil føjede ombudsmanden, at det efter hans opfattelse ikke er i strid med gældende ret eller god forvaltningsskik, at "medarbejdere i et ministerium - inden for lovgivningens rammer - forudsættes at yde bistand til ministerens politiske virksomhed".

Det afgørende er efter min opfattelse ombudsmandens forbehold: "inden for lovgivningens rammer". Pointen er en indre modsigelse mellem de to tilkendegivelser, der fremgår af statsministerens erklæring, nemlig på den ene side,

(1) at regeringens og embedsmændenes opgave - i henhold til statsministerens ovenfor citerede erklæring - er, "at sikre en saglig, korrekt og fyldestgørende information om EU-spørgsmål som helhed og om Amsterdam-traktaten i særdeleshed", på den anden side,

7. Jf. Folketingets Forhandlinger 1997/98 sp. 768-773.

(2) at denne objektive formidling - i henhold til ovenstående citat - gennemføres som led i "en koordineret indsats for at fremme regeringens politik, der (som det fremgår af pkt. 7 ovenfor) går ud på at "arbejde for et ja".

Med andre ord: Selvom embedsmændenes medvirken til de af sagsøgte foranstaltede "task force"-operationer i sig selv måtte være en tilladelig "bistand til ministerens politiske virksomhed", er det problematisk eller dog diskutabelt, om disse resultatorienterede aktiviteter fra embedsmandskorpsets side lovligt kan gøre det ud for - og præsenteres for vælgerbefolkningen som - "saglig, korrekt og fyldestgørende information".

Dette betyder igen, at en statsministers frihed til - i sin egenskab af politisk ansvarlig for såvel regeringen som det politiske parti, han repræsenterer - *som politiker* at agitere for en bestemt stemmeafgivning, bør adskilles nøje fra den objektive information, der tilvejebringes og formidles af statsministeren i dennes egenskab af *offentlig myndighed*; den sidstnævnte virksomhed kan i sagens natur ikke behæftes med ambitionen om at fremme et bestemt afstemningsresultat.

10. Er dette retligt relevant? Eller er der blot tale om demokratiske idealer i en aretlig diskurs?

Det følger af mine indledende pointer i afsnit I, at det endelige retsdogmatisk korrekte svar først er tilgængeligt, når retten har talt ud. Indtil da bevæger man sig i de samfundsmæssige argumenters åbne rum.

I dette rum kan problemet om regeringens objektivitetspligt præsenteres med udgangspunkt i sagsøgernes anbringender. Stævningen bygger på følgende hovedpunkter:

Hverken i Grundloven af 5. juni 1953 eller i senere lovgivning er der foreskrevet procedureregler, der nærmere regulerer den informationsproces, der tjener som grundlag for, at afstemning afvikles med fuld oplysning af det aktuelle tema; der findes således ikke skrevne regler, der pålægger regeringen konkrete pligter til at informere befolkningen udtømmende og korrekt om afstemningstemaerne.

Sagsøgerne går ud fra, at regeringen er forpligtet til objektivitet og alsidighed, når regeringen tilvejebringer og formidler information til befolkningen om afstemningstemaerne under en folkeafstemning.

Den informationspligt, sagsøgerne påberåber sig, har to sider: For det første gøres det gældende, at sagsøgte har en pligt til - af egen drift - at drage omsorg for at tilvejebringe og formidle oplysninger med henblik på, at afstemning afholdes på basis af korrekte, objektive og dækkende - i betydningen: så vidt muligt udtømmende - informationer om afstemningstemaerne, herunder om de mulige/sandsynlige konsekvenser af henholdsvis vedtagelse og forkastelse.⁸⁾

8. I forbindelse med ØMU-afstemningen vil denne pligt kunne opfyldes ved, at regeringen foranlediger uvildige undersøgelser af de tvivlsspørgsmål, der er knyttet til afstemningens temaer. Modellen finder vi i Sverige i den såkaldte Calmfors-rapport, jf. SOU 1996:158. Denne rapport er udarbejdet af uafhængige (universitets)forskere inden for økonomi. Den danske regerings tilsvarende udredninger er foretaget af Økonomi- og Finansministeriets embedsmænd, som statsretligt handler "på ministerens vegne", jf. rapporten, Danmark og (fortsættes...)

Uanset omfanget af sagsøgte således hævdede pligt til på eget initiativ at fremskaffe informationer, gør sagsøgerne dernæst gældende, at de informationer der udsendes af sagsøgte, skal være korrekte og udtømmende i betydningen: dækkende for det problemfelt, informationerne refererer til. Pligten udelukker både urigtige og vildledende informationer, altså også undertrykkelse/fortielse af relevante oplysninger.⁹⁾

Sagsøgerne har bebudet nærmere dokumentation for, at de påberåbte retsgrundsetninger ikke blot repræsenterer et demokratisk ideal, men at hertil svarende retspligter anerkendes i andre landes retssystemer.¹⁰⁾

For så vidt angår dansk praksis, henviser sagsøgerne til en række afgørelser om Danmarks Radios pligt til ligebehandling,¹¹⁾ samt til Højesterets kendelse af 3. november 1997, U.f.R. 1998 side 16, hvor der "...lægges vægt på, at indstævnte som offentlig myndighed har en naturlig forpligtelse til at medvirke til sagens oplysning".

At der gælder ulovbestemte pligter for regeringen - hvad enten disse pligter betegnes som retsprincipper, udfyldende retsregler eller dommerskabt ret - er velkendt i dansk offentlig ret, der rummer vigtige ulovbestemte pligter for alle indehavere af offentlig myndighed, bl.a. lighedsprincippet og forbudet mod magtfordrejning.

Efter sagsøgernes opfattelse er det en følge af folkeafstemningsprocedurens demokratiske funktion (som nærmere bestemt i Grundloven), at vælgerbefolkningen er velinformeret, hvilket (bl.a.) kræver, at folkeafstemning afholdes på grundlag af *politisk* debat, der føres på grundlag af *objektiv* og *udtømmende* information.

Sagsøgerne gør sammenfattende gældende,

- at statsministeren -

(1) dels med baggrund i sin autoritet (*legitimitet*) som indehaver af regeringsmagt, (2) dels som følge af sin særlige (i et vist omfang monopoliserede) *informationsadgang*,

8. (...fortsat)

Euroen (april 2000). Rapporten er da også renset for kritiske modforestillinger til dansk medlemskab.

9. Hertil hører f.eks. statsministerens udtalelse i slutningen af marts 2000 om fri udmeldelsesret.

10. Der sigtes bl.a. til den irske Højesterets dom i den såkaldte McKenna-sag, jf. nærmere Ann Scherlock's gennemgang i Public Law 1997 side 125 ff., særlig side 132 f. Dommen sætter snævre grænser for regeringens adgang til at anvende offentlige midler i agitationen for et bestemt afstemningsresultat. Det bemærkes, at Irland og Danmark udmærker sig i kredsen af EUs medlemslande ved at folkeafstemninger i disse lande indgår i de afgørende dele af EU-beslutningerne. Støtte findes endvidere i en enkelt afgørelse fra EMRD og tilsvarende fra den tyske Forfatningsdomstol, BVerfGE. Endelig har det engelske underhus i maj måned 2000 vedtaget begrænsninger i regeringens adgang til at anvende offentlige midler til politisk agitation ("Political Parties, Elections and Referendums Bill").

11. Først og fremmest UfR 1960 side 33.

(3) dels i kraft af statsapparatets meget omfattende *ressourcer* - har en retlig forpligtelse til at fremskaffe og formidle alle for afstemningen relevante oplysninger om de temaer, der indgår i en besluttet folkeafstemning,

- at den information, der udsendes på sagsøgtets (regeringens) ansvar, skal være objektiv, korrekt og dækkende, d.v.s. så vidt muligt udtømmende, samt loyal over for begge afstemningens valgmuligheder (ja/nej), og endelig

- at regeringen er uberettiget til at benytte statens ressourcer, regeringsapparatets viden(s)monopol og statsmagtens autoritet til at forskelsbehandle Ja- og Nejsiden ved at søge at fremme et bestemt afstemningsresultat.

III. Hvad så?

11. Om domstolene vil realitetsbehandle sagen, og om sagsøgerne vil få helt og delvis medhold, skal jeg ikke drøfte her. Min fremlæggelse har baggrund i, at den omtalte sag hører hjemme i et overset hjørne af den retssociologiske teori: bevægelsen fra den samfundsmæssige diskurs til det retlige rum, altså en grænseflade mellem retsdogmatikken og retssociologien. Man kan anstille overvejelser over de bevæggrunde der i sin tid førte til, at andre ulovbestemte pligter blev gennemsat, herunder bl.a. samspillet mellem de demokratiske idealer og de magtpolitiske konstellationer, der til enhver tid har gennemslagskraft. Der er adskillige fortilfælde.

Og heri stof til langt flere spørgsmål end svar.