

SV. GRAM JENSEN

# Almindelig retslære

EN INTRODUKTION

3. udgave



Jurist- og Økonomforbundets Forlag

1998

*Almindelig retslære*

En introduktion

3. udgave

© 1998 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

Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 1998

ISBN 87-574-5452-3

Forlagets adresse:

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Gothersgade 133

Box 2126

1015 København K

Tlf: 33 95 97 00

Fax: 33 95 99 97

e-mail: fl@djoef.dk

Homepage-adresse: <http://www.djoef.dk/flhome.htm>

## Forord

Den hermed foreliggende 3. udgave af *Almindelig retslære. En introduktion* er et, stort set uændret, optryk af 2. udgave fra 1993.

Med henblik på at forenkle og forkorte fremstillingen har jeg dog i kapitel 3 om forholdsnormer og kompetencenormer udeladt det meste om kompetencenormerne. Dette betyder ingeniunde, at jeg på dette punkt har ændret anskuelser. (Fremstillingen i den foregående udgave vil således fortsat være af interesse for den, der måtte ønske at se, hvordan man med udgangspunkt i begrebet »det retlige ansvar« kan beskrive kompetencenormens fremtrædelsesformer).

At bogens omfang alligevel er forøget skyldes, at jeg har tilføjet et appendiks. Dette appendiks indeholder en artikel, hvori jeg har behandlet de centrale begreber »ret« og »retfærdighed«. Artiklen har tidligere været trykt i tidsskriftet *Juristen* 1996, og den bringes her med tilladelse fra tidsskriftets redaktion. I det foreliggende optryk har jeg benyttet lejligheden til at foretage nogle småændringer og tilføjelser. Derimod har jeg intet gjort for at undgå, at der i optrykket af artiklen forekommer gentagelser af noget, der allerede er fremgået af den foranstående fremstilling. Gentagelsens betydning er et pædagogisk princip, jeg villigt vedkender mig. *Repetitio est mater studiorum.*

Brøndbyøster, den 5. januar 1998

*Sv. Gram Jensen*

# Indholdsfortegnelse

## **Kapitel 1: Indledning**

- |  |    |
|--|----|
| 1. Hvad er retslære? . . . . .                                       | 11 |
| 2. Retslærens rod i det 17.<br>og 18. århundredes naturret . . . . . | 16 |
| 3. Retslæren i Danmark i det 19. og<br>20. århundrede . . . . .      | 18 |
| 4. Plan for fremstillingen   | 20 |

## **Kapitel 2: Retfærdighed**

- |   |    |
|---|----|
| 1. Er retfærdighed et retligt grundbegreb?                      | 23 |
| 2. Retfærdighedsbegrebet i rationalistisk<br>naturret . . . . . | 23 |
| 3. Teoretiske ctr. praktiske udsagn . . . . .                   | 25 |
| 4. Ross om materiel retfærdighed . . . . .                      | 28 |
| 5. Retfærdighed som en social/kulturel<br>vurdering . . . . .   | 30 |
| 6. Ross om formel retfærdighed                                  | 33 |

## **Kapitel 3: Forholdsnormer og kompetencenormer**

- |  |    |
|--|----|
| 1. Det retlige ansvar . . . . .                            | 35 |
| 2. Byrder og ikke-byrder . . . . .                         | 36 |
| 3. Et konkret eksempel<br>(færdelseslovens § 80) . . . . . | 37 |
| 4. Generaliseringer ud fra eksemplet . . . . .             | 38 |
| 5. Hohfelds begrebsanalyse . . . . .                       | 41 |
| 6. Forholdsnormens fremtrædelsesformer . . . . .           | 43 |

7. Ansvars-terminologi ctr. pligt-terminologi . . . . .	44
8. Kvintessens . . . . .	46

**Kapitel 4: Ret og moral**

1. Indledning . . . . .	49
2. Naturret ctr. retspositivisme . . . . .	50
3. Spørgsmålet om naturrettens eksistens henhører under moralfilosofien . . . . .	57
4. Transcendent og immanent kritik af naturretten . . . . .	57
5. Det etiske ræsonnements struktur	59
6. Rekapitulation	60

**Kapitel 5: Gældende ret**

1. Retsdogmatik ctr. retspolitik	63
2. Ross' gældbegreb . . . . .	63
3. Kritik af Ross' prognoseteori . . . . .	68
4. Et alternativ til prognoseteorien . . . . .	70
5. Rekapitulation . . . . .	75

**Kapitel 6: Retskilderne**

1. Retskildelæren i det 18. og 19. århundrede . . . . .	77
2. Retskildelæren i det 20. århundrede . . . . .	79
3. Retskildebegrebet . . . . .	84
4. Hvor mange retskilder gives der?	92
5. Love og lovforarbejder . . . . .	93
6. Præjudikater . . . . .	95
7. Administrativ praksis . . . . .	100
8. Retssædvaner og kutymmer . . . . .	102
9. Den juridiske doktrin	107
10. Forholdets natur . . . . .	107
11. Almindelig ctr. speciel retskildelære	115

## **Kapitel 7: Lovfortolkning**

1. Et konkret eksempel (retspejlelovens § 750) . . . . .	119
2. To fundamentale distinktioner inden for fortolkningslæren . . . . .	121
3. Subjektiv ctr. objektiv lovfortolkning . . .	123
4. Fortolkningsvarianterne . . . . .	132
5. Modsætningslutningen . . . . .	136
6. Analogislutningen . . . . .	137
7. Modsigelse imellem lovregler	138
8. Den juridiske metode er en argumentationsteknik	141

## **Kapitel 8: Sammenfatning**

1. Analytisk retsteori . . . . .	147
2. Teoretisk retslære	147
3. Praktisk Retslære . . . . .	148
4. Tilbageblik på bogens indhold . . . . .	150

<b>Sagregister</b> . . . . .	153
------------------------------	-----

<b>Navneregister</b>	156
----------------------	-----

<b>Domsregister</b> . . . . .	159
-------------------------------	-----

### **Appendiks:**

<b>Om begreberne »ret« og »retfærdighed«</b> . . .	161
--	-----

## KAPITEL 1

# Indledning

1. I henhold til bekendtgørelse nr. 698 af 21. juli 1994 om uddannelser i jura på universiteterne omfatter bacheloruddannelsen bl.a. et fag, der består af disciplinerne retshistorie, almindelig retslære og retssociologi.

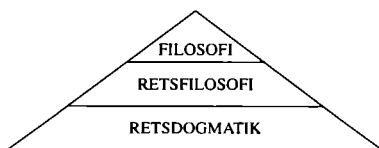
Substansen i disciplinen *almindelig retslære* udgøres af en analyse af nogle retlige grundbegreber tilligemed en fremstilling af retskildelæren. Stort set samme emnekreds finder man undertiden behandlet under andre betegnelser som f.eks. *retsfilosofi* eller *almen retsteori*. Men som Shakespeare så smukt har udtrykt det i sit skuespil »Romeo og Julie« (II,2) i en replik, der lægges Julie i munden:

Hvad er et Navn? den Blomst, vi kalde Rose,  
vil dufte lige sødt, hvordan den kaldes.  
Edv. Lembckes oversættelse

Selv om den almindelige retslære betragtes som en juridisk disciplin, indtager den dog en særstilling derved, at den i modsætning til andre juridiske discipliner ikke har til formål at yde noget bidrag til beskrivelsen af den i Danmark gældende ret (retsdogmatikken eller retsvidenskaben i snævrere forstand). Retsdogmatikkens dyrkere løser denne opgave ved at indsamle og bearbejde (analysere og systematisere) et materiale bestående af regler og afgørelser. Resultaterne

af sådanne retsdogmatiske undersøgelser udmøntes i retlige udsagn, hvori det hævdes, at dette eller hint er gældende ret. Hvad der så nærmere ligger i, at det i et retligt udsagn påstås, at noget er gældende ret, er det herefter en retsfilosofisk opgave at belyse.

Alf Ross har i sit skelsættende værk *Om ret og retfærdighed* (1953) givet en træffende formulering af forholdet mellem retsfilosofi og retsdogmatik: »Retsfilosofiens genstand er ikke retten, nogen del eller side af denne, men retsvidenskaben. Retsfilosofien bor, så at sige, en etage højere end retsvidenskaben og 'ser ned' på denne« (a.st. s. 35). Preben Stuer Lauridsen tilslutter sig i *Retslæren* (1977) dette synspunkt, når han betegner retslæren som »dogmatikkens metafag« (a.st. s. 17). Et metafag har et andet fag som sin genstand,\* jfr. meta-kritik i betydningen kritik af (spec.: litterær) kritik. Filosofi udgør i overensstemmelse hermed retsfilosofiens metafag, hvorfor vi har et hierarki, der er således opbygget:



Til det anførte vil jeg dog føje den modifikation, at karakteristikkene af den almindelige retslære som retsdogmatikkens metafag alene har gyldighed for den del af disciplinen retslære, der i det følgende vil blive betegnet som den teoretiske retslære, hvorimod den praktiske retslære henvender sig til såvel retsteoretikere

\* 1. led af ordet er græsk *metá* og betyder »efter«.



som retsudøvere, se herom nedenfor afsnit 4 samt kap. 6 (afsnit 3).

*Om ret og retfærdighed* har som undertitel »En indførelse i den analytiske retsfilosofi«, og i dette værk fremlægger Ross »frugten af retsfilosofiske studier gennem op mod 30 år«. Stuer Lauridsen karakteriserer i *Retslæren* traditionen i dansk retsteori som *realistisk* og *analytisk* og vil med sin bog videreføre denne tradition.

Den retsteori, der skitseres i nærværende bog, beskæftiger sig med de retlige grundbegreber og er derfor *analytisk*. Som det vil fremgå af kap. 4 (afsnit 4), afviser den eksistensen af en naturret og er derfor også *realistisk*.\*

Imidlertid er *analytisk retsteori* kun én blandt flere gængse retsteorier. Den analytiske retsteori, der anses for grundlagt af John Austin (1790-1859), har sine tilhængere bl.a. i England, i Nordamerika og i Skandinavien. I Sydeuropa og i Latinamerika er den lidet værdsat, her sværger man i hovedsagen til *den katolske retsteori*. Og i de socialistiske stater – i det omfang der overhovedet eksisterer sådanne efter de store omvæltninger i øst – er *den marxistiske retsteori* (også be-

\* Allerede på dette sted skal det bemærkes, at den her fremlagte teori ikke er realistisk i Ross' forstand derved, at det *ikke* postuleres, at retsdogmatiske udsagn kan tolkes som teoretiske udsagn (nærmere bestemt: empiriske påstande, der enten er sande eller falske). Tværtimod antages det i kap. 5 (afsnittene 4 og 5), at retsdogmatiske udsagn intet andet er end praktiske udsagn, der hverken kan være sande eller falske.

Sondringen mellem teoretiske udsagn og praktiske udsagn vil blive nærmere omtalt i kap. 2 (afsnit 3).

nævnt: den materialistiske stats- og retsteori) sædvanligvis fremherskende. Katolsk og marxistisk retsteori vil ikke blive omtalt i nærværende fremstilling.

Fsv. angår marxistisk retsteori finder man en fortegnelse over den på dansk foreliggende litteratur i Jens Søndergaard: *Dansk juridisk bibliografi 1972-80, 1981-84 og 1985-87* (se under C.1b i afsnit VIII: Dansk juridisk litteratur i systematisk orden). Specielt skal det nævnes, at det nordiske juridiske tidsskrift *Retfærd* (1976 ff.), der oprindeligt betegnede sig selv som et »Tidsskrift for marxistisk retsvidenskab«, indeholder adskillige bidrag til den materialistiske stats- og retsteori.

Derimod foreligger der ikke meget på dansk om katolsk retsteori. I dansk oversættelse foreligger dog de vigtige kildekrifter *Vort sociale ansvar i den økonomiske udvikling* (1961) og *Fred på jorden. Om folkenes fred grundlagt på sandhed, retfærdighed, kærlighed og frihed* (1963), hvori pave Johannes 23. har givet autoritative udtryk for grundlæggende katolske retsideer. Men bortset fra den kortfattede omtale af den katolske retsteori i nutiden hos Tore Strömberg: *Retsfilosofiens historie i omrids* (1984) § 13 findes såvidt ses kun et par artikler om naturen af henholdsvis L.B. Fabricius og Leo Hulsrøj i tidsskriftet *Catholica* 1944 s. 145 ff. og 1956 s. 122 ff.

Om den almindelige retslæres opgaver hersker der delte meninger. For den danske retslitteraturs vedkommende kan der henvises til Alf Ross' grundlæggende afhandling »Retsfilosofiens problem«, *SvJT* 1952 s. 701 ff., der med uvæsentlige ændringer er optrykt i *Om ret og retfærdighed* som kap. I. Se også Preben Stuer Lauridsen: *Retslæren* kap. I.

For svensk retslitteraturs vedkommende kan henvises til Tore Strömberg: »Uppgifter för den allmänna rättsläran«, *Statsvetenskaplig tidsskrift* 1962 s. 271 ff., Lars Hjerner: »Den allmänna rättsläran – ett nytt ämne och något om dess uppgifter«, *SvJT* 1966 s. 577 ff. og Ivar Agge: »Några ord om den allmänna rättsläran och dess ämnesområde«, *SvJT* 1969 s. 156 ff.

Se også Stig Strömholm: *Allmän rättslära* (6:e upplagan, 1988) kap. 1.

Hvilke emner, der skal medtages i en introduktion til den almindelige retslære, afhænger af traditionen. Herhjemme tilsiger denne, at retlige grundbegreber som »retfærdighed« og »gældende ret« skal gøres til genstand for analyse, ligesom en begynderbog bør indeholde en fremstilling af retskildelæren, dvs. en omtale af retskilderne og de generelle principper for (lov)fortolkning. Herudover beror det i høj grad på skøn og personlige præferencer, hvilke emner der behandles. Nærværende introduktion indeholder således en ret indgående fremstilling af læren om forholdsnormer og kompetencenormer, hvorimod forholdet mellem ret og moral kun er summarisk behandlet. Det sidstnævnte emne er også stedmoderligt behandlet i *Om ret og retfærdighed* § 12, men Ross har andetsteds (bl.a. i en artikel i *TJR* 1963, der vil blive omtalt i kap. 4) beskæftiget sig indgående med forholdet mellem ret og moral. *Retslæren* indeholder ikke noget selvstændigt afsnit herom, selv om problemstillingen ellers turde høre til de klassiske.

På to punkter adskiller nærværende introduktion sig markant fra Ross' og Stuer Lauridsens langt mere omfattende lærebøger. Den indeholder ikke nogen oversigt over de retlige ideers historie, og den beskæftiger sig ikke med retsfilosofiske problemer i relation til retspolitik.

Tore Strömberg har med *Retsfilosofiens historie i omrids* (1984) leveret en kortfattet og klar oversigt over de retlige ideers historie. Det kan også anbefales læsere, der ikke lader sig afskrække af tekster på engelsk og svensk, at studere Stig Strömholm: *A Short History of Legal Thinking in the West* (1985) og den dertil

knyttede antologi *Rättsteoretiska klassiker* (1988), udgivet af Stig Strömholm og Åke Frändberg.

For en omfattende fremstilling af retsfilosofiske problemer i relation til retspolitikken se *Om ret og retfærdighed* kap. X-XVII og hertil *Retslæren* § 16. Det skal bemærkes, at medens Ross betragter retspolitik som *anvendt retssociologi*, så anskuer Stuer Lauridsen det retspolitiske problem som et *analogiproblem*. Se endvidere sidstnævnte forfatters disputats *Studier i retspolitisk argumentation* (1974) samt debatten mellem Ross og Stuer Lauridsen i *UfR* 1975 B, henholdsvis s. 229 ff. (især s. 232-235) og s. 236 ff. (især s. 236-237). Endelig kan der henvises til Preben Stuer Lauridsen: *Om ret og retsvidenskab* (1992) kap. 7.

2. Den almindelige retslære har sin rod i den naturret, der vil blive omtalt nærmere i kap. 2 og 4. På dette sted vil det være tilstrækkeligt at fastslå, at bag naturretten ligger *forestillingen om en af tid og sted uafhængig retsorden*, en evig og uforanderlig ret gældende for alle folkeslag. På denne forestilling opbyggede det 17. og 18. århundredes rationalister (*ratio* = fornuft) et helt system af naturretlige regler. Blandt disse systembyggere kan nævnes Samuel Pufendorf, hvis tanker introduceredes i Danmark af ingen ringere end Ludvig Holberg (1684-1754). Holbergs *Introduction til Naturens og Folke-Rettens Kundskab* (1716) fandt god afsætning, skønt den kun var et kompilationsarbejde. I forfatterens levetid kom den i ikke færre end fem editioner, og efter hans død udkom en sjette i 1763.

Den 5. edition af *Naturens og Folke-Rettens Kundskab* (1751) er i 1969 blevet genoptrykt (med indledning og noter ved F.J. Billeskov Jansen) i 1. bind af *Ludvig Holberg: Værker i tolv Bind*.

Se hertil Kåre Foss: *Ludvig Holbergs naturrett på idéhistorisk bakgrunn* (Oslo 1934), hvor man i tilgift får en bred fremstilling af naturrettens historie (s. 23-357).

Holbergs »Introduction« fandt først sin afløser i en af Lauritz Nørregaard (1745-1804) forfattet fremstilling af *Natur- og Folke-Rettens Første Grunde* (1776). En revideret udgave udkom i 1784, og i forordet til denne bemærker forfatteren beskedent: »Jeg sagde eengang, 'at den studeerte Læser ei vilde finde synderligt Nyt, og at han aleene saae i Dansk det, han for det meeste hos mange andre i forskjellige Sprog havde læst.' Jeg siger det samme igien; thi det er Sandhed.« Og det er vist og sandt. Hvad Pufendorf har været for Holberg, har Christian Wolff været for Nørregaard.

Et tredje naturretligt system på dansk skyldes Johan Frederik Wilhelm Schlegel (1765-1836), der var stærkt påvirket af Immanuel Kants filosofi. Således anmeldte Schlegel i universitetets lektionskatalog for sommersemestret 1797, at han ville læse over såvel naturretten som folkeretten, alt efter filosofiens principper, således som disse er forbedrede af Kant. Men i lektionskatalogen for sommersemestret det følgende år hedder det, at han offentligt vil gennemgå den almindelige statsret og folkeret efter sit eget system, der snart vil foreligge trykt. Dette skete også, idet Schlegels *Naturrettens eller den almindelige Retsslæres Grundsætninger I-II* udkom i 1798. Anden forbedrede udgave af dette værk forelå i 1805.

Ved forordning af 26. januar 1821 fastsattes det, at det juridiske studium skulle omfatte otte fag, hvoraf et benævntes som den almindelige retslære (natur-, folke- og statsretten). Der var dog alene tale om et navneskifte, hvorved fagets substans forblev uændret. Så sent som i lektionskatalogen for vintersemestret 1839/40 anmeldte Mathias Hastrup Bornemann (1776-1840) at ville afholde offentlige eksaminatorier over naturret.

**3.** Først med Frederik Christian Bornemann (1810-1861), der efterfulgte faderen – den ovennævnte M.H. Bornemann – som professor ved Københavns Universitet, ophørte undervisningen i naturet. Efter den yngre Bornemanns alt for tidlige død overtog Carl Goos (1835-1917) den almindelige retslære, som han docerede indtil 1892, da Viggo Bentzon (1861-1937) trådte til. Sidstnævnte blev fra 1912 bistået af Frederik Vinding Kruse (1880-1963), der i 1930 – ved Bentzons afgang – fik faget overdraget.

Af det 19. århundredes retsfilosofiske litteratur mærkes F.C. Bornemanns posthumt udgivne *Foredrag over den almindelige Rets- og Statslære*, Samlede Skrifter, 1. bind (1863) og sammes *Forelæsninger over den nyere Retsphilosophies Historie*, Samlede Skrifter, 5. bind (1866-68) samt C. Goos: *Forelæsninger over den almindelige Retlære I-II* (1885-92). Og af litteraturen fra det 20. århundredes første halvdel noteres Viggo Bentzons (desværre ufuldførte) fremstilling af læren om *Retskilderne* (1900-07) og Vinding Kruses digre to binds værk *Retslæren* (1943) samt Knud Illum: *Lov og Ret* (1945).

Som noget særegent for ældre dansk retsfilosofi skal det fremhæves, at faget som oftest har været varetaget af mænd, der var dybt fortrolige med det praktiske retsliv. Om størsteparten af de ovennævnte forfattere kan det i øvrigt siges, at det først og fremmest er deres fortjenstfulde indsats inden for retsdogmatikken, der vil bevare deres navn for efterverdenen. Goos var (ligesom Bornemann) kriminalist, Bentzon beskæftigede sig hovedsageligt med person-, familie- og arveret, og Vinding Kruse er især blevet bekendt for sit monumentale værk om ejendomsretten. Deres optagethed af retsdogmatik-

ken samt deres talrige praktiske gøremål måtte selvsagt begrænse den tid, de kunne vie til retsfilosofien.

Ved Vinding Kruses afgang i 1950 overtog Alf Ross (1899-1979) den almindelige retslære. Ross efterfulgtes i 1969 af Mogens Koktvedgaard (f. 1933), der varetog faget indtil 1977, da Preben Stuer Lauridsen (f. 1940) udnævntes til professor i retslære. I sin embedsperiode (1977-95, der var afbrudt af langvarige orlovsperioder) udgav Stuer Lauridsen de allerede anførte lærebøger: *Retslæren* (1977) og *Om ret og retsvidenskab. Lærebog i almindelig retslære* (1992). Siden 1996 varetages faget af Henrik Zahle (f. 1943).

Vedrørende Ross' *Om ret og retfærdighed* (1953) skal på dette sted kun siges, at dette værk udgør en hovedhjørnesten inden for den danske retslitteratur. Også uden for landets grænser har værket vakt berettiget opmærksomhed, således er det blevet oversat til engelsk, italiensk og spansk. I sit skrift om *Immanuel Kant* (1968) nævner Justus Hartnack, at inden for filosofien er den påstand blevet fremført, »at man efter Kant kan filosofere mod Kant eller med Kant men aldrig uden Kant«, og at denne påstand indeholder en kerne af sandhed. Inden for retsfilosofien gælder for Ross' vedkommende noget tilsvarende herhjemme. Ross' retsteori har nemlig haft en vældig gennemslagskraft blandt danske jurister, se til illustration heraf det i kap. 2 (afsnit 4) og kap. 6 (afsnit 10) om det materielle retfærdighedsbegreb anførte. Og efter Ross' fremtræden i retslitteraturen kan man ikke slippe for at tage stilling til hans, ofte skarpt formulerede, standpunkter til de centrale problemstillinger inden for den almindelige retslære.

Stuer Lauridsens vurdering af Ross' retsteori synes at være undergået en markant ændring fra *Retslæren* (1977) til *Om ret og*

*retsvidenskab* (1992). Man sammenligne førstnævnte værk s. 121 med sidstnævnte værk s. 43. I *Retslæren* hedder det om Ross' retsteori: »Denne teori er, når bortses fra Kelsens rene retslære, formentlig den mest omfattende og konsistente retsteori, der i nyere tid indtil videre har set dagens lys. Ikke blot inden for realismen men i det hele taget«. I *Om ret og retsvidenskab* omtales Ross derimod i vendinger, hvori Stuer Lauridsen stempler ham som en blot og bar epigon af den østrigsk-amerikanske retsfilosof Hans Kelsen (1881-1973).

**4.** Den almindelige retslære kan opdeles i to hovedbestanddele: teoretisk retslære og praktisk retslære.\* Den teoretiske retslære beskæftiger sig med de retlige grundbegreber og med retssystemets logiske struktur og dets systematiske inddeling, og i tilslutning til fremstillingen af disse emner gives der ofte en redegørelse for retsteoriernes historiske udvikling. Den praktiske retslære har som sin genstand retskilderne og læren om lovfortolkning. I overensstemmelse hermed falder nærværende fremstilling i to dele. I første del (kap. 2-5) redegøres der for nogle emner, der alle henhører under den *teoretiske* retslære, hvorimod der i anden del (kap. 6-7) gives en fremstilling af hovedtrækkene i en *praktisk* retslære.

Første del indeholder en analyse af begreberne *retfærdighed* (kap. 2) og *gældende ret* (kap. 5) samt en behandling af emnet *forholdsnormer og kompetencenormer* (kap. 3), hvortil kommer nogle bemærkninger om forholdet mellem *ret og moral* (kap. 4).

Anden del indeholder en analyse af retskildebegrebet og rummer i øvrigt en omtale af nogle udvalgte *retskilder* (kap. 6). Dernæst følger der et afsnit om *lovfor-*

\* En tilsvarende terminologi anvendes af Ivar Agge i *SvJT* 1969, se a.st. s. 161 f.



*tolkning* (kap. 7), hvori der også vil blive fremsat nogle bemærkninger om den såkaldte juridiske metode.

Tilsammen skulle de to dele danne et hele, hvori der gives en for begynderne tilrettelagt indføring i de emner, som efter traditionen udgør kerneområdet inden for den almindelige retslære. Fremstillingen afrundes med en *sammenfatning* (kap. 8). Bagest i bogen findes tre registre.

## KAPITEL 2

# Retfærdighed

1. Hvorvidt *retfærdighed* hører til de retlige grundbegreber, er et spørgsmål, som skiftende tiders retsteorier har givet højest forskellige svar på. Yderstandpunkterne indtages af Hugo Grotius i det 17. århundrede og Alf Ross i det 20. århundrede. For Grotius og den rationalistiske naturret fremstod retfærdighed som selve grundbegrebet. Omvendt hævdede Ross med ensidighedens styrke, at retfærdighed er et tomt begreb, og at retfærdighedsideologien er en kamp-attitude af biologisk-følelsesmæssig art, som man puster sig op til for uforsonligt og blindt at forsvare visse interesser.

2. Naturretten har rødder dybt tilbage i den antikke og middelalderlige forestillingsverden. At der skulle gives en evig og almengyldig ret, begrundet i selve naturens orden, er en antagelse, som oprindeligt er opstået i Hellas. Og i det 13. århundrede udformede Thomas Aquinas den katolske naturretsfilosofi, der den dag i dag blomstrer i Sydeuropa og i Latinamerika.

Den form for naturret, som har spillet den største rolle i de ikke-katolske lande i Mellem- og Nordeuropa, er imidlertid den rationalistiske naturret, hvis første navn er hollænderen Hugo Grotius. Hans skelsættende værk *De jure belli ac pacis libri tres* udkom i Paris i 1625. At Grotius hermed indvarsler noget nyt, fremgår allerede af en ofte citeret passus (*proleg. II*) fra fortalen til de tre bøger om krigens og fredens ret: »Hvad vi hidtil har

sagt, ville vedblivende have en vis gyldighed, også selv om vi ville medgive det, som ikke kan indrømmes uden den højeste grad af moralsk fordærv, nemlig, at Gud ikke er til, eller at menneskenes kår ikke bekymrer Ham«. Den rationalistiske naturret er altså en sekulariseret naturret, selv om dens læresætninger ofte fremtræder forsynet med et tyndt lag religiøs fernis.

Ligesom Aristoteles går Grotius ud fra, at mennesket er en med social drift udrustet skabning. Derfor finder menneskene instinktivt sammen og forener sig til samfund, som imidlertid må være i besiddelse af en *retfærdig* retsorden for at kunne bestå. Til alt held udspringer en sådan retsorden af den menneskelige fornuft, der er den samme til alle tider og på alle steder. Og derved bliver retfærdighed et nøglebegreb i den rationalistiske naturret.

Menneskene fødes frie og lige; men denne naturtilstand ophører, når de ved en frivillig overenskomst – *samfundspagten* – underordner sig statsmagten. Staterne er på tilsvarende vis frie og jævnbyrdige, men kan naturligvis indgå traktater, hvorved de påtager sig forpligtelser. På denne måde har vi, ifølge Grotius, to store retssystemer: den ret, som gælder *i* staterne, og den ret, som gælder *imellem* staterne.

*De jure belli ac pacis libri tres* er ikke oversat til dansk. I serien *The Classics of International Law*, ed. by James Brown Scott, er værket blevet genudgivet tilligemed en oversættelse til engelsk (1913-25).

At Grotius er gået ud fra, at der lå en historisk begrundelse til grund for samfundspagten, er sandsynligt. Andre naturretsteoretikere betragter derimod teorien om samfundspagten som en ren og skær forklaringsmodel,

en fiktion, der blot udgør den logiske forudsætning for statsmagtens berettigelse.

Forinden der (i afsnittene 4 og 6) gives en fremstilling af, hvad Ross mener om retfærdighed, skal der forudskikkes nogle bemærkninger om den logiske positivismes sondring imellem to kategorier af sproglige udsagn.

**3.** Sproglige udsagn kan inddeles i *teoretiske* og *praktiske* udsagn. Det, der kvalificerer et udsagn eller en påstand som teoretisk, er, at man er i stand til at angive, hvorledes udsagnet eller påstanden kan verificeres (eller falsificeres). En teoretisk påstand har nemlig en sandhedsværdi, dvs. den er enten sand eller falsk. En praktisk påstand savner derimod sandhedsværdi, dvs. den er hverken sand eller falsk og angår ikke virkeligheden.

De teoretiske udsagn kan underinddeles i *analytiske* og *empiriske* påstande, og de analytiske udsagn kan atter opsplittes i *tautologier* og *kontradiktioner*.

En *tautologi* er en påstand, der *altid* er sand. »Enten regner det, eller også regner det ikke«. Større interesse i denne sammenhæng frembyder tautologier som »Summen af vinklerne i en trekant er 180 grader«, og »At A i forhold til B har pligt til at udvise adfærden F indebærer, at B i forhold til A har krav på adfærden F«. En tautologi udsiger derimod intet om vinklernes størrelse i en given trekant, eller om hvorvidt der i en konkret foreliggende situation påhviler A en pligt i forhold til B. Sagt på en anden måde: det logiske prædikat bringer alene klart til udtryk, hvad der i forvejen er indeholdt i det logiske subjekt (trekant/pligt).

En *kontradiktion* er en påstand, der *altid* er falsk. »Det både regner og ikke regner«. Som andre eksempler på kontradiktioner kan nævnes »En ungkarl er en gift mand« og »En retsorden med formuefællesskab imellem

ægtefæller forudsætter, at hver af ægtefællerne har fuldstændigt særeje«. I begge tilfælde foreligger der, hvad man betegner som en *contradictio in adjecto*, hvor det logiske prædikat modsiger det, som er udtrykt i det logiske subjekt (ungkarl/formuefællesskab).

Som modstykke til tautologier og kontradiktioner har man de empiriske udsagn. Disse udsagn angår virkelighedens verden. En *empirisk* påstand er *enten sand eller falsk*. En påstand om virkeligheden er kun meningsfuld, dersom dens eventuelle sandhed ytrer sig i virkelighedens verden på en eller anden måde. Påstanden »Det regner« er en meningsfuld påstand, thi om den er sand eller falsk vil kunne afgøres ved empirisk efterprøvelse. Et eksempel på en sand empirisk påstand udgør udsagnet »Et vandmolekyle består af to brintatomer og ét iltatom«, og et eksempel på en falsk empirisk påstand har man i udsagnet »Afstanden fra jorden til månen er 10.000 km«.

En kategori for sig udgør de praktiske udsagn. Som allerede nævnt besidder et praktisk udsagn ikke nogen sandhedsværdi, og en *praktisk* påstand vil således *hverken* kunne være *sand eller falsk*.

De logiske positivister – der indtager det standpunkt, at der ikke gives nogen etisk erkendelse (det non-cognitivistiske standpunkt) – gør gældende, at alle *etiske* påstande er praktiske udsagn.

Det samme er tilfældet for andre værdidømmes vedkommende. Det logiske prædikat i en sådan dom udtrykker, ret beset, intet som helst om det logiske subjekt, men siger noget om den person, der fælder værdidømmen. Dersom A påstår, at Mozarts klaver-sonater er bedre end Beethovens, så siger dette udsagn intet om, hvorvidt Mozarts klaverkompositioner overgår Beethovens, men blot at A foretrækker de førstnævnte

fremfor de sidstnævnte. Tilsvarende, hvis A påstår, at Rembrandt var en større maler end Rubens. Alle *æstetiske* påstande er praktiske udsagn.

Teoretiske udsagn (udsagn med sandhedsværdi)		Praktiske udsagn (udsagn uden sandhedsværdi)	
Analytiske udsagn		Em- piriske udsagn  f.eks. astrono- miske og fysiske udsagn	f.eks. <b>værdidomme</b> (herunder etiske og æstetiske påstande) samt <b>imperativer/direktiver</b> (herunder såvel retsregler som retsdogmatiske udsagn)
Tautologier f.eks. logiske og matema- tiske udsagn	Kontra- diktioner		
Altid <i>sande</i>	Altid <i>falske</i>	Enten <i>sande</i> eller <i>falske</i>	Praktiske udsagn har ingen sandhedsværdi, dvs. de kan hverken være sande eller falske

Under de praktiske udsagn hører også de såkaldte *direktiver*. »Sluk lyset, når lokalet forlades«. Et opslag med denne tekst indeholder slet ikke nogen påstand, men et direktiv, og dette direktiv fremsættes med henblik på at *påvirke* adressatens *adfærd* – at bevæge ham til at slukke lyset, når han som sidste mand forlader lokalet.

I dette kapitel må man have for øje, at man fælder en værdidom, når man karakteriserer en orden eller en almindelig regel som retfærdig eller uretfærdig. Og i kapitel 4 om ret og moral samt i kap. 5 om gældende ret må man være opmærksom på, at moralregler ligesom retsregler er af direktivisk beskaffenhed, og at sætninger om moralregler eller retsregler udgør praktiske udsagn.

4. Titlen på Ross' retsfilosofiske hovedværk, *Om ret og retfærdighed*, antyder, at retfærdighed indtager en fremskudt plads blandt de emner, som behandles i bogen. Men realiteten er den, at Ross kun i et enkelt afsnit (kap. XII) beskæftiger sig med retfærdighedens ide. Essensen af hans analyse er imidlertid, at retfærdighedsideen udkrystalliserer sig som »den helt formelle fordring om, at den konkrete afgørelse fremtræder som anvendelse af en almindelig regel, ligegyldigt hvilken« (a.st. s. 365). Retfærdighed reduceres herved til blot at betyde korrekt regelanvendelse modsat vilkårlighed.

Ross sonderer mellem retfærdighed i formel forstand og retfærdighed i materiel forstand. Ved kravet om *retfærdighed i formel forstand* forstår Ross et til de retsudøvende myndigheder i almindelighed og domstolene i særdeleshed rettet krav, der stiller den fordring til indholdet af myndighedernes afgørelser, at lige tilfælde skal behandles ens. Ved kravet om *retfærdighed i materiel forstand* forstår Ross et til lovgivningsmagten rettet krav, der stiller den fordring til indholdet af lovene, at lige tilfælde behandles ens. Som det fremgår af det allerede anførte, anser Ross alene den første fordring for at være meningsfuld. Ifølge Ross er al tale om materiel retfærdighed meningsløs, al den stund udsagn om materiel retfærdighed er værdidomme.

I sin analyse af det materielle retfærdighedsbegreb anvender Ross bl.a. det eksempel, at et krav om, at alle skal beskattes lige, i virkeligheden ikke udsiger andet end, at skat skal pålignes efter almindelige regler, og dette krav er jo opfyldt, hvad enten skatten udformes som en kopskat (hver mand samme skat), som en proportionalsskat med en fast procentsats af indkomsten (lige indkomst, lige skat), som en progressiv indkomstskat (lige skatteevne, lige skat) eller efter et hvilket som

helst kriterium (a.st. s. 357). Dette leder Ross til den konklusion, at anvendt til karakteristik af en almindelig regel eller orden er begreberne *retfærdighed* og *uretfærdighed* ganske tomme. Og Ross konkluderer: »Den der hævder, at en vis regel eller orden, fx et skattesystem, er uretfærdig, fremhæver overhovedet ikke nogen kendelig egenskab ved denne orden, han begrunder derfor ikke sit standpunkt, men giver alene følelsesmæssigt udtryk herfor. A siger: Jeg er imod denne regel, for den er ganske uretfærdig. Han burde sige: Denne regel er ganske uretfærdig, for jeg er modstander af den« (a.st. s. 358).

Denne opfattelse har haft en vældig gennemslagskraft i dansk retslitteratur siden 1953. I *juridiske* bøger og artikler fra den seneste menneskealder er det sjældent, at retfærdighedsudtryk anvendes. Men sådan har det ikke altid været. Således følte Henry Ussing sig engang – under en debat, der angik formueforholdet mellem ægtefæller – foranlediget til at minde Fr. Vinding Kruse om, at lighedsprincippet indeholder en sandhed, som retsordenen ikke kan komme uden om, og Ussing fortsatte med at fastslå: »*Retfærdigheden kræver, at lige Tilfælde behandles ens*«. Af dette løsrevne citat – hvor udhævelsen er Ussings egen – må man imidlertid ikke lade sig forlede til at antage, at der her sigtes til det, der af Ross benævnes retfærdighed i formel forstand. Af sammenhængen (*UfR* 1922 B s. 193) fremgår det klart, at Ussing med dette udsagn har et materielt retfærdighedsbegreb for øje.

Anderledes forholder det sig i *politiske* debatter. Her fyger det formeligt med adjektiver som »retfærdig« og »uretfærdig« og substantiver som »retfærdighed« og »uretfærdighed«. Dette gælder ikke mindst, når debattens genstand er byrdefordelingen i samfundet. Man kan



næppe tænke sig en debat om en skattereform, hvor fortalerne for den foreslåede reform ikke vil påberåbe sig, at reformen vil medføre en mere retfærdig fordeling af skattebyrderne end den hidtidige.

**5.** Kernen i retfærdighedsbegrebet er formentlig forestillingen om, at der gives en *universelt gyldig, højere norm, hvorefter mennesker bør behandles*. Alt efter om en regel er eller ikke er i overensstemmelse med denne norm, siges reglen at være retfærdig eller uretfærdig.

Ethvert forsøg på at foretage en nærmere bestemmelse af denne højere norm har imidlertid vist sig at være frugtesløst, se hertil f.eks. *Om ret og retfærdighed* § 69, hvor Ross under overskriften »Nogle illustrationer« bl.a. kritiserer Kants velkendte formulering af rettens øverste princip: En handlemåde er retmæssig, dersom friheden hertil kan forenes med enhver andens frihed under en almindelig regel (»Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann«). Og man må vistnok konkludere, at det er umuligt at definere retfærdighedsnormen på en sådan måde, at den er universelt gyldig, dvs. uafhængig af tid og sted.

Heraf følger imidlertid ingenlunde, at retfærdighed skulle være et tomt begreb, medmindre man – som Ross – indtager det standpunkt, at enhver praktisk påstand er meningsløs. Et praktisk udsagn har jo ingen sandhedsværdi, og det kan derfor hverken være sandt eller falskt.

Det forekommer mig imidlertid at være uberettiget at drage en sådan konsekvens af, at udsagn om retfærdighed vitterligt er praktiske udsagn. I hverdagssproget anvendes begreberne retfærdig og uretfærdig i hvert fald til at angive, at noget enten er i overensstemmelse med

fundamentale og almindeligt accepterede retsprincipper eller strider mod sådanne principper. Mod en sådan sprogbrug kan der ikke rejses berettigede indvendinger, blot den talende er sig bevidst, at sprogbroen baserer sig på to (underforståede) forbehold om tid og sted. Et af disse fundamentale og almindeligt accepterede retsprincipper er *lighedsprincippet*. En ændring af arveloven, der gjorde størrelsen af en arvinges tvangsarv eller legale arv afhængig af arvingens køn, ville jeg ikke vige tilbage for at stemple som uretfærdig. Men at min vurdering er bundet til den *tid*, jeg lever i, indses i samme sekund, man erindrer sig, at Danske Lov (5-2-29) netop gav en sådan regel, men selvsagt i mændenes favør. Retfærdighedsbegrebet i den her benyttede betydning rækker videre end til lighedsprincippet og omfatter f.eks. også et princip som, at anvendelse af *straf* (som altovervejende hovedregel) *forudsætter subjektiv skyld*. Reglen i den sovjetrussiske straffelov af 1948 (artikel 58), hvorefter der var hjemmel til at straffe en soldat pårørende med deportation til Sibirien, hvis soldaten – uden de pårørendes viden og altså uden, at der foreligger nogen form for medvirken – deserterer, er målt med min målestok oprørende uretfærdig. Men naturligvis er denne vurdering bundet til det *sted*, hvor jeg lever mit liv.

I strafferetten spiller retfærdighedsbetragtninger en særlig rolle på straffeteoriernes og strafudmålingens gebet, se herom Sv. Gram Jensen i *TjR* 1989 s. 640 ff. og i *Suum cuique* (1991) s. 14 ff. (s. 19 f.).

Med disse to eksempler har jeg villet fremhæve, at prisen for, at hverdagssproget indlægger dette indhold i retfærdighedsbegrebet, er, at *retfærdighed* kommer til at

udtrykke *en til tid og sted bundet social eller kulturel vurdering*.

Heri er der intet nyt. Således er jeg opmærksom på, at Sven Clausen i sine *Essays om almindelig Retslære* (1935) har defineret retfærdighed således: »Retfærdigheden er en Fremfærd, der tilfredsstillende Krav om Ret hos de toneangivende (evt. Flertallet) paa et givet *Sted* i en given *Tid*« (a.st. s. 87 med mine udhævelser).

At opfatte retfærdighed som udtryk for en til tid og sted bundet social eller kulturel vurdering ligger fjernt fra den naturretlige opfattelse af retfærdighed. F.eks. anså den ansete norske retslærde Frede Castberg det at rette bager for smed\* for at være forkasteligt ud fra et objektivi- tyt gyldigt retsprincip. Efter min opfattelse eksisterer der ikke objektivi- tyt gyldige retsprincipper, og selv om jeg opfatter et forslag til en lov, der åbner mulighed for at rette bager for smed, som værende himmelråbende uretfærdigt, så ville jeg aldrig gå så vidt som til at hævde, at den ovenfor omtalte bestemmelse i den sovjet- russiske straffelov af 1948 skulle være i strid med objektivi- tyt gyldige retsprincipper og dermed slet ikke nogen retsregel. På det punkt er jeg nemlig helt enig med Ross, der – i næsten aforistisk form – ytrer sig således: »Samtidig med at rubricere en vis orden som en 'retsorden' kan jeg anse det for min højeste moralske opgave at omstyrte denne orden« (a.st. s. 44).

\* Castberg hentyder her til J.H. Wessels komiske fortælling om »Smeden og Bageren«, der foregår i »en liden Bye«, hvor en bager – der er uden lod og del i smedens forbyrdelse – dømmes til døden, fordi sidstnævnte som stadens eneste smed er uundværlig, hvorimod der på stedet findes »to, som bager Brød«.

**6.** Tilbage står blot at fremsætte nogle bemærkninger vedrørende Ross' begreb *den formelle retfærdighed*.

Kravet til domstolene om at iagttage formel retfærdighed har i Ross' terminologi intet at gøre med, hvorvidt en dom er rigtig eller urigtig. Ifølge Ross er en dom *urigtig*, dvs. i strid med gældende ret, »når det – alt taget i betragtning, også dommen selv og den kritik den måtte fremkalde – må antages som overvejende sandsynligt, at domstolene i fremtiden ikke vil følge den foreliggende afgørelse« (a.st. s. 64). Om en dom er rigtig eller ej, afgøres altså ved en prognostisk betragtning. Om den er formelt retfærdig eller ej, jfr. foran s. 28, afgøres under en retrospektiv synsvinkel.

Hvis man slutter sig til Ross' opfattelse af retfærdige ctr. uretfærdige og rigtige ctr. urigtige domme, får man følgende fire kategorier:

- a) [formelt] retfærdige domme, der er rigtige, dvs. domme, som er i overensstemmelse med hidtidig retspraksis, og som må forventes at ville blive lagt til grund ved fremtidige afgørelser.
- b) [formelt] retfærdige domme, der er urigtige, dvs. domme, som er i overensstemmelse med hidtidig retspraksis, men som ikke kan forventes at ville blive lagt til grund ved fremtidige afgørelser.
- c) [formelt] uretfærdige domme, der er rigtige, dvs. domme, som bryder med hidtidig retspraksis, men som ikke desto mindre må forventes at ville blive lagt til grund ved fremtidige afgørelser.
- d) [formelt] uretfærdige domme, der er urigtige, dvs. domme, som hverken er i overensstemmelse med hidtidig retspraksis, eller som kan forventes at ville blive lagt til grund ved fremtidige afgørelser.

Denne terminologi forekommer mig langt fra hensigtsmæssig. Og for mig henstår det som uklart, hvilke grunde Ross måtte have haft for at anvende et så emotionelt ladet udtryk som »en uretfærdig dom« om en afgørelse, der betegner et brud med hidtidig retspraksis. Anvendelsen af et sådant udtryk i denne forbindelse

frister netop til indtagelse af de af Ross nævnte kamp-attituder af biologisk-følelsesmæssig art. Det må da vist være tilstrækkeligt at konstatere, at benævnelser som »traditionelle domme« og »utraditionelle domme« er mindst lige så adækvate betegnelser for domme, der henholdsvis harmonerer eller bryder med hidtidig retspraksis.

I den internationale filosofiske debat om retfærdighedsbegrebet indtager Harvard-filosoffen John Rawls en central plads. Hans bog *A Theory of Justice* (1971) anses af mange for et hovedværk.

Inden for den retsfilosofiske litteratur har især Ronald Dworkin's *Law's Empire* (1986) tiltrukket sig opmærksomheden. Dworkin er »Professor of Jurisprudence at Oxford University and Professor of Law at New York University«.

En god introduktion til begge de ovennævnte værker har Helge J. Thue givet i *Hefte for kritisk juss* 1989 nr. 2, s. 17 ff.

## KAPITEL 3

# Forholdsnormer og kompetencenormer

**1.** Retssystemet kan betragtes og beskrives under flere synsvinkler. Anlægges den synsvinkel, at man udelukkende vil beskæftige sig med systemets *logiske* struktur, kan retsnormerne (udtømmende) indeles i forholdsnormer og kompetencenormer.

Under andre synsvinkler og i andre sammenhænge kan andre inddelinger være mere hensigtsmæssige. En, især i retsfunktionel henseende, frugtbar *tredelem* er foreslået af Tore Strömberg, der har introduceret *kvalifikationsnormer* som en tredje kategori ved siden af forholdsnormer og kompetencenormer.

En egenskab som f.eks. den at være svensk statsborger betegner Strömberg som en retlig kvalitet, og retsregler, hvorved retlige kvaliteter etableres, betegner han som kvalifikationsregler.

Strömberg sonderer således imellem 1) *handlingsregler* (svarende til forholdsnormerne), 2) *kvalifikationsregler* og 3) *kompetensregler*.

Om forholdet mellem kompetencenormer og kvalifikationsnormer anfører Strömberg, at en kompetencenorm altid kan omskrives, konverteres, til en kvalifikationsnorm. Derimod gælder det modsatte ikke generelt, idet der både findes konvertible og ikke-konvertible kvalifikationsnormer.

Se Tore Strömberg: *Inledning till den allmänna rättsläran* (8. uppl., 1981) s. 63 ff., *Rättsordningens byggstenar* (1988) s. 13 ff. og »Hur gick det för kvalifikationsnormerna?» i *TfR* 1991 s. 42 ff.

Ved *forholdsnormer* forstås de normer, der efter deres umiddelbare indhold foreskriver en vis adfærd.

Ved *kompetencenormer* forstås her de normer, hvoraf forholdsnormerne er afledt.\* Heraf fremgår, at man altid kan slutte fra eksistensen af en forholdsnorm til eksistensen af en kompetencenorm, hvorimod det omvendte ikke er tilfældet. Der gives talrige eksempler på uudnyttede kompetencenormer.

Grundlæggende for såvel forholdsnormer som kompetencenormer er begrebet det retlige ansvar. *Det retlige ansvar* er et forholdsvis veldefineret juridisk begreb, hvis hovedformer udgøres af 1) *strafansvar*, 2) *erstatningsansvar* og 3) *naturalopfyldelse* (i det omfang en sådan overhovedet lader sig gennemtvinge). Opregningen er langt fra udtømmende, f.eks. spiller *ugyldighed* en særlig rolle for kompetencenormernes vedkommende.

**2.** Forholdsnormerne kan inddeles i *byrder* (dvs. påbud og forbud) og *ikke-byrder* (omfattende det ophævede påbud og det ophævede forbud).

At det ved en bestemt lovregel (x) er *påbudt* en person (A) at udvise en bestemt adfærd (F) indebærer, at A ifalder ansvar, dersom han ikke udviser den foreskrevne adfærd, eller

påbud<sub>x</sub> A (F) = ansvar A (ikke-F).

Det ophævede påbud – der i det følgende vil blive benævnt *fritagelse* – fremkommer, hvis det ved en anden lovbestemmelse (y) er fastsat, at den i den første lovregel (x) påbudte adfærd under visse (i y nærmere

\* Den ovenfor givne definition af en kompetencenorm er udtryk for en stærkt forenklet problemstilling. Se om kompetencenormens definition Tore Strömberg i *Festskrift till Ivar Agge* (1970) s. 294 ff. og i *Scandinavian Studies in Law*, vol. 28 (1984) s. 151 ff.

opregnede) omstændigheder ansvarsfrit kan undlades, eller

fritagelse<sub>y</sub> A (F) = ikke-ansvar A (ikke-F).

De to lovregler (x og y) udelukker gensidigt hinanden, og nogen tredje mulighed foreligger ikke. Lovreglerne er med andre ord disjunktivt forbundne, dvs. enten gælder påbudet eller fritagelsen.

At det ved en bestemt lovregel (x) er *forbudt* en person (A) at udvise en bestemt adfærd (F) indebærer, at A ifalder ansvar, dersom han udviser den pågældende adfærd, eller

forbud<sub>x</sub> A (F) = ansvar A (F).

Det ophævede forbud – der i det følgende vil blive benævnt *tilladelse* – fremkommer, hvis det ved en anden lovregel (y) er fastsat, at den i den første lovregel (x) forbudte adfærd under visse (i y nærmere opregnede) omstændigheder ansvarsfrit kan udvises, eller

tilladelse<sub>y</sub> A (F) = ikke-ansvar A (F).

Også her vil de to lovregler (x og y) være disjunktivt forbundne.

**3.** I det her anvendte formelsprog betegner F en bestemt adfærd, og ikke-F betyder, at den pågældende adfærd ikke er udvist.

Færdselslovens § 80, stk. 1, indeholder et *påbud*, hvor F står for brug af sikkerhedssele. Eller mere præcist udtrykt: Det i færdselslovens § 80, stk. 1, indeholdte påbud, som angår enhver, der under kørsel benytter en med sikkerhedssele forsynet siddeplads i bil, trehjulet motorcykel eller trehjulet knallert, foreskriver, at adfærden F (= brug af sikkerhedssele) skal udvises. Omvendt foreligger adfærden ikke-F, dersom en person, der under kørsel har benyttet en sådan siddeplads, har undladt at gøre brug af sikkerhedssele. Adfærden ikke-F vil i dette



tilfælde være strafbar efter færdselslovens § 118, stk. 1, 1).

Til hovedreglen i færdselslovens § 80, stk. 1, knytter der sig en undtagelse i færdselslovens § 80, stk. 3, hvorefter »pligten til at anvende sikkerhedssele« ikke gælder, såfremt kørslen alene består i »bakning« eller »kørsel på parkeringsplads, servicestation, værkstedsområde eller under lignende forhold«. Foreligger de her beskrevne omstændigheder, vil altså enhver ansvarsfrit kunne undlade at udvise den ved færdselslovens § 80, stk. 1, påbudte adfærd.

Men den ved færdselslovens § 80, stk. 3, hjemlede *fritagelse* udgør imidlertid ingenlunde den eneste undtagelse fra hovedreglen i færdselslovens § 80, stk. 1. En anden fritagelse er f.eks. hjemlet ved bekendtgørelse nr. 109 af 17. februar 1995 § 8, stk. 1, nr. 2; men denne undtagelse er af en lidt anden beskaffenhed. Personkredsen er her indskrænket til ansatte i postvæsenet. Til gengæld er de omstændigheder, der begrunder fritagelse for påbudet om brug af sikkerhedssele, udvidet til at omfatte enhver form for »kørsel i tættere bebygget område i forbindelse med uddeling af brev- og pakkepost samt tømning af postkasser«. Under de her beskrevne omstændigheder vil altså en i postvæsenet ansat person ansvarsfrit kunne undlade at udvise den ved færdselslovens § 80, stk. 1, påbudte adfærd.

**4.** Ved at generalisere det i afsnit 3 anførte fås følgende:

Hvor der er tale om et *påbud*, altså

påbud<sub>x</sub> A (F) = ansvar A (ikke -F),

betegner x den lovregel, som indeholder hjemmelen for påbudet. A betegner den personkreds, som påbudet angår. Og F betegner den påbudte adfærd.

Hvor der er tale om en *fritagelse*, altså

fritagelse<sub>y</sub> A (F) = ikke-ansvar A (ikke-F),

betegner y den lovregel, der indeholder hjemmelen for fritagelsen (og hvori det nærmere angives, under hvilke omstændigheder fritagelsen fortrænger det i lovreglen x indeholdte påbud). A betegner den personkreds, som fritagelsen angår. Og F betegner den ved lovreglen x påbudte adfærd (som under disse omstændigheder ansvarsfrit vil kunne undlades af A).

Hvor der er tale om et *forbud*, altså

forbud<sub>x</sub> A (F) = ansvar A (F),

betegner x den lovregel, der indeholder hjemmelen for forbudet. A betegner den personkreds, som forbudet angår. Og F betegner den forbudte adfærd.

Hvor der er tale om en *tilladelse*, altså

tilladelse<sub>y</sub> A (F) = ikke-ansvar A (F),

betegner y den lovregel, der indeholder hjemmelen for tilladelsen (og hvori det nærmere angives, under hvilke omstændigheder tilladelsen legitimerer, at den ved lovreglen x forbudte adfærd udvises). A betegner den personkreds, som tilladelsen angår. Og F betegner den ved lovreglen x forbudte adfærd (som under disse omstændigheder ansvarsfrit vil kunne udvises af A).

Hermed er samtlige på venstre side af lighedstegnet forekommende størrelser omtalt. Hvad størrelserne på højre side af lighedstegnet angår, bemærkes, at strengt taget burde der også her gennemføres en indeks-mærkning, f.eks.

påbud<sub>x</sub> A (F) = ansvar<sub>z</sub> A (ikke-F),

hvor z betegner den lovregel, som angiver, hvilke former for ansvar der ifaldes ved adfærden ikke-F.

Efter gældende dansk ret lader en sådan indeks-mærkning sig imidlertid ikke gennemføre, fsv. angår *erstatningsansvar* og *naturalopfyldelse*. Den antydede indeks-

mærkning af ansvar vil derfor ikke blive søgt gennemført i det følgende.

Om ikke-F skal blot bemærkes, at der er tale om den kontradiktorisk modsatte adfærd af den påbudte (eller forbudte) adfærd. I den forbindelse skal tilføjes, at *påbud og forbud selvsagt er to sider af samme sag*. Alene hensynet til naturlig sprogbrug er afgørende for, hvorvidt en retsregel udformes som et forbud eller som et påbud.

Ifølge færdselslovens § 23, stk. 1, 2), må overhaling ikke foretages umiddelbart foran eller på en jernbaneoverkørsel. Dette forbud kan omskrives til et påbud af følgende ordlyd: Umiddelbart foran eller på en jernbaneoverkørsel skal overhaling undlades. For en logisk betragtning er begge formuleringer nøjagtig lige gode, men affattelsen i færdselsloven er formentligt bedst overensstemmende med naturlig sprogbrug.

Generelt gælder det, at påbud A (F) er identisk med forbud A (ikke-F), og at forbud A (F) er identisk med påbud A (ikke-F).

Da adfærdsnormen (størrelsen på venstre side af lighedstegnet) almindeligvis findes i én lovbestemmelse og ansvarsnormen (størrelsen på højre side af lighedstegnet) i en anden lovbestemmelse, vil forholdsnormen som oftest udgøres af to (eller flere) *delnormer* i forening. Således udgør delnormen i færdselslovens § 80, stk. 1, i forbindelse med delnormen i samme lovs § 118, stk. 1, den fuldstændige forholdsnorm, hvorefter det – under trussel om straf – er påbudt at bruge sikkerhedssele ved visse former for bilkørsel.

I *Om ret og retsvidenskab* (1992) s. 173 hævder Preben Stuer Lauridsen, at det er »tom snak« at ville kalde visse tilladelser, nemlig til ikke-F, for fritagelser. »Logisk er der naturligvis ingen forskel på (F) og (ikke-F).«

Hertil er at bemærke, at der logisk er den afgørende forskel på F og ikke-F, at adfærden ikke-F betegner den kontradiktorisk modsatte adfærd af den påbudte (eller forbudte) adfærd F. Var der hold i Stuer Lauridsens indvending, ville der ingen anledning være til at sondre mellem påbud og forbud.

**5.** Siden Wesley Newcomb Hohfeld før og under 1. verdenskrig offentliggjorde sine skelsættende analyser af de retlige grundbegreber, har det stået klart, at forholdsnorms og kompetencenorms fremtrædelsesformer er indbyrdes forbundne gennem relationerne *kontradiktion* og *korrelation*.

Hohfeld publicerede sine resultater i *Yale Law Journal* vol. 23 (1913) s. 16 ff. og vol. 26 (1917) s. 710 ff. Disse epokegørende artikler blev siden samlet udgivet af W. Wheeler Cook i bogen *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919, rev. ed. 1923).

Således er et påbud kontradiktorisk forbundet med en fritagelse og korrelerer med et *krav*, hvilket kan angives i formelsproget på følgende måde:

$$\text{p\aa}bud_x A - B (F) \sim \text{krav}_x B - A (F)$$

↓

$$\text{fritagelse}_y A - B (F) \sim \text{ikke-krav}_y B - A (F)$$

↓

Den kontradiktoriske sammenhæng, der består mellem et påbud og en fritagelse (og mellem et krav og et ikke-krav), er i ovenstående figur angivet ved tegnet ↓. Og korrelationen, der består mellem et påbud og et krav (og mellem en fritagelse og et ikke-krav), er sammesteds angivet ved tegnet ~.

De sammenhænge, der symbolsk er angivet ved tegnet ~, kan i ord udtrykkes således:

At det ved en bestemt lovregel (x) er påbudt A at udvise en bestemt adfærd (F) over for B er ensbetyden-

de med, at B i forhold til A har et krav på, at denne adfærd udvises, dvs. A ifalder ansvar ved ikke-F.

At det ved en anden lovregel (y) er fastsat, at A under visse (i y nærmere opregnede) omstændigheder er fritaget for at udvise den i den første lovregel (x) påbudte adfærd (F) over for B er ensbetydende med, at B i forhold til A intet krav har på, at denne adfærd udvises, dvs. A ifalder ikke noget ansvar ved ikke-F.

Alt efter om man vælger at tage sit udgangspunkt i et påbud eller i et forbud, kan de logiske relationer mellem de forskellige fremtrædelsesformer for forholdsnormen fremstilles *ad modum Hohfeld* i to varianter:

1. variant

$$\begin{array}{ccc} \text{påbud}_x A - B (F) \sim \text{krav}_x B - A (F) \\ \uparrow & & \uparrow \\ \text{fritagelse}_y A - B (F) \sim \text{ikke-krav}_y B - A (F) \end{array}$$

2. variant

$$\begin{array}{ccc} \text{forbud}_x A - B (\text{ikke-F}) \sim \text{krav}_x B - A (F) \\ \downarrow & & \downarrow \\ \text{tilladelse}_y A - B (\text{ikke-F}) \sim \text{ikke-krav}_y B - A (F). \end{array}$$

Det bedes bemærket, at udtrykket *ret* ikke er benyttet som betegnelse for det krav, der korrelerer med et påbud eller et forbud. Dette udtryk er nemlig flertydigt, alt efter omstændighederne kan en *ret* dække over et krav, en tilladelse eller en kompetence.

Eks. 1. Grundlovens § 76, 1. pkt.: Alle børn i den undervisningspligtige alder har *ret* til fri undervisning i folkeskolen.

Eks. 2. Bekendtgørelse nr. 989 af 11. december 1992 § 14, stk. 4: Den, der i henhold til tidligere gældende bestemmelser har erhvervet en licentiatgrad, har *ret* til at betegne sig Ph.D.

Eks. 3. Aktieselskabslovens § 65, stk. 1: Aktionærernes *ret* til at træffe beslutning i selskabet udøves på generalforsamlingen.

Inden for juraen tjener rettighedsbegrebet til at sammenknytte en disjunktiv flerhed af betingende kendsgerninger med en kumulativ flerhed af retsfølger. Heri ligger, at f.eks. begrebet ejendomsret – der i og for sig ikke betegner noget som helst – er værdifuldt i fremstillingsteknisk henseende. Hvis man har fastslået, at en person kan erhverve ejendomsret til en ting ved arv, køb, gave, hævd etc. (i alt  $m$  betingende kendsgerninger), og at en person, der har erhvervet ejendomsret over tingen, kan testere over den, sælge den, bortgive den, vindicere den (hvis den frastjæles ham), tilintetgøre den etc. (i alt  $n$  retsfølger), så ville der til en komplet beskrivelse af retstilstanden udkræves i alt  $m \times n$  delbeskrivelser. Her er det, at ejendomsretsbegrebet har en vigtig funktion med henblik på at opnå en god fremstillingsøkonomi. Ved hjælp af dette begreb kan man sammenkoble de betingende kendsgerninger med retsfølgerne. Blot én af de betingende kendsgerninger foreligger, indtræder jo alle retsfølgerne.

Der henvises til Alf Ross' berømte bidrag (»Tû-Tû«) til *Festskrift til Henry Ussing* (1951) s. 468 ff. Se også *Om ret og retfærdighed* kap. VI.

**6.** Forholdsnormen har i alt seks fremtrædelsesformer, dvs. alle sådanne normer vil kunne beskrives ved hjælp af termerne påbud, forbud, fritagelse, tilladelse, krav og ikke-krav.

Analytisk vil disse fremtrædelsesformer imidlertid alle kunne reduceres til varianter af ansvarsbegrebet:

*Ansvar F* er ensbetydende med *forbud F* (ikke-tilladelse F, påbud ikke-F, ikke-fritagelse ikke-F og krav ikke-F).

*Ansvar ikke-F* er ensbetydende med *påbud F* (ikke-fritagelse F, forbud ikke-F, ikke-tilladelse ikke-F og *krav F*).

*Ikke-ansvar F* er ensbetydende med *tilladelse F* (ikke-forbud F, fritagelse ikke-F, ikke-påbud ikke-F og ikke-krav ikke-F).

*Ikke-ansvar ikke-F* er ensbetydende med *fritagelse F* (ikke-påbud F, tilladelse ikke-F, ikke-forbud ikke-F og *ikke-krav F*).

**7.** Den her givne redegørelse for forholdsnormerne afviger fra fremstillingerne hos Ross og Stuer Lauridsen bl.a. derved, at den ikke er baseret på pligtbegrebet, men på begrebet det retlige ansvar.

Ved hjælp af formlen

(1) pligt A (F) = ansvar A (ikke-F)

kan den her anvendte ansvars-terminologi imidlertid let omsættes til den i *Om ret og retfærdighed* og *Retslæren* anvendte pligt-terminologi.

Ved negation af (1) fås

(2) ikke-pligt A (F) = ikke-ansvar A (ikke-F),

og ved indsættelse af *ikke-F* for *F* i (1) og (2) fås

(3) pligt A (ikke-F) = ansvar A (F)

samt

(4) ikke-pligt A (ikke-F) = ikke-ansvar A (F).

Sammenhængen mellem ansvars-terminologien og pligt-terminologien kan herefter angives som vist i omstående skema:

påbud A (F)	ansvar A (ikke-F)	pligt A (F)
fritagelse A (F)	ikke-ansvar A (ikke-F)	ikke-pligt A (F)
forbud A (F)	ansvar A (F)	pligt A (ikke-F)
tilladelse A (F)	ikke-ansvar A (F)	ikke-pligt A (ikke F)

Når jeg ikke betjener mig af pligtbegrebet, skyldes det først og fremmest, at jeg – inden for juraen – opfatter pligtbegrebet som et overflødigt mellembegreb. At det forholder sig således, træder tydeligt frem hos Stuer Lauridsen (f. eks. i *Om ret og retsvidenskab* (1992) s. 172 sammenholdt med s. 174), når denne forfatter tager sit udgangspunkt i de to relationer:

(a) påbud A (F) = pligt A (F)

og

(b) pligt A (F) = ansvar A (ikke-F),

skønt det er åbenbart, at i forening udsiger disse to relationer intet andet end

(c) påbud A (F) = ansvar A (ikke-F).

For det andet er ansvars-terminologien i langt bedre overensstemmelse med gængs juridisk sprogbrug end pligt-terminologien. F.eks. er det naturligere at beskrive en tilladelse for A til at udvise adfærden F som, at A *ansvarsfrit kan udvise adfærden F*, frem for, at tilladelsen indebærer, at A *ikke har pligt til at udvise den kontradiktorisk modsatte adfærd (ikke-F)*.



For det tredje medfører ansvars-terminologien den fordel, at *leges imperfectae*\* – altså lovregler, hvis overtrædelse ikke er forbundet med nogen form for retligt ansvar, f.eks. § 1 i lov om ægteskabets retsvirkninger – falder uden for begrebet *retsnorm*.

Som allerede nævnt anvender både Ross og Stuer Lauridsen pligt-terminologien. Hos begge forfattere finder man formlen frihed A (F) = ikke-pligt A (ikke-F) + ikke-pligt A (F).

At anvende dette frihedsbegreb som pligtbegrebets negation, således som disse forfattere – omend med en vis reservation – gør det, går imidlertid ikke an. Se hertil Sv. Gram Jensen i *Rechtstheorie*, Beiheft 8 (1985) s. 39 ff.

**8.** Mellem forholdsnormer og kompetencenormer består der (som anført i afsnit 1) den sammenhæng, at eksistensen af en forholdsnorm altid forudsætter eksistensen af en kompetencenorm, hvorimod det omvendte ingeniende behøver at være tilfældet. Det er derfor ikke træffende, når Ross har karakteriseret kompetencenormen som en indirekte udtrykt forholdsnorm. Han burde hellere have betegnet forholdsnormen som en indirekte udtrykt kompetencenorm.

Det, der holder sammen på forholdsnormer og kompetencenormer, er, at begge i den sidste analyse lader sig reducere til én bestemt type. Det er foran påvist, at forholdsnormens fremtrædelsesformer alle lader sig beskrive ved hjælp af begrebet »det retlige ansvar«. Tilsvarende gælder for kompetencenormens fremtrædelsesformer, se herom 2. udgave af denne bog, s. 44 ff. Eksempelvis kan om *kompetence til at påbyde* anføres:

\* *Leges imperfectae* er flertal af *lex imperfecta*, dvs. en ufuldstændig lov.

Har A i forhold til B kompetence til at påbyde adfærden F, er dette ensbetydende med, at *hvis* A påbyder B at udvise den pågældende adfærd, *så* aktualiseres kravet om, at B skal efterleve dette påbud, dvs. B ifalder ansvar ved ikke-F.\*

Forholdsnormens fremtrædelsesformer kan naturligvis også beskrives ved hjælp af »*hvis ... , så ...*«-relationer. Enhver forholdsnorm lader sig altså udtrykke på to forskellige måder, enten i det i afsnittene 2-6 benyttede formelsprog eller i en »*hvis ... , så ...*«-relation.

Hvad kompetencenormens fremtrædelsesformer angår, antager jeg (men kan ikke bevise det), at de alene lader sig udtrykke i »*hvis ... , så ...*«-relationer.

Står vi derimod over for en norm, hvor en sådan reduktion til én bestemt type (*in casu*: baseret på begrebet »det retlige ansvar«) ikke lader sig realisere, er

- \* Et praktisk eksempel på en kompetencenorm af denne type frembyder tinglysningslovens § 42 a.

Ifølge bestemmelsen i § 42 a, stk. 2, 1. pkt. kan kreditor efter et pantebrev i fast ejendom – i tilfælde af, at renter eller afdrag ikke betales rettidigt – kun forlange kapitalen indfriet, »såfremt debitor ikke har betalt renter og afdrag senest 7 dage efter, at skriftligt påkrav herom er afsendt eller fremsat«. Og i § 42 a, stk. 2, 2. pkt., hedder det: »Kreditors påkrav skal være afgivet efter sidste rettidige betalingsdag og skal udtrykkelig angive, at kapitalen kan forlanges indfriet, hvis renter og afdrag ikke betales inden fristens udløb ...«.

Kreditor (A) har altså, hvis renter eller afdrag udebliver, kompetence til at påbyde debitor (B) at betale det forfaldne beløb senest 7 dage efter, at påbudet (»skriftligt påkrav«) herom er afsendt eller fremsat. Udviser B ikke den påbudte adfærd (F = betaling af beløbet inden fristens udløb), ifalder han et retligt ansvar, der går ud på, at han skal indfri restgælden til A.

der slet ikke tale om nogen retsnorm, men i det højeste om en *lex imperfecta*.

Kvintessensen af de i nærværende kapitel anstillede betragtninger over forholdsnormer og kompetencenormer må blive den, at strukturelt adskiller de to normtyper sig fra hinanden derved, at alene forholdsnormer lader sig udtrykke i et enkelt formelsprog, hvorimod såvel forholdsnormer som kompetencenormer kan beskrives i »hvis..., så...«-relationer. Disse relationer ligner de fra logikken velkendte hypotetiske sætninger,\* men adskiller sig fra disse ved at angå direktiver.

Analysen af forholdsnormerne fører til, at *juraen kan overlade pligtbegrebet til moralfilosofien*. Forholdsnormer i form af byrder kan i den her anvendte ansvarsterminologi éntydigt beskrives som påbud/forbud og de dermed korrelerede krav, ligesom forholdsnormer i form af ikke-byrder éntydigt kan beskrives som fritagelser/tiladelser og de dermed korrelerede ikke-krav.

\* Ved en hypotetisk sætning, »hvis *p*, så *q*«, forstås en sætning (f.eks. »hvis solen skinner, så kvidrer fuglene«), hvor »hvis..., så...« sammenknytter to sætninger: hvis-sætningen »*p*« og så-sætningen »*q*«.

## KAPITEL 4

# Ret og moral

1. I det foregående kapitel har jeg givet udtryk for det standpunkt, at retsnormer (forholdsnormer og kompetencenormer) i den sidste analyse må opfattes som regler om et retligt ansvar, og at *leges imperfectae* – altså lovregler, hvis overtrædelse ikke er forbundet med nogen form for retligt ansvar – falder uden for begrebet retsnorm.

Moralske normer opfatter jeg derimod som udtryk for en *social eller kulturel vurdering*. Hidtil er dette kun antydningssvis fremgået af kap. 2, hvorimod det allerede i samme kapitel (afsnit 3) blev gjort eksplicit, at såvel retsregler og moralregler som udsagn om retsregler og moralregler henhører under kategorien praktiske udsagn, dvs. de kan hverken være sande eller falske.

Af det netop anførte følger, at jeg vedkender mig det noncognitivistiske standpunkt, hvorefter der ikke gives nogen etisk erkendelse. At vedkende sig dette standpunkt er jo blot at hævde, at påstande om etik hverken kan være sande eller falske.\*

Af litteraturen vedrørende emnet ret og moral fremhæves debatten mellem H.L.A. Hart og Lon L. Fuller i *Harvard Law Review* vol.

\* Det bedes bemærket, at sætningen »Moralske udsagn kan hverken være sande eller falske« ikke er en etisk sætning, men en metaetisk sætning, der omhandler de moralske udsagns logiske struktur.

71 (1957-1958), henholdsvis s. 593 ff. og s. 630 ff. Harts bidrag, der er en gengivelse af hans Oliver Wendell Holmes Lecture, holdt ved Harvard Law School i april 1957, er optrykt i H.L.A. Hart: *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Reprint. 1985) s. 49 ff. Se også H.L.A. Hart: *The Concept of Law* (1961) chap. IX.

**2.** Når det findes formålstjenligt at fremsætte nogle bemærkninger om forholdet mellem ret og moral, beror det på den omstændighed, at inden for retsfilosofien består der en afgrundsdyb kløft mellem realisme (retspositivisme) på den ene side og idealisme (naturret) på den anden side.

I *Om ret og retfærdighed* (§ 13) fremhæver Ross, at hans retsteori tilhører den retsfilosofiske *realisme*, som han stiller i modsætning til den retsfilosofiske *idealisme*, der i det anførte værk karakteriseres således:

»Den [retsfilosofiske idealisme] ... hviler på den forudsætning, at der findes to forskellige verdener svarende til to forskellige erkendelsesmetoder. Først er der 'virkelighedens verden', omfattende alle fysiske og psykiske fænomener i tid og rum som vi erkender i den sansende erfaring. Dernæst er der 'ideernes eller gyldighedens verden' omfattende forskellige sæt af absolut gyldige normative ideer (det sande, gode og skønne) som vi erkender umiddelbart gennem vor fornuft. Denne erkendelse er altså uafhængig af den sansende erfaring og kaldes derfor apriorisk.

Retten tilhører, antager den *retsfilosofiske idealisme* videre, begge disse verdener. Retserkendelsen hviler derfor på en gang på ydre erfaring og apriorisk fornuftindsigt. Retten er et virkelighedsfænomen, for så vidt dens indhold er et historisk faktum vekslende med tid og sted, tilbleven i retsskabende

akter foretaget af mennesker og afhængig af ydre magtfaktorer. Men at dette indhold 'gælder' eller har 'gyldighed' som ret, er noget der ikke kan iagttages i erfaringen. Hvad 'gyldighed' er lader sig ikke nærmere beskrive. Det er et irreduktibelt apriorisk begreb, givet i en umiddelbar fornuftsanskuelse. ...«

»Det bærende tankemotiv i den retsfilosofiske *realisme* er ønsket om at forstå retsvidenskaben i overensstemmelse med det begreb om videnskabens natur, opgave og metode der er udarbejdet af den moderne videnskabelige filosofi. Forskellige filosofiske retninger ... mødes i afvisning af al spekulativ erkendelse grundet i apriorisk fornuftindsigt, den såkaldte metafysik. Der er kun een verden og een erkendelse. ...

Retsvidenskaben må i sidste instans som al anden socialvidenskab være en lære om sociale fænomener, det menneskelige samfundsliv, og opgaven for retsfilosofien må være at tyde rettens »gælden« som social effektivitet, d.v.s. en vis korrespondance mellem et normativt ideindhold og sociale fænomener.« [Hvordan Ross mener at kunne løse denne opgave, vil fremgå af kapitel 5, afsnit 2].

»Således står retsfilosofiens to hovedretninger, den metafysiske idealisme og den videnskabelige realisme overfor hinanden. Den sidste kamp mellem dem kan ikke føres indenfor retsfilosofien selv, men må udkæmpes på den almene filosofis slagmark.«

Ti år efter udgivelsen af *Om ret og retfærdighed* tog Ross denne tråd op. I en af sine vægtigste artikler (»Naturret contra retspositivisme«, *TfR* 1963 s. 497 ff.)

gjorde han gældende, at der er to fundamentale teser, som udgør den positivistiske retstæknings marv:

»For det første den tese at der *ikke gives nogen etisk erkendelse og følgelig ingen naturlig ret*: al ret er positiv ret. De der antager en specifik etisk indsigt eller erkendelse plejer at opdele etikken eller sædeligheden i to forgreninger: moralen i snævrere forstand og naturretten. Moralens, siges det, angår menneskets yderste etiske mål og bestemmelse, naturretten de principper og regler der må gælde for menneskers borgerlige samliv i staten som betingelse for virkeliggørelse af menneskets moralske bestemmelse. Naturretsteorien er altså en del af den mere omfattende etiske erkendelses teori, og benægtelsen af naturretten er en konsekvens af den mere omfattende benægtelse af en etisk erkendelse overhovedet. Det er klart at denne tese er en læresætning der ikke specielt angår retsfilosofien, men *hører hjemme i den almindelige moral filosofi, etikken*. Den benægter nemlig helt generelt at etiske (moraliske, retlige) principper er noget der forefindes som givet, noget der opdages og konstateres; og hævder at etiske domme derfor ikke er af beskrivende og konstaterende natur, ikke udtryk for en indsigt eller erkendelse, men hinsides det område hvor prædikaterne 'sand' og 'falsk' er anvendelige.

Retspositivismens anden tese er derimod en specifik retsfilosofisk sætning angående retsvidenskabens teori og metodologi. Den hævder at påstanden om, at der til given tid og sted eksisterer en retsorden af et vist indhold, er et kort udtryk for et kompliceret sæt af sociale kendsgerninger; og at det er muligt at beskrive en sådan retsordens indhold ved hjælp af rent faktiske, empiriske udtryk baseret på iagttagelse

og interpretation af sociale kendsgerninger (menneskelige handlinger og indstillinger); eller kort: at *retsordenen er et socialt, empirisk faktum.*« (Ross, a.st. s. 504-505 med forfatterens egne udhævelser).\*

Om naturret skriver Ross sammesteds:

»Troen på at der findes en etisk erkendelse, specielt en erkendelse af principperne for menneskers samliv i staten, er naturrettens almindelig *moral-filosofiske* grundlag. Historisk har hermed været forbundet en *retsfilosofisk* tese i snævrere forstand, en tese der har relation til den positive ret og retsvidenskaben og som udgør modstykket til retspositivismens 2. tese om retten som empirisk faktum. Den naturligt-retsfilosofiske tese går ud på at hævde en indre væsensforbundethed mellem naturlig og positiv ret: den naturlige ret er ikke blot en regulativ ide, d.v.s. ledestjerne og mål for den positive ret, men *konstitutiv for retsbegrebet*. En faktisk opretholdt orden der ikke engang er et – mere eller mindre vellykket – forsøg på at virkeliggøre den naturlige rets (eller retfærdighedens) ide er ikke idestridig ret, dårlig ret, men overhovedet ikke ret. En sådan orden er et voldsdiktatur, ingen retsorden, den parteciperer ikke i den *gyldighed* der adskiller retsnormerne fra en gangsters befalinger og trusler, den gyldighed der er naturretten iboende og som overføres på den positive ret i og dermed at den timelige orden, omend ufuldkomment, manifesterer den evige lovs krav.«

\* Ved læsningen af dette citat må man have *in mente*, at Ross opfatter retsvidenskabelige udsagn som teoretiske udsagn, der enten er sande eller falske, se herom kap. 5 (afsnit 2).



(Ross, a.st. s. 511-512 med forfatterens egne udhævelser).

Ross peger her på noget aldeles afgørende, som skiller naturret fra retspositivisme, nemlig det forhold, at det i alle former for naturret hævdes, at retsregler skal kunne bestå en slags moralsk lakmus-prøve. Dersom den positive retsregel ikke er i overensstemmelse med naturretten, udgør reglen slet ikke en retsregel, men er alene en manifestation af magt. Kravet om den moralske censur af retsreglernes indhold udgør kernen i al naturret.

Henrik Palmer Olsen plæderer i sin bog *Rationalitet, ret og moral* (1997) for, at en egentlig forståelse for det essentielle i retten bedst kommer i stand på baggrund af »et retsbegreb, der indeholder et moralsk kriterium for retlig gyldighed.«

I Aleksander Peczenik et al.: *Juridisk argumentation* (1990) hævdes det, at et normalt retssystem nødvendigvis må opfylde visse etiske minimumskrav. Af den grund må forfatternes retsteori (af ophavsmændene selv betegnet: retraceptualisme) klassificeres som en naturretlig retsteori.

Om ret og moral se også Sv. Gram Jensen i *UfR* 1991 B s. 87 ff.

Ross bygger herefter videre på den ovenfor gengivne bestemmelse af retspositivismen, idet han fortsætter således:

»Jeg har ... defineret retspositivisme gennem to teser, en moral-filosofisk og en retsfilosofisk. Denne sammenkædning er rimelig fordi den sidste af disse er logisk impliceret i den første: dersom eksistensen af overempiriske retsprincipper benægtes, kan der ikke blive tale om at tilskrive den positive ret overempirisk gyldighed.

Dersom man nu på tilsvarende måde definerer naturretten gennem disse tesers kontradiktioner (moralfilosofisk: naturretens eksistens, retsfilosofisk: den positive rets konstituering i naturretten) er det indlysende at retspositivisme og naturet pr. definition er uforenelige tanke-systemer.

En sådan definition ville være rimelig dersom det for naturretens vedkommende, på tilsvarende måde som hvad angår retspositivismen, gjaldt at dens 2. tese (den retsfilosofiske) er logisk impliceret i dens 1. tese (den moralfilosofiske). *Grundtanken i denne afhandling er at hævde at en sådan logisk implikation ikke foreligger, altså at troen på naturretens eksistens ikke implicerer at den positive ret er konstitueret i den naturlige.* Dette vil altså sige, at modstridende opfattelse i det moralfilosofiske spørgsmål (tese nr. 1) ikke behøver at medføre divergerende opfattelse af den positive rets og retsvidenskabens karakter (tese nr. 2). Eller: *naturet og retspositivisme er kun uforenelige som moralfilosofiske, ikke som retsfilosofiske doktriner i snævrere forstand.*« (Ross a.st. s. 512-513 med mine udhævelser).

For Ross bliver det, der skiller naturretstilhængere og tilhængere af retspositivismen, derfor alene et spørgsmål om klassifikation og terminologi. »Skal en faktisk opretholdt orden der er i komplet modstrid med retfærdighedens principper (i absolut eller historisk-relativ betydning) klassificeres som en *retsorden*, eller skal denne betegnelse forbeholdes sådanne systemer der opfylder de etiske minimumskrav?« (a.st. s. 516). Personligt foretrækker Ross en begrebsdannelse baseret på videnskabelige hensigtsmæssighedsbetragtninger – på

samme måde som han finder det rimeligt »på grund af biologiske strukturligheder at indbefatte også sorte svaner under det zoologiske begreb 'svane', selv om man skulle være af den opfattelse, at disse dyr står tilbage for de hvide svaner i æstetisk værdi« (a.st. s. 517).

Det skal fremhæves, at Ross ingenlunde benægter, at moralske og retlige fænomener på flere måder har noget med hinanden at gøre. Tværtimod anføres det udtrykkeligt: »Moralske forestillinger er uden tvivl blandt de kausale faktorer der bestemmer retsudviklingen; og retten, på sin side, påvirker igen den i samfundet herskende moral. Det er også velkendt at loven gennem de såkaldte standarder kan henvise til og inkorporere gængse moralske vurderinger i retsordenens system. Om ikke alle, kan dog mange retsregler gøres til genstand for en moralsk vurdering. I den virksomhed der består i at skabe og anvende ret indgår også moralske vurderinger. Der er ingen grund til at en positivist skulle benægte disse og andre relationer mellem retlige og moralske fænomener« (a.st. s. 507).

Til illustration af den af Ross fremhævede vekselvirkning mellem retlige og moralske fænomener kan der peges på, at retsregler som de i lov nr. 372 af 7. juni 1989 om registreret partnerskab indeholdte utvivlsomt vil influere på den moralske bedømmelse af samliv mellem personer af samme køn.

At moral og ret er »overlappende« fænomener fremgår også af en retsregel som færdselslovens § 54, stk. 4, hvorefter restaurationspersonale under visse omstændigheder ikke blot har en moralsk pligt til, men ligefrem er undergivet et (retligt) påbud om at søge at hindre spirituspåvirkede gæster i at føre motorkøretøj.

3. Når Ross lægger betydelig vægt på at henføre striden om naturretens eksistens under den almindelige moralfilosofi, sker det for at betone, at den falder uden for det område på hvilket juristen eller retsfilosoffen som sådan er kompetent.

»Selvom naturligvis enhver har ret til at ytre sin mening om dette problem – som om ethvert andet fra atomfysik til kinesisk grammatik – må det, tror jeg, indrømmes at en kompetent diskussion kun kan føres mellem forskere der er tilstrækkelig bekendt med den moderne filosofiske debat om moralske udsagns logik.\* Udsagn fra anden side kan forbigås som personlige trosbekendelser der ikke vedkommer videnskaben«. (Ross, a.st. s. 513).

4. Som det vil være fremgået af det i afsnit 2 anførte, var Ross tilsyneladende indstillet på at komme på talefod med naturretstilhængererne, men vel at mærke: alene, hvad retsfilosofi angik. Prisen for retten til fredelig sameksistens var, at naturretstilhængererne skulle medgive Ross, at der for en tilhænger af naturretten ikke består nogen sammenhæng mellem naturretens moralfilosofiske tese (der gives en etisk erkendelse) og dens retsfilosofiske tese (naturretsbegrebet er konstitutivt for retsbegrebet). Og fornægtelse af denne sammenhæng må unægtelig være en slem kamel at sluge, hvis man sværger til naturretten. Mellem retspositivismens to

\* Til dette sted i Ross' artikel er knyttet følgende forfatteren karakteristiske fodnote: »Den moralske erkendelses mulighed er temaet for min bog *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis* (1933) og min afhandling »On the Logical Nature of Propositions of Value«, XI *Theoria* (1945), 172-210.«

teser: (1) der gives ikke nogen etisk erkendelse og (2) hvad enten retsordenen opfattes som et socialt empirisk faktum eller ej, så tilskrives der ikke den positive ret nogen overempirisk gyldighed, består der selvsagt den sammenhæng, at den sidste er impliceret i den første.

Ross' kritik af naturretten er i øvrigt et mønstereksempel på, hvad man har kaldt den transcendent kritik, dvs. en kritik, hvori man kritiserer en anskuelse ud fra et andet udgangspunkt end den pågældende anskuelses eget. En sådan kritik vil kun i sjældne tilfælde gøre indtryk på den, som udsættes for kritikken. Anderledes forholder det sig med den form for kritik, som man har benævnt den immanente kritik, dvs. en kritik, hvori man kritiserer en anskuelse ud fra dennes eget udgangspunkt. Antagelig vil adskillige naturretstilhængere indrømme, at der er noget selvmodsigende i, at det indhold, der tillægges naturretten, i hvert fald i en vis udstrækning synes at bero på tid og sted. I det 17. århundrede var Hugo Grotius således en erklæret modstander af dødsstraf med den begrundelse, at individet ved samfundspagten ikke havde overdraget retten til liv og død til fyrsten – allerede af den gode grund, at individet selv ikke var i besiddelse af en sådan ret over sit eget liv. Derimod anså den noget yngre Samuel Pufendorf, der var en varm tilhænger af sin samtids enevælde, det for en selvfølge, at statsmagten besad ret til at råde over undersåtternes liv og død.

Forestillingen om en af tid og sted uafhængig retsorden kan med nogen føje karakteriseres som »en kjon Tanke«. Men i så fald har jeg det med naturretten som Storkemoder i H.C. Andersens eventyr om »Dynd-Kongens Datter« har det med en helt anden tanke: »Jeg forstaaer den ikke rigtigt! ... og det er ikke min Skyld,

men Tankens, dog det kan da ogsaa være det samme, jeg har Andet at tænke paa!«.

På denne baggrund vil det formentligt være forståeligt, at jeg ingen sympati nærer for de bestræbelser på at genoplive naturretten, som Peter Højlund udfolder i sin bog om *Den forbudte retsfølelse* (1992). En accept af Højlunds »alternative retsteori« medfører efter min opfattelse, at retlige afgørelser vil komme til at tendere mod vilkårlighed, hvorimod retspositivisme (i betydningen: afvisning af naturret) betrygger retssikkerheden.

**5.** Det var først i det 17. århundrede, at man fik øjnene op for, at ret og moral ikke – som oprindeligt antaget – er to sider af samme sag. Samuel Pufendorf var den første, der forsøgte at holde ret og moral ude fra hinanden. Christian Thomasius gik et skridt videre ad den vej, som Pufendorf havde betrådt. Og med Immanuel Kant var adskillelsen fuldbragt.

Af de af Ross i afsnit 3 anførte grunde skal jeg afstå fra at ytre nogen mening om moralfilosofi, men det ville ikke undre mig, om moralfilosoffer engang kunne enes om, at klassificeringen af en handling som moralsk eller umoralsk er udtryk for en social eller kulturel vurdering – og intet andet. Denne klassificering beror helt og holdent på en til tid og sted bundet vurdering, hvorom der i det højeste kan opnås det, man kalder intersubjektiv enighed.

Filosoffen Justus Hartnack har (i *Tænkning og virkelighed* (1959) s. 104) påpeget, at det etiske ræsonnements struktur ikke er den strenge syllogismes struktur. Dets struktur er mere i retning af

(1) Man skal holde sine løfter

(2) Jeg har lovet at ringe

---

(3) Medmindre der er omstændigheder  
der taler for noget andet  
skal jeg følgelig ringe.

Hartnack anfører i fortsættelse heraf »Dette 'medmindre' er vigtigt og det er det der åbner mulighed for uenighed og debat i etikken; det er et træk ved al etisk ræsonnement og debat«.

Hvis man er enig med Hartnack i dette synspunkt, hvad jeg er, indebærer det, at der mellem ret og moral også består den forskel, at der i moralske relationer er en mulighed for at tage individuelle hensyn i betragtning, hvilket ofte vil være udelukket i retlige relationer. At en debitor undlader at betale den forfaldne terminsydelse på et pantebrev, fordi han foretrækker at bruge sine likvide midler på fødevarer til sin nødlidende familie fremfor at fyldestgøre sin kreditor i henhold til pantebrevet, er selvsagt moralsk acceptabelt, men kan ikke bevirke, at pantebrevets hovedstol ikke anses for forfalden. I den her skildrede situation, hvor juraens fordring om formel retfærdighed tørner sammen med moralens krav om konkret billighed, er det juraen, der går sejrende ud af striden.

Omtalen af den tænkte situation, hvor valget står mellem familiens tarv eller kreditors fyldestgørelse, leder tanken hen på Viggo Bentzon, der fremhævede »Regelmæssighed kontra Individualisering« som »Rettens dybeste, men derfor ogsaa væsentlig formale Tendensmodsatning«. Dette udgør temaet for hans inspirerede og inspirerende skrift *Skøn og Regel* (1914).

**6.** Herefter kan nogle hovedpunkter i kap. 2-4 sammenfattes således:

Moralske udsagn er praktiske udsagn.

Den moralske censur af retsreglernes indhold udgør kernen i al naturret. I nærværende fremstilling, hvor eksistensen af en naturret bestrides, opstilles der ikke noget krav om, at en retsregel skal opfylde visse moralske minimumskrav, se foran kap. 2 (afsnit 5 *in fine*). Dette har imidlertid ikke til følge, at det benægtes, at der består relationer mellem ret og moral. Således påvirker retten vitterligt moralen, ligesom moralske forestillinger uden tvivl er blandt de kausale faktorer, der bestemmer retsudviklingen.

Moralske normer er udtryk for en social eller kulturel vurdering. Noget tilsvarende gælder for udsagn om (materiel) retfærdighed.

Retsnormer kan i den sidste analyse reduceres til regler om et retligt ansvar. Da der ikke er knyttet noget retligt ansvar til overtrædelse af en *lex imperfecta*, falder *leges imperfectae* uden for begrebet retsnorm. Pligtbegrebet er overflødigt inden for juraen og kan overlades til moralfilosofien.

Mellem ret og moral er der den betydningsfulde forskel, at der i moralske relationer består en mulighed for at tage individuelle hensyn i betragtning, hvilket ofte vil være udelukket i retlige relationer.



## KAPITEL 5

# Gældende ret

1. Retlige udsagn kan ifølge Ross inddeles i retsdogmatiske udsagn (udsagn *de lege lata*) og retspolitiske udsagn (udsagn *de lege ferenda* og *de sententia ferenda*). Udsagn *de lege lata* angår gældende ret. Udsagn *de lege ferenda* rummer retspolitiske råd og vink til lovgiveren, medens udsagn *de sententia ferenda* indeholder anbefalinger og henstillinger til dommeren om, hvordan han i påkommende tilfælde bør dømme. Forskellen mellem den retspolitiske argumentation *de lege ferenda* og *de sententia ferenda* »ligger alene i det bånd som lovens ord lægger på den retsudøvende handlefrihed« (Om ret og retfærdighed s. 170).

Som det vil fremgå af det følgende, er Ross af den opfattelse, at grænsen mellem retsdogmatiske og retspolitiske udsagn falder sammen med grænsen mellem teoretiske og praktiske udsagn. Retspolitiske udsagn er nemlig praktiske udsagn, der hverken kan være sande eller falske, hvorimod retsvidenskabens sætninger, således som det nærmere vil blive fremstillet i afsnit 2, tolkes som teoretiske udsagn, der enten er sande eller falske.

2. I sit retsfilosofiske hovedværk fremsatte Ross som programmerklæring at ville tolke problemet om rettens gælden i udtryk af sociale kendsgerninger. Indledningsvis påpeger han »den radikale forskelligartethed af lovens og retsvidenskabens sætninger«. Lovens sæt-

ninger er at opfatte som direktiver, dvs. ytringer uden repræsentativ mening, men med påvirkningsintention. Eller udtrykt på en anden måde: lovens sætninger er praktiske udsagn. Retsvidenskabens sætninger er derimod at opfatte som påstande, dvs. ytringer med en repræsentativ mening. Eller udtrykt på en anden måde: retsvidenskabens sætninger er teoretiske udsagn.

Begrebet *gældende ret* anvender Ross til at slå bro mellem disse to kategorier af udsagn. Dersom det hævdes, at det i en lovregel indeholdte direktiv er gældende ret, så fremsættes der en retsvidenskabelig påstand, som kan gøres til genstand for efterprøvelse. At hævde, at den retsvidenskabelige påstand er *sand*, er ensbetydende med at påstå, at lovreglen er *gældende*.

Hvordan forestiller Ross sig nu, at de retsvidenskabelige påstande kan gøres til genstand for efterprøvelse? På dette punkt i fremstillingen skelner han imellem (a) efterprøvelse af retsvidenskabelige sætninger vedrørende forholdsnormer og (b) efterprøvelse af retsvidenskabelige sætninger vedrørende kompetencenormer.

Vedrørende sondringen mellem forholdsnormer og kompetencenormer – der er behandlet foran i kap. 3 – skal på dette sted alene anføres, at Ross (a.st. s. 45) gør gældende, at retsnormerne efter deres umiddelbare indhold kan inddeles i to grupper: forholdsnormerne og kompetence- eller fremgangsnormerne. De første er dem, der foreskriver en vis adfærd. De sidste er dem, der skaber en kompetence (magt, myndighed), hvilket igen vil sige, at de er direktiver om, at sådanne direktiver, der bliver til i overensstemmelse med en angiven fremgangsmåde, skal agtes som forholdsnormer. Kompetencenormen er altså en indirekte udtrykt forholdsnorm.

(a) Hvad *forholdsnormerne* angår, så er disse jo af en sådan beskaffenhed, at de direkte foreskriver en vis

adfærd fra dommernes side. Derfor kan de uden vanskelighed indgå i et *tankeeksperiment*, hvorunder man forestiller sig, at en dommer skal afgøre en sag, i hvilken de i den pågældende forholdsnorm angivne betingende kendsgerninger er til stede. Under forudsætning af, at der ikke er indtruffet ændringer i retstilstanden (dvs. i de omstændigheder, der betinger påstanden om, at forholdsnormen er gældende), tør man i tankeeksperimentet gå ud fra, at forholdsnormen vil indgå som integrerende bestanddel af dommerens beslutningsgrundlag og – alt andet lige – udløse den til kendsgerningerne knyttede retsfølge, således at der foreligger det fornødne grundlag for at fremkomme med en *forudsigelse* af retsfølgens indtræden. Påstanden om, at forholdsnormen er gældende, er sand, hvis og kun hvis der er tilstrækkeligt grundlag for at antage, at den i denne forstand vil blive bragt i anvendelse.

Til tankeeksperimentet må bemærkes, at Ross for det første forudsætter, at påstande om gældende ret aldrig refererer sig til historiske begivenheder, men altid er fremtidskalkulationer, behæftede med adskillige usikkerheder. For det andet fremhæver han, at forudsigelsen (prognosen) ikke går på afgørelsen, men udelukkende på, om forholdsnormen vil indgå som integrerende bestanddel af dommerens beslutningsgrundlag, idet en anden forholdsnorm efter omstændighederne meget vel kan blive udslagsgivende for sagens udfald.

(b) Hvad *kompetencenormerne* angår, er det mere kompliceret at lade disse indgå som elementer i det oven for beskrevne tankeeksperiment. Ross opfatter jo kompetencenormerne som indirekte udtrykte forholdsnormer, dvs. de er direktiver om, at sådanne direktiver, der bliver til i overensstemmelse med en angiven

fremgangsmåde, skal agtes som forholdsnormer. I det omfang kompetencenormerne, tolket som indirekte udtrykte forholdsnormer, overhovedet kan indgå i tankeeksperimentet, bliver efterprøvelsesproceduren nøjagtig den samme som for forholdsnormernes vedkommende. Imidlertid er det herved en forudsætning, at dommeren har mulighed for at knytte retsvirkninger til de tilfælde, hvor der foreligger en overskridelse af kompetencen. Hvor kompetenceoverskridelsen medfører *ugyldighed* (hvilket netop indebærer, at den i kompetencenormen indirekte udtrykte forholdsnorm *ikke* skal følges), vil denne betingelse være opfyldt.

Er der ikke tale om ugyldighedsvirkning som følge af kompetenceoverskridelse, bliver det endnu mere kompliceret at anstille tankeeksperimentet. I så fald opstår spørgsmålet, om kompetencenormen kan opfattes som en umiddelbar forholdsnorm, der foreskriver dommeren at anordne sanktioner mod visse personer, såfremt kompetencen udøves i strid med den pågældende norm. Hvis f.eks. en minister har overskredet sin kompetence ved udstedelse af et cirkulære, vil *ansvar* i den anledning principielt kunne gøres gældende mod ministeren ved rigsretten, og da vil en sådan kompetencenorm også have rets karakter.

Tilbage bliver regler af type som forskriften i grundlovens § 41, stk. 2, hvorefter et lovforslag ikke endeligt kan vedtages, forinden det tre gange har været behandlet i Folketinget, idet forsyndelser imod denne forskrift hverken medfører ugyldighed eller ansvar. Ifølge Ross er spørgsmålet om, hvorvidt sådanne regler er gældende ret, »uden reel interesse« (*sic!*), når blot man er klar over den særstilling disse regler indtager. På den ene side hjemler de ikke retsvirkninger af nogen art og afgiver altså ikke grundlag for forudsigelser af frem-

tidige retsafgørelser. På den anden side virker de med samme moralsk-ideologiske kraft, som ellers knytter sig til gældende rets regler.

Ifølge Ross er retten på samme tid såvel ide som virkelighedsfænomen. Det, der eksisterer i tid og rum, er *retshandlingerne* og de bag disse liggende *retsforestillinger*. Tilsammen udgør de *retsfænomenerne*. Svarende til disse har man *retsnormerne*, som udgør det abstrakte, normative ideindhold, der anvendt som tydningskema gør det muligt at forstå retsfænomenerne (= retslivet) som en meningsfuld sammenhæng af retshandlinger og inden for visse grænser at forudsige retslivets forløb. Retsnormerne har således ingen selvstændig eksistens, men tjener alene som et *tydningskema*, ved hvis hjælp det kan fastslås, i hvilket omfang en udvortes *regelmæssighed* i retslivet tillige kan tages som tegn på en tilsvarende indvortes *regelbundethed* hos retslivets aktører.

En forudsætning for, at retsreglerne kan antages at udgøre et *system*, er ifølge Ross, at de refererer sig til bestemte handlinger foretaget af bestemte personer. De aktører i retslivet, som befinder sig i brændpunktet for systemet, er *dommerne*. Ross bestemmer *retshandlingerne* som domstolenes konkrete afgørelser f.eks. i form af de domme og kendelser, der igen udgør grundlaget for den tvangsfuldbyrdelse, hvori han til syvende og sidst ser rettens realitet. De bag retshandlingerne liggende *retsforestillinger* bliver derved identiske med dommernes retsforestillinger. Ross fastslår, at direktivet i en retsregel altid henvender sig til dommerne. Dette gælder, hvad enten der er tale om forholdsnormer eller kompetencenormer. Noget andet er, at Ross i andre sammenhænge ikke viger tilbage for at tale om såvel *egentlige retsnormer* (der henvender sig til dommerne) som

*uegentlige retsnormer* (der henvender sig til borgerne), men de sidstnævnte er netop uegentlige, dvs. de udgør alene en refleksvirkning af de førstnævnte.

Af det anførte fremgår implicit, at Ross kun tillægger selve lovgivningsakten begrænset betydning for rettens begreb. Sammen med andre offentlige og private retsakter indgår lovgivningsakten som bestanddel af dommernes retsforestillinger, og kun i det omfang det i lovreglen indeholdte *direktiv* bliver bestemmende for dommernes retshandlinger (= externt følges), fordi det opleves som socialt forbindende (= internt accepteres), bliver direktivet til en *norm*, der kan fungere som tydningskema i den oven for omtalte forstand.

Af denne redegørelse for Ross' opfattelse af begrebet gældende ret skulle forhåbentlig være fremgået, at Ross ikke vil tages til indtægt for *den ideologiske realisme*, der søger rettens realitet i de retsforestillinger, som faktisk besjæler dommere. Ross' hovedindvending imod denne opfattelse er, at retsbevidstheden er et individu-psykologisk begreb. Lige så lidt vil Ross tages til indtægt for *den behavioristiske realisme*, der søger rettens realitet i de retshandlinger, som dommere faktisk foretager. En ren behavioristisk tolkning af gældbegrebet anser Ross for udelukket, al den stund det er umuligt at forudsige dommers adfærd ved en blot ydre iagttagelse af regelmæssighed. En holdbar tydning af rettens gælden er ifølge Ross kun mulig ved hjælp af den her skitserede syntese af ideologiske og behavioristiske synspunkter.

**3.** I det foregående har jeg tilstræbt at give et pålideligt resumé af, hvad der ligger i Ross' begreb om gældende ret. Prognoseteorien er på samme tid både enkel og kompliceret. Den opleves som enkel, når man

læser Ross' egen engagerede fremstilling i kap. II i *Om ret og retfærdighed*. Hvor kompliceret den i virkeligheden er, går først rigtigt op for en, når man selv forsøger at formulere den.

Det lader sig næppe benægte, at der er et svælg imellem Ross' programmerklæring – at ville tolke begrebet om rettens gælden i udtryk af sociale kendsgerninger – og hans prognoseteori, hvor der i tankeeksperimentets form opereres med en imaginær dommer, som skal tage stilling til et hypotetisk retstilfælde. Og kun ved at klippe en hæl og hugge en tå (jfr. det foran anførte om kompetencenormer, der hverken medfører ugyldighedsvirkning eller ansvar) lykkes det Ross at sandsynliggøre, at retsdogmatiske udsagn (udsagn *de lege lata*) kan opfattes som en særlig form for teoretiske påstande. Og netop dette er for Ross det springende punkt: lader retsdogmatiske udsagn sig ikke verificere, så er jura ikke nogen videnskab.

I en bemærkelsesværdig opsats i *TfR* 1986 s. 209 ff. («År Uppsala-filosofin död?») medgiver Håkan Strömberg, at det kan diskuteres, hvorvidt jura kan betegnes som en videnskab i streng forstand, men konkluderer dog: »I varje fall är den en intellektuell verksamhet, som kan vara mycket kvalificerad och såtillvida åtminstone är jämförlig med vetenskap».

Direkte vendt mod Ross indtager Karen Dyekjær-Hansen i *UfR* 1988 B s. 153 ff. det standpunkt, at jura under ingen omstændigheder er en empirisk videnskab, og sammenfatter sine refleksioner i et slagord: »Jura er ikke en videnskab, det er en profession«. Ifølge denne forfatter er jura »ikke videnskab om nogen sandhed af empirisk art, det er heller ikke blot det at samle f.eks. skatteafgørelser under et register, eller referere hvad andre mener om dette

- \* I hvert fald er den en intellektuel virksomhed, som kan være meget kvalificeret, og for så vidt kan den i det mindste ligestilles med videnskab.

eller hint, det er derimod en for samfundet helt nødvendig kunst at udvikle, anvende, tilpasse, sammenfatte *regler* for menneskelig adfærd på en sådan måde, at de fremtræder som stabile, bekvemme, hensigtsmæssige, brugbare, 'menneskelige', værdige helst i en sådan grad, at de tiltager sig den naturlige autoritet, der er nødvendig for acceptabilitet og dermed, at juraen gennem devisen om 'the rule of law' bliver en fredsbevarende orden. Herved kræves bl.a. respekt for præjudikater og deraf, og af intet andet, udgår den (fejlagtige) idé, at selve retsafgørelsen er en verifikation. Når dette er erkendt, er det reelt mere frugtbart, om den forskende jura ville beskæftige sig med at systematisere, ordne, kritisere, uddybe, forklare, afbalancere de i vort retssystem indbyggede ofte krydsende principper end hænge sig i en krampagtig prognoseteori.«

For en indgående kritik af Ross' retsteori henvises til Henrik Zahle i *TJR* 1974 s. 333 ff. og Preben Stuer Lauridsen: *Studier i retspolitisk argumentation* (1974) s. 127 ff.

**4.** Et alternativ til Ross' empiriske videnskabsideal frembyder den jordbundne antagelse, der benægter, at retsdogmatiske udsagn er teoretiske påstande. Hvis man i stedet vil hævde, at sådanne udsagn intet andet er end praktiske påstande, får denne anskuelse følgende konsekvenser:

- (a) Retsdogmatiske udsagn må tolkes som rekommandationer til retsudøveren. Et retsdogmatisk udsagn (et udsagn *de lege lata*) er en rekommandation til retsudøveren om at følge en nærmere angiven regel, der af retsteoretikeren antages at være i overensstemmelse med gængs retskildelære og derfor udtryk for gældende ret.
- (b) Retsdogmatiske udsagn adskiller sig ikke fra retspolitiske udsagn derved, at de førstnævnte er teoretiske påstande, medens de sidstnævnte er praktiske påstande. Hvorvidt et retligt udsagn er af retsdogmatisk eller anden beskaffenhed afhænger derimod



af udsagnets overensstemmelse med gængs retskildelære.

Er et retligt udsagn således i overensstemmelse med gængs retskildelære, foreligger der et *korrekt* retsdogmatisk udsagn.

Er et retligt udsagn derimod ikke i overensstemmelse med gængs retskildelære, foreligger der enten et *ukorrekt* retsdogmatisk udsagn eller – efter omstændighederne – et retspolitisk udsagn.

Det bedes bemærket, at jeg ikke anvender udtrykkene *korrekt* og *ukorrekt* som synonyme for *sandt* og *falskt*.

Udtrykkene sand og falsk har deres naturlige anvendelsesområde inden for naturvidenskaben. Hvis en kemiker hævder, at et vandmolekyle består af to brintatomer og ét iltatom, så har han fremsat et sandt udsagn. Ethvert udsagn, der strider mod dette udsagn, vil være falskt.

Medens naturvidenskabens dyrkere bestræber sig på at fastslå sande udsagn om naturens beskaffenhed, tilstræber retsvidenskabens dyrkere blot at formulere korrekte udsagn om gældende ret. To kontradiktorisk modsatte udsagn kan i visse tilfælde begge være i overensstemmelse med gængs retskildelære og dermed fsv. være korrekte. Se hertil ndf. kap 7, afsnit 1 *in fine*. I sådanne situationer, der f.eks. opstår, når retsdogmatikeren skal træffe et valg mellem en analogislutning og en modsætningslutning, vil det dog oftest være heldigst at sige, at retstilstanden er uafklaret.

Preben Stuer Lauridsen oplyser i *Om ret og retsvidenskab* (1992) s. 73, at han ikke sonder mellem sandhed og korrekthed.

Der foreligger et retspolitisk udsagn, hvis det retlige udsagn har til formål at hidføre en ændring i retstilstanden. Et retspolitisk udsagn *de lege ferenda* er en rekommandation til lovgiveren om at vedtage en regel af et nærmere angivet indhold. Et retspolitisk udsagn *de sententia ferenda* er en rekommandation til retsudøveren om at anvende en regel af et nærmere angivet indhold,

som retsudøveren – uden at afvente en lovændring – kan lægge til grund for sin afgørelse.

Som allerede anført er det gængs retskildelære, der sætter skel mellem p.d.e.s. korrekte retsdogmatiske udsagn og p.d.a.s. ukorrekte retsdogmatiske udsagn og retspolitiske udsagn *de sententia ferenda*. Skellet mellem retspolitik *de sententia ferenda* og retspolitik *de lege ferenda* beror derimod – som af Ross påpeget – på »det bånd som lovens ord lægger på den retsudøvende handlefrihed«, hvorfor det sidstnævnte regelsæt hører hjemme i retsdogmatikken og ikke i retslæren.

At grænsen mellem retsdogmatik og retspolitik således er såre uskarp er ubestrideligt. Til nærmere dokumentation skal anføres aftalelovens § 29 samt et par tekster, der begge knytter sig til denne lovbestemmelse.

Aftalelovens § 29 har følgende ordlyd:

Er en viljeserklæring retsstridigt fremkaldt ved anden tvang end i § 28 omtalt, er den ikke bindende for den tvungne, hvis den, til hvem erklæringen er afgivet selv har udøvet tvangen eller har indset eller burdet indse, at erklæringen retsstridigt var fremkaldt ved tvang fra tredjemands side.

#### *Tekst 1*

For det tilfælde, at tvangen ikke er voldelig, fastsættes det i § 29, at erklæringen ikke er bindende for den tvungne, hvis adressaten selv har udøvet tvangen eller har indset eller burdet indse (aftalelovens § 39), at erklæringen retsstridigt var fremkaldt ved tvang fra en andens side. Reklamation er ikke nødvendig for at vedligeholde denne tvangsindsigelse. Da medkontrahtenten selv har udøvet tvangen eller dog ikke er i begrundet god tro, fandtes han ikke at have rimeligt krav på reklamation. Modsætningsvis kan af § 29 sluttes, at et

løfte, der er fremkaldt ved ikke-voldelig tvang, som hovedregel er gyldigt, når medkontrahenten var i begrundet god tro.

### *Tekst 2*

Aftalelovens § 29 handler om den ikke-voldelige kompulsive tvang. Lovreglen fastslår, at såfremt løftegiverens viljeserklæring er fremkaldt ved sådan tvang, og løftemodtager er i ond tro, så er erklæringen ikke bindende for løftegiveren.

Derimod indeholder aftaleloven ikke nogen regel om, hvordan der skal forholdes, hvis løftemodtageren er i god tro. Her bør domstolene anvende § 29 analogt og statuere, at den tvungne heller ikke er bundet af sin viljeserklæring i sådanne tilfælde. Reale grunde taler nemlig for, at løftegiver kun bør være bundet, når erklæringen er afgivet af fri vilje uden nogen form for tvang. Særlig velbegrunder forekommer analogislutningen at være ved gaveløfter fremkaldt ved tvang, men hvor løftemodtageren er i god tro.

Som bekendt er det standpunkt, der indtages i den sidste passus i tekst 1, gældende ret. Pointen er imidlertid den, at selv om en person er fuldt fortrolig med juridisk tankegang og har kendskab til ordlyden af aftalelovens § 29, vil det ikke destomindre være umuligt for ham at afgøre, hvilket af de to ræsonnementer der indeholder en korrekt fremstilling af gældende ret. Hertil kræves der andet og mere.

Tekst 1 er en ordret gengivelse af den opfattelse, som Henry Ussing har gjort sig til talsmand for. Når der i denne tekst udtrykkes et korrekt retsdogmatisk udsagn, beror det på, at modsætningslutningen fra § 29 er knæsat ved domstolene. Udsagnet er derved i over-

ensstemmelse med gængs retskildelære og derfor udtryk for gældende ret\*.

Tekst 2 er rent fiktiv. Selv om ræsonnementet kan forekomme plausibelt, er det i strid med hævdunden opfattelse. Teksten fremstiller gældende ret på en fejlagtig måde; men man kan i stedet vælge at opfatte den som et stykke retspolitik, et udsagn *de sententia ferenda*, hvori der argumenteres for, at domstolene bør anvende en analogislutning fra § 29, hvis løftemodtager er i god tro.

Eksemplet viser tillige, at sondringen mellem retspolitiske udsagn *de lege ferenda* og retspolitiske udsagn *de sententia ferenda* ingenlunde er overflødig. Hverken lovordene eller fast praksis er jo til hinder for, at Højesteret kan ændre kurs og anvende aftalelovens § 29 analogt på den godtroende løftemodtager, hvis dette engang skulle findes at være bedst stemmende med samfundets tarv.

Den her hævdede opfattelse af, hvad der forstås ved »gældende ret«, svarer til den, som W.E. von Eyben er fremkommet med i sit bidrag til *Festskrift til Alf Ross* (1969) s. 97 ff., jfr. samme forfatter i *Retskilderne* (= *Juridisk Grundbog I*, 5. udg., 1991) s. 22 ff. Sidstnævnte sted s. 24 hedder det med en af mig foretagen udhævelse: »*Gældende ret* er ... indbegrebet af de retssætninger, som efter retskildelærens grundsætninger kan fastslås med sikkerhed. Graden af denne sikkerhed lader sig ikke bestemme nøjagtigt. Men den ligger formentlig højt.«

Derimod er jeg helt uenig med von Eyben, når han, a.st. s. 15 med min udhævelse, vil hævde, at man kan »bestemme *læren om retskilder* som problemet om, hvorledes begrebet 'gældende ret' skal fastlægges«. Efter min opfattelse er det cirkulært først at identificere retskildelæren med fastlæggelsen af begrebet »gælden-

\* Jfr. Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende aftaleret* (1997) s. 302.

de ret« for dernæst at definere »gældende ret« ved hjælp af retskildelærens grundsætninger. Om min egen opfattelse af retskildebegrebet henvises til kap. 6 (afsnit 3).

## 5. Det anførte kan sammenfattes således:

Ved udsagn om gældende ret (retsdogmatiske udsagn eller udsagn *de lege lata*) forstår jeg påstande om retlige forhold, der er i overensstemmelse med gængs retskildelære. Sådanne retsdogmatiske udsagn er intet andet end rekommandationer til retsudøveren, og de kan som praktiske påstande hverken være sande eller falske.

Ved udsagn om retspolitik (retspolitiske udsagn) forstår jeg påstande om retlige forhold, hvormed der tilsigtes en ændring af gældende ret. Sådanne retspolitiske udsagn er enten rekommandationer til retsudøveren (udsagn *de sententia ferenda*) eller rekommandationer til lovgivningsmagten (udsagn *de lege ferenda*). Retspolitiske udsagn udgør, ligesom retsdogmatiske udsagn, praktiske påstande, der hverken kan være sande eller falske.

Om den retskildelære, der sætter skel mellem p.d.e.s. korrekte retsdogmatiske udsagn og p.d.a.s. ukorrekte retsdogmatiske udsagn og retspolitiske udsagn *de sententia ferenda*, henvises til kap. 6.

## KAPITEL 6

# Retskilderne

1. Den naturret, som der blev taget afstand fra i kap. 4 (afsnit 4 *in fine*), satte sit præg på retskildelæren i det 18. århundrede. I 1784 gjorde Lauritz Nørregaard således gældende, at danske og norske jurister var nødt til at ty til naturret, når lovgivningen ikke strakte til. Nørregaard var nemlig af den mening, at naturretten udgjorde »den eeneste almindelige subsidiaire Ret«. Og i 1804 hævdede A.S. Ørsted i sit supplement til Nørregaards lærebogssystem, at indsigt i naturret var så »fortrinlig vigtig« på grund af Danske og Norske Lovs »Ufuldstændighed og casuistiske Fremsættelses-Maade«.

Et vendepunkt indtraf først i 1822. Dette år påbegyndte Ørsted udgivelsen af sin bindstærke kommentar til Hurtigkarls lærebogssystem. Ørsteds værk udkom under titlen *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, og hans skelsættende betragtninger over den uskrevne ret findes i det første bind. En gendrivelse af naturretten indlod Ørsted sig dog ikke på. »Hvorvidt der gives nogen saadan afsondret philosophisk Retsvidenskab, som den, der pleier at afhandles under Navn af Naturret, og hvorvidt den i al Fald strækker sig, er en Undersøgelse, hvortil her ikke er Stedet.« For Ørsted kom det blot an på at fremhæve, at der ved siden af *lovgivningen* består en *uskreven ret*, og at der finder et samspil sted mellem de to regelsæt. Som kilder til den uskrevne ret peger Ørsted udtrykkeligt på sædvaner og præjudikater, og taget under ét udgør den uskrevne ret

– der trådte i naturretens sted som subsidiær retskilde  
– et retssystem, som »har dannet sig selv ved den naturlige Retsfølelse, den sunde Fornuft, det borgerlige Livs Tarv, Retsgjenstandens Natur og Folkets Sæder«. Retssædvaner og præjudikater, der tidligere kun havde været betragtet som klogskabs- eller forsigtighedsregler, fik fra nu af status som retskilder. Selv forholdets natur anerkendtes som en selvstændig retskilde.

Ørsteds indsats inden for retskildelæren lader sig vanskeligt overvurdere. Selv om han hverken ydede bidrag til det definitive opgør med naturretten eller foretog nogen analyse af retskildebegrebet, har han på dette felt udrettet så meget, at en fremstående norsk jurist forlængst med fuld føje har kunnet formulere sig således: »Takket være Ørsted har de danske og norske domstoler i det store og hele tatt kunnet praktisere en med en sunn oppfatning av de reelle hensyn stemmende retskildelære.«

Se hertil Herman Scheel i *TjR* 1940 s. 119 ff. Det netop gengivne citat er hentet fra s. 121.

Der kan også henvises til Sv. Gram Jensen i *TjR* 1977 s. 472 ff.

I det 19. århundredes anden halvdel indtrådte der en reaktion imod Ørsteds retskildesyn. Retspositivismen holdt sit indtog,\* og nu forkyndtes det, at loven var den eneste retskilde. Kun retssædvaner, der ikke stred mod

\* Det bedes bemærket, at ordet retspositivisme her er anvendt i en helt anden betydning end i kap. 4, hvor det benyttedes i den brede betydning, der blot betegner en afvisning af naturretens eksistens. Her er retspositivisme anvendt i en snæver betydning som betegnelse for en bestemt retsfilosofisk skole.

loven (dvs. retssædvaner *praeter legem*), kunne anvendes til udfyldning af loven. Dette beroede på, at lovgiveren ved sin passivitet stiltiende kunne siges at have anerkendt sådanne retssædvaner. Men præjudikater udgjorde ikke nogen retskilde, og om forholdets natur ville retspositivisterne slet ikke høre tale, eftersom dommeren alene antoges at være retsanvendende og ikke retsskabende. Denne læres ypperstepræst var tyskeren Karl Magnus Bergbohm, og dens danske missionær blev J.H. Deuntzer. I sit skrift *Kort Fremstilling af Retssystemets navnlig Privatrettens almindelige Del* (1875) bestred Deuntzer således, at præjudikater udgør en retskilde: »Skjøndt det modsatte jævnlig paastaaes, maa det dog ansees for utvivlsomt, at Praxis ikke er en Retskilde« (a.st. s. 31). Nogen vedvarende indflydelse på dansk ret fik retspositivismen dog ikke. Som allerede nævnt i kap. I (afsnit 3) overtog Viggo Bentzon i 1892 den almindelige retslære som sit fagområde, og med ham knyttedes tråden tilbage til Ørsted.

**2.** Fra det 20. århundrede foreligger der følgende (danske) værker af interesse for en fremstilling af den almindelige retskildelære:

Viggo Bentzon: *Retskilderne* (1900-07),  
Vinding Kruse: *Retslæren* (1943) 1. bog, 2. afsnit,  
Knud Illum: *Lov og Ret* (1945) kap. III-VI,  
Alf Ross: *Om ret og retfærdighed* (1953) kap. III og  
Preben Stuer Lauridsen: *Retslæren* (1977) kap. VI.

Bentzons monografi har dybe rødder i det 19. århundrede. Hvad retskilderne angik, var arbejdsdelingen mellem den almindelige retslære og privatretten dengang den, at retslæren blot beskæftigede sig med »det almindelige



Grundlag for Opfattelsen af Begreberne Retskilde, Lov, Kundgørelse, subsidiær Ret, Fortolkning etc.«, hvorimod disse og beslægtede spørgsmål ud fra »vor positive Rets Bestemmelser og Opfattelser i Theori og Praxis« gjordes til genstand for nærmere undersøgelse i privatrettens almindelige del, Bentzon a.st. s. 2.

Bentzon betegner udtrykkeligt sin bog som et bidrag til privatrettens almindelige del. Bogen har som programmerklæring *ud fra vor positive ret* at give en fremstilling af retskilderne. Denne programmerklæring bør imidlertid ikke forlede ubefæstede sjæle til at antage, at forfatteren tilhører den retsfilosofiske retning, der benævnes som retspositivisme (i snæver betydning). Imod at slå Bentzon i hartkorn med Deuntzer taler på afgørende vis Bentzons klare erkendelse af domstolenes retsskabende funktion. Den absolutte fortrinsstilling, som Bentzon ville indrømme loven i forhold til de øvrige retskilder, udgør dog et rudiment af retspositivisme. I *Retskilderne* findes der en opdeling eller rangorden, hvorefter loven udgør den *principale* retskilde, som dommeren ubetinget skal adlyde, medens alle de øvrige retskilder kun er *subsidiære*, dvs. vejledende for dommeren.

Bentzon har i sin monografi inddelt stoffet i tre kapitler, hvoraf de to første – der slutter sig snævert til Deuntzers i det foregående afsnit anførte skrift – beskæftiger sig med den skrevne ret. Det tredje kapitel om subsidiære retskilder og fortolkning er desværre ufuldendt. Afsnittet om fortolkning forblev et fragment, der omfatter størsteparten af læren om lovfortolkning, men slutter abrupt med § 17 B. § 17 C og det resterende af læren om lovfortolkning samt underafsnittet om anden retlig fortolkning udkom aldrig.

Om Fr. Vinding Kruses fremstilling af retskildelæren er på dette sted kun at bemærke, at den oprindeligt blev offentliggjort som afhandling i *Juristen* 1938 s. 541 ff. og som særtryk heraf. Ved sin fremkomst vakte Vinding Kruses bidrag til retskildelæren usædvanlig opmærksomhed. Herman Scheel omtalte det rosende i *TfR* 1940 s. 119 ff., medens Alf Ross svang riset i *UfR* 1940 B s. 149 ff. Og da afhandlingen siden indgik som et afsnit i Vinding Kruses *Retslæren*, gentog Ross sin sønderknusende kritik i en recension af dette værk (*TfR* 1945 s. 273 ff.), hvori han fastslog, at afsnittet om retskildelæren havde »et afgjort forældet Præg«.

Selv brød Ross som bekendt nye baner. Det er foran i kap. 5 omtalt, hvordan han i *Om ret og retfærdighed* tager udgangspunkt i den radikale forskelligartethed af lovens og retsvidenskabens sætninger. Ifølge Ross er lovens sætninger at opfatte som direktiver, dvs. ytringer uden repræsentativ mening, men med påvirkningsintention. Eller udtrykt på en anden måde: lovens sætninger er praktiske udsagn, der hverken kan være sande eller falske. Retsvidenskabens sætninger er derimod at opfatte som påstande, dvs. ytringer med repræsentativ mening. Eller udtrykt på en anden måde: retsvidenskabens sætninger er teoretiske udsagn, der enten er sande eller falske. Til at slå bro imellem disse to kategorier af udsagn benytter Ross begrebet »gældende ret«. Dette begreb tolker han således: Dersom det hævdes, at det i en lovregel indeholdte direktiv er gældende ret, så fremsættes der en retsvidenskabelig påstand, som kan gøres til genstand for efterprøvelse. At hævde, at den retsvidenskabelige påstand er *sand*, er ensbetydende med at påstå, at lovreglen er *gældende*. I konsekvens af dette grundsyn bliver retskildelæren som al anden lære om gældende ret norm-deskriptiv, ikke

norm-ekspresiv, en lære *om* normer, ikke *i* normer. Bl.a. herved adskiller Ross' retskildelære sig fra Bentzons; men Ross har selv advaret imod at lægge for meget i denne forskel:

»En særstilling i dansk retskildeteori indtager Viggo Bentzon, hvis *Retskilderne* (1905) har været banebrydende for det realistiske syn nærværende fremstilling er bygget på.

Uanset en normativ formulering er Bentzons retskildelære i virkeligheden rent analytisk-deskriptiv. Retskildelærens forbindende kraft, siges det, 'beror på noget sædvanemæssigt: det *er* det gældende grundprincip for retslivet, *fordi* det er indlevet i vor hidtidige retsudøvelse.' Som sidste grundlag påberåber Bentzon sig altså domstolenes praksis, og hans hele retskildelære er intet andet end en analyse af den ideologi der faktisk behersker danske domstole. Det er da af underordnet betydning, om resultatet fremstilles i normative eller i deskriptive vendinger.« (Ross, a.st. s. 127).

Derimod adskiller Ross sig i hvert fald radikalt fra Bentzon (og Vinding Kruse) ved, at han forkaster den hidtidige opdeling af retskilderne i én principal og flere subsidiære. Ifølge Ross er retskilderne principielt ligestillede. Således er der intet til hinder for, at f.eks. en retssædvane kan fortrænge en udtrykkelig lovbestemmelse.

Det skal dog i denne forbindelse nævnes, at allerede Illum havde betegnet den systematiske værdi af indelingen i principale og subsidiære retskilder som ringe:

»En ikke ualmindelig Inddeling af Retskilderne er Inddelingen i principale og subsidiære Retskilder. Som principal Retskilde nævner man i Regelen

Loven. Loven skal følges, saa vidt den opstiller en Handlingsforskrift, der er anvendelig paa den foreliggende Situation, medens andre Retskilder saasom Retspraksis eller Retssædvane kun skal kunne anvendes under Lovens Tavshed. Inddelingen har dog ringe systematisk Værd. Det forekommer ofte, at Love glemmes, eller at deres oprindelige Mening misforstaas, og der paa denne Maade danner sig en almindelig Retsanskuelse, som hviler paa Retssædvane, Præjudikater eller retsvidenskabelige Fremstillinger, og som ikke kan bringes i Overensstemmelse med Loven. I Fremhævelsen af Loven som den principale Retskilde kan der derfor ikke ligge andet og mere end det, at Loven har en dominerende Indflydelse paa Retsdannelsen.« (Illum, a.st. s. 67-68).

Stuer Lauridsen tiltræder, at det næppe er muligt at foretage en opdeling af retskilderne efter de af Bentzon (og Vinding Kruse) anvendte kriterier. Dette er dog ingenlunde ensbetydende med, at han i alle enkeltheder kan tilslutte sig Ross' retskildelære. Som en betydningsfuld forskel mellem disse to forfatteres synspunkter må det noteres, at Stuer Lauridsen opfatter retskildelærens regler som *regler for retsdogmatiske beskrivelser*, hvorimod Ross betragter retskildelærens genstand som en bestanddel af *gældende ret*,\* idet den består af direktiver, der ikke direkte angår, hvorledes en retstvist skal løses, men som angiver, hvorledes dommeren skal gå

\* Denne opfattelse rummer kimen til det s. 90 omtalte dilemma, der af den aldrende Ross betegnedes som retskildelærens »centrale og pinagtige problem«.

frem for at finde det eller de direktiver, der er afgørende herfor. Ross opfatter altså retskildelærens genstand som normer eller regler for dommernes praktiske virksomhed (dvs. som en lære om, hvorledes de faktisk handler), hvorimod Stuer Lauridsen opfatter den som metanormer, der angår retsdogmatikernes teoretiske virksomhed (dvs. som regler for regelbeskrivelser).

**3.** Hos Bentzon findes der nogle refleksioner over begreberne »retsudøvelse« og »retskilde«, som fortjener at blive gengivet *in extenso*:

»Efter det udviklede betegner Begrebet *Retsudøvelse* en Ordning af konkrete Livsforhold der, om fornødent, haandhæves ved ydre, mekanisk eller kompulsivt virkende Tvangsmidler. For Udøvelsen er en eller flere Regler vejledende med forskellig Styrke, varierende fra det næsten fuldtud bestemmende og omvendt over i Retning af et friere Skøn. Vi har saaledes Overgangen fra klare Love, som helt vil beherske givne Livsforhold, som giver Skønnet ringe Raaderum og knytter bestemte Retsvirkninger til udprægede Kendsgerninger – til Love, som rummer flere mulige Fortolkninger eller kun opstiller visse almindeligere Principper for Skønnet. Vi kommer fremdeles fra de helt lovordnede Forhold, gennem Tilfælde hvor nære Analogier staar til Raadighed, over til Brugen af partielle og fjernere Analogier og tilsidst til de talrige Forhold, hvor Dommeren, kun støttende sig til vage Retsanalogier og til Videnskabens Anskuelser om hvad Forholdets Natur tilsiger, væsentlig maa skønne frit over en Række Tilfælde, som han selv maa gruppe-dele og for hvilke han selv maa forme sig Regler.

Vi har endelig Overgangene fra de mange Tilfælde, som gammel Domspraxis eller faste Sædvane i Opførsel og Kontrahering har fæstnet i deres bestemte retlige Form, – til sjældnere eller nyopstaaede Livsforhold, hvor Sædvane og Praxis først skal dannes, og hvor Retsudøvelsen maa prøve sig frem overfor mange Spørgsmaal, selv dér hvor Forholdene er søgte ordnede gennem en hel Lovkodifikation.

Alt dette vejledende kaldes *Retskilder*: Kendsgeringer der oplyser om, hvad der er Retsreglen i hvert enkelt Tilfælde. At Kendsgeringen er Retskilde, maa altid bero paa en Samfundets udtrykkelige eller stiltiende Anerkendelse af, at Dommerne (og andre Retsudøvere) bruger den som saadan. Men heraf følger ikke logisk, at selve Indholdet er anerkendt af Samfundets Medlemmer, være sig dem alle eller en vis Flerhed blandt dem. Naar f.Ex. 'den ideale Ret' paaberaabes som Retskilde, mangler en saadan Anerkendelse; Dommerens egen Overbevisning om Idealet bliver afgørende. Imidlertid skal det i de følgende §§ søges godtgjort, at Kilden til en Regels Anerkendelse og til dens Indhold altid falder sammen, fordi det i sidste Instans er det nedarvede, det sædvansmæssige i vor Ret og Retsbrug, som i begge Retninger er Kilden.« (Bentzon, a.st. s. 81-82).

Vinding Kruse (a.st. s. 107 ff.) spalter sit retskildebegreb op i to begreber: det formelle og det reelle retskildebegreb.

Om det *formelle retskildebegreb* hedder det, at ved retskilderne forstås »de offentlige Viljeserklæringer, der stifter, forandrer eller ophæver Rettigheder, Love, Anordninger, Domme o l, ti selvom en Retsregel siges

at bero paa Retssædvane, en Analogislutning fra en Lov eller Anordning eller Sagens Natur, er den dog først formelt anerkendt som Retskilde, naar en Lov bekræfter den eller en Domstolsafgørelse har udtalt den«.

Men Vinding Kruse indskrænker sig imidlertid ikke til et formelt retskildebegreb, idet han fortsætter:

»... det, det reelt kommer an paa ... er til Vejledning for Dommerne, andre Myndigheder og Borgerne at søge fastslaet, hvilke *Regler eller Enkeltafgørelser der er og maa være bestemmende eller vejledende for Dommernes og andre Myndigheders Retsudøvelse*, fordi dennes Hensigt kræver det, og *derigennem for Borgernes Opførsel overfor hinanden*. Erfaringen i Retslivet viser imidlertid, at de Regler og Enkeltafgørelser, der er bestemmende eller vejledende for Myndighederne og Borgerne i saa Henseende, ikke blot er saadanne, som er fastslaet i Lovgivningen og Domstolenes Praksis, men tillige er saadanne, som Sædvaner, Analogislutninger, Retsgrundsætninger og den Faktor, vi kalder Sagens Natur, har skabt. Det *reelle Retskildebegreb* kan derfor bestemmes ved de sidst udhævede Ord.«  
(Vinding Kruse, a.st. s. 108).

Som allerede nævnt forkaster Ross den af Bentzon (og Vinding Kruse) foretagne opdeling af retskilderne i én principal og flere subsidiære. I stedet inddeler han retskilderne efter den grad af objektivering, hvormed de fremtræder, og får derved tre kategorier:

- (1) den fuldt objektiverede kildetype, dvs. *loven*,
- (2) de delvis objektiverede kildetyper, dvs. *retssædvanen* og *præjudikatet*, samt

(3) den ikke-objektiverede kildetype, dvs. *forholdets natur*.

På denne baggrund anser Ross det for vanskeligt og betænkeligt at inlade sig på at give en definition af selve retskildebegrebet. På forhånd må det jo forekomme som noget nær en umulighed at finde en fællesnævner for så heterogene størrelser.

Ross konkluderer derfor, at retskildebegrebet må »defineres på mere ubestemt måde, således at man ved retskilderne forstår *indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse*, idet det tilføjes, at denne indflydelse for de forskellige kilders vedkommende kan variere i høj grad fra sådanne tilfælde, i hvilke kilden præsterer dommeren en fuldt færdig retsregel der blot overtages af dommeren, til sådanne tilfælde, i hvilke kilden ikke byder dommeren andet og mere end visse inspirerende ideer ud fra hvilke han selv formulerer den regel han har brug for«. (Ross a.st. s. 92 med mine udhævelser).

Om Stuer Lauridsen kan jeg i denne sammenhæng indskrænke mig til at konstatere, at hans fremstilling af retskildelæren ikke indeholder nogen analyse eller definition af selve retskildebegrebet.

Det ses, at Bentzon og Ross begge baserer deres begrebsbestemmelse på *dommere og andre retsudøvere*, altså på personer hvem det påhviler at træffe afgørelser i retsspørgsmål. Selv vil jeg foretrække at bestemme retskildebegrebet således, at *retskilderne udgør indbegrebet af de faktorer, som enhver – der ønsker at tage stilling til retlige spørgsmål på kvalificeret vis – skal eller kan tage i betragtning, forinden den pågældende træffer sin afgørelse eller tilkendegiver sin opfattelse*. Derved baseres begrebsbestemmelsen ikke blot på



beslutningstagere, men definitionen tager tillige sigte på personer som f.eks. den responderende advokat eller universitetslæreren i dennes egenskab af forfatter til lærebøger eller tidsskriftsartikler.

I *TJR* 1990 s. 869 foretrækker Peter Blume at tale om »juridiske dispositioner« i stedet for »retlige spørgsmål«, således at han vil definere retskilder som »information, der kan eller skal tages i betragtning i forbindelse med juridiske dispositioner«.

Imidlertid er det vel næppe i overensstemmelse med almindelig sprogbrug at hævde, at advokaten træffer en juridisk disposition, når han til brug for en klient udarbejder et responsum, lige så lidt som universitetslæreren kan siges at disponere retligt, når han skriver en lærebog eller på anden vis optræder som juridisk forfatter.

Af den ovenfor givne, rummelige, definition følger, at antallet af retskilder ikke kan angives eksakt. Under betegnelsen retskilder figurerer hos Ross følgende faktorer: loven, retssædvanen, præjudikatet og forholdets natur. Men det siger næsten sig selv, at denne begrænsning til fire – og kun fire – retskilder er rent arbitrær. Der er intet til hinder for at anse f.eks. lovforarbejder, administrativ praksis, ombudsmandsafgørelser og den juridiske doktrin som retskilder i den forstand, at disse faktorer kan inddrages i de overvejelser, der går forud for enhver fagligt forsvarlig stillingtagen til retsspørgsmål.

Derimod indebærer den af mig foreslåede definition ingenlunde en tilbagevenden til ældre teoris rangordning af retskilderne. Nok mener jeg, at der gives to slags retskilder, nemlig retskilder, det er *påbudt* at tage i betragtning, og retskilder, det er *tilladt* at tage i betragtning. Nogen skarp grænse mellem *skal*-faktorer og

*kan*-faktorer findes imidlertid ikke, idet der er tale om en glidende skala, hvis yderpunkt i den ene ende udgøres af loven (samt visse præjudikater) og i den anden ende af den juridiske doktrin. Hertil kommer et ofte overset forhold, nemlig det at en retskildefaktor kan være obligatorisk i forhold til visse retsudøvere og fakultativ i forhold til andre retsudøvere.

Det netop anførte forhold betegnes af nogle forfattere som polycentri i retskildelæren eller retskildernes polycentri, se f.eks. Peter Blume i *TJR* 1990 s. 872 ff. Ophavsmand til denne sprogbrug er Henrik Zahle, se sidstnævntes bidrag til *Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* (1986) s. 752 ff.

I den af mig foreslåede definition ligger endelig, at der også findes faktorer, som det er *forbudt* at skele til, f.eks. retspolitiske udtalelser i de politiske partiers programmer. Men i sontringen mellem *skal*- og *kan*-faktorer ligger ingen rangfølge, der består ingenlunde et retskildernes hierarki, hvorefter en *kan*-faktor viger for en *skal*-faktor. En *skal*-faktor skal jo netop blot indgå i de overvejelser, der går forud for en fagligt forsvarlig stillingtagen til det pågældende retlige spørgsmål. Af den omstændighed, at en bestemt retskildefaktor ikke må lades upåagtet, følger ingenlunde, at den pågældende faktor skal være udslaggivende. Selv en klar lovbestemmelse må undertiden vige, dersom loven kolliderer med en af de andre retskildefaktorer, f.eks. en rets-sædvane.

Det bedes endvidere bemærket, at den traditionelle sontring mellem retskilder af forskellig rang går på, hvorvidt kilden antages at være *forpligtende* eller blot *vejledende* for dommeren, medens distinktionen mellem *skal*- og *kan*-faktorer ikke søger sit grundlag i gældende

ret. Dette rejser så naturligvis spørgsmålet om, hvad der nærmere ligger i, at man »skal« og/eller »kan« lægge vægt på en række forskellige faktorer. Eller udtrykt på en anden måde: hvad sker der, hvis den, der ønsker at udtale sig på kvalificeret vis om retlige spørgsmål, lader hånt om retskildefaktorerne?

Med dette spørgsmål har jeg strejft det problem, der af Ross (i *TjR* 1974 s. 329 ff.) betegnes som retskildelærens »centrale og pinagtige problem«. Ross opridser her problemstillingen således:

»Vi må forkaste en rent deskriptiv motivanalyse hvorefter også den individuelle dommers humør, fordøjelse og aversion mod blondiner er retskilder. Retskildelæren må angå noget normativt, hvad dommeren er *pligtig* eller (som Eckhoff med rette har tilføjet) har lov til at lægge til grund for sin afgørelse. Men hvilken art pligter er der tale om og hvad er deres grundlag? Det kan vel ikke være blot moralske pligter. For vi mener at retskilderne er forskellige i forskellige lande og andet og mere end blot moralske postulater. Men er der tale om retspligter, hvad er da deres grundlag? En retspligt synes at måtte forudsætte en retskilde hvormed vi synes at være havnet i en cirkel.« (*TjR* 1974 s. 331-332).

En sådan *circulus vitiosus* turde faktisk være den uundgåelige konsekvens af at opfatte retskildelærens metanormer som retspligter og dermed som en bestanddel af gældende ret. Men Ross' udgangspunkt er formentlig også forkert. Vel er det umiddelbart indlysende, at man ikke ifalder noget retligt ansvar ved at

lade hånt om disse metanormer.\* På den anden side forekommer det mig at være lige så evident, at den eneste reaktion består i en faglig afstandtagen, og at denne professionelle misbilligelse naturnødvendigt må være forankret i videnskabsteori og – i sidste instans – i videnskabsetik.

For en rettroende rossianer er et sådant standpunkt imidlertid uacceptabelt, al den stund det medfører konsekvenser, som han ikke kan leve med – nemlig, at retskildelæren opløser sig i moralske postulater, og at dens indhold bliver en samvittighedssag. Ikke desto mindre forekommer denne anskuelse mig at udgøre det eneste alternativ til Ross' opfattelse, og jeg må fastholde, at forsyndelser imod retskildelærens metanormer alene vil afføde, at den pågældende jurists synspunkter ikke vil blive taget seriøst.

Noget ganske andet er, at en dommer, der træffer forsætligt lovstridige afgørelser, vil realisere gerningsindholdet i straffelovens § 146 og dermed kunne *straffes* i medfør af denne bestemmelse. Tilsvarende gælder det, at såfremt en advokat påfører sin klient et påviseligt og adækvat tab ved fejlagtig rådgivning om simple retsspørgsmål, vil advokaten kunne ifalde *erstatningsansvar* efter dansk rets almindelige erstatningsregler. I begge tilfælde er situationen nemlig den, at de agerende har pådraget sig et retligt ansvar, fordi de har udvist en adfærd i strid med gældende ret, og ikke fordi de har ladet hånt om retskildelærens metanormer.

\* F.eks. skrives der jo ikke ind over for den byretsdommer, der måske – på grund af en retsvildfarelse – fraviger fast højesteretspraksis; og appellerer den domfældte ikke byrettens dom til landsretten, vil dommen kunne tvangsfuldbyrdes, når eksekutionsfristen er udløbet.

4. I første halvdel af det 20. århundrede var det i Danmark almindeligt antaget, at der fandtes fem retskilder: *lov, retssædvane, præjudikat* samt *analogi* og *forholdets natur*.

I *Om ret og retfærdighed* indtog Ross imidlertid det standpunkt, at analogi ikke udgør nogen selvstændig retskilde. Følgelig kunne retskilderne udtømmende angives som firkløveret: *lov, retssædvane, præjudikat* og *forholdets natur*. Om den sidstnævnte retskilde hedder det hos Ross, at den i retsudøvelsen først og fremmest virker på den måde, at den er den mere eller mindre ubevidste baggrund, der er afgørende for den måde, hvorpå lovene fortolkes. Men den kan undertiden også virke som direkte retskilde, dvs. være det grundstof, der inspirerer dommeren til at formulere den regel, han lægger til grund for sin afgørelse.

Hvad forholdets natur angår, tager Stuer Lauridsen skridtet fuldt ud, når han hævder, at vi – intet mindre end – »nødsages til« at placere forholdets natur som *en måde at fortolke de øvrige retskilder på* – »ikke som i sig selv en retskilde« (a.st. s. 374). Han vil således reducere antallet af retskilder til tre: *lov, retssædvane* og *præjudikat*.

Andre forfattere har tværtimod villet forøge antallet af retskilder. Således betragtede W.E. von Eyben i *Retskilderne* (her = *Juridisk Grundbog I*, 4. udg., 1988) s. 188 *retslitteraturen* som en retskilde af mindst samme

betydning som forholdets natur.\* På linje hermed når Peter Blume (i *Juristen* 1985 s. 120) – på basis af en undersøgelse af samtlige trykte afgørelser, offentliggjort i Ugeskrift for Retsvæsen 1983 – til den konklusion, at »juridisk teori må anses for en del af domstolenes beslutningsgrundlag«.

Som allerede nævnt er jeg selv af den opfattelse, at antallet af retskilder ikke kan angives eksakt, og at der intet er til hinder for at anse f.eks. lovforarbejder, administrativ praksis, ombudsmandsafgørelser og den juridiske doktrin for at udgøre retskildefaktorer.

I det følgende vil nogle udvalgte retskildefaktorer blive nærmere omtalt: love og lovforarbejder (afsnit 5), præjudikater (afsnit 6), administrativ praksis (afsnit 7), retssædvaner og kutyper (afsnit 8), den juridiske doktrin (afsnit 9) og forholdets natur (afsnit 10).

Med omtalen af de udvalgte retskildefaktorer er det ikke tilsigtet at give vejledning i juridisk informationssøgning. Herom kan henvises til Peter Blume: *Juridisk informationssøgning* (4. udg., 1993).

**5. Loven** udgør ubetinget den vigtigste *skal*-faktor. Lovens betydning som retskildefaktor varierer imidlertid fra retsområde til retsområde. F.eks. spiller love kun en underordnet rolle for erstatningsrettens vedkommende. Omvendt har lovgivningen inden for skatterettens

\* I 5. udg. (1991) s. 206 ff. modificerer von Eyben sine tidligere udtalelser om, hvorvidt retsteorien kan betragtes som en retskilde. Han hævder nu, at problemet i det væsentlige er af terminologisk karakter. Dette hænger sammen med, at forfatteren har ændret sit syn på forholdets natur. Om den sidstnævnte retskilde hedder det, a.st. s. 293, at »terminologien 'forholdets eller sagens natur' [må] opgives i retslitteraturen«.

område ikke alene en kvantitativ, men også en kvalitativ betydning, der savner sidestykke inden for de øvrige juridiske discipliner.

Inden for skatteretten beror lovens kvalitative betydning på bestemmelsen i grundlovens § 43, hvorefter ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov. Inden for statsforfatningsretten er der enighed om, at denne regel rummer et delegationsforbud, der er til hinder for, at Folketinget kan delegerere sin skattepålægsmagt til f.eks. skatteministeren. Derimod udelukker bestemmelsen ikke, at Folketinget kan bemyndige skatteministeren til at fastsætte visse iværksættelsesforskrifter mv.

Lovens kvantitative betydning inden for skatteretten beror på den omfattende lovmæssige regulering af det pågældende område. Antallet af skattelove er meget stort. Til illustration heraf kan nævnes, at de gængse skatteovsamlinger omfatter henved et halvt hundrede love.

Under udtrykket loven som retskildefaktor indbefattes som regel også bekendtgørelser og cirkulærer.

Bekendtgørelser kræver som altovervejende hovedregel en udtrykkelig lovhjemmel. De offentliggøres på samme måde som love (i Lovtidende A) og er bindende for borgerne.

Cirkulærer kan udstedes alene med hjemmel i administrationens hierarkiske opbygning, idet det bestående over- og underordningsforhold antages at afgive den fornødne hjemmel. Cirkulærer offentliggøres i begrænset omfang i Ministerialtidende og er alene bindende for myndighederne.

Nævnes skal også lovbekendtgørelser. Herved forstås den ordning, hvorved overblikket over lovgivningen lettes derved, at loven og

senere ændringslove kumuleres, således at lovbekendtgørelsen kun indeholder de bestemmelser, der er gældende ret på dens udstedelsestidspunkt. Lovbekendtgørelser offentliggøres på samme måde som love (i Lovtidende A).

Se som eksempler justitsministeriets lovbekendtgørelse nr. 752 af 15. august 1996 af lov om rettens pleje og justitsministeriets lovbekendtgørelse nr. 886 af 30. oktober 1992 af borgerlig straffelov, hvorved to centrale love af ældre dato (henholdsvis 1916 og 1930) foreligger i fornyet skikkelse.

Grænserne mellem retskildelæren og fortolkningslæren er flydende. Det beror på et skøn, hvordan stoffet skal fordeles mellem nærværende afsnit og det følgende kapitel om lovfortolkning. Efter min mening fremstilles læren om loven som retskildefaktor bedst i snæver tilknytning til læren om lovfortolkning. Dette synspunkt har endnu større vægt, hvad lovforarbejder angår, idet fremstillingen af lovforarbejders betydning som retskildefaktor falder sammen med en fremstilling af den subjektive lovfortolkning.

Om lovforarbejder som retskilde kan henvises til *Juridisk Grundbog I* (5. udg., 1991) s. 27 ff.

**6.** At *præjudikater* udgør en retskilde har været antaget i dansk ret siden Ørsteds tid. Som allerede anført (i afsnit 1) blev denne antagelse dog bestridt i retspositivismens glansperiode; men i det 20. århundrede har samtlige danske retsteoretikere imidlertid tilsluttet sig Ørsteds opfattelse.

Selv om en dom i første række har til formål at afgøre en foreliggende tvist mellem sagens parter, vil det være uden enhver forbindelse med virkeligheden, om man ikke har øjnene åbne for den virkning, som dommen tillige måtte have med henblik på fremtiden. På dommens normerende kraft ved afgørelsen af tilsvarende til-



fælde beror dens præjudikatsvirkning, dvs. dens betydning som fortilfælde.

I England gælder der ligefrem en præjudikatsdoktrin, hvorefter de underordnede domstole er bundne af de overordnede domstoles afgørelser, medens de overordnede domstole i et vist omfang er bundne af deres egne afgørelser. Dette standpunkt er udkrystalliseret i læren om *stare decisis*.\*

I skarp kontrast til denne engelske doktrin står den romanistiske indstilling til præjudikater, hvorefter fortilfælde aldrig er bindende. Dette udtrykkes i sentensen *non exemplis sed legibus judicandum est*.\*\*

Retstilstanden i Danmark er udtryk for et mellemstandpunkt, hvori der tages behørigt hensyn til kravet om formel retfærdighed, der går ud på, at ensartede tilfælde bør afgøres på samme måde. For at anerkende præjudikater som retskilde taler yderligere, at det er arbejdsbesparende at tage fortilfældet som mønster ved senere afgørelser i tilsvarende sager. Og ved at lægge vægt på præjudikater undgås tillige overflødige processer, idet borgerne – i tillid til, at retstilstanden er afgjort en gang for alle – afstår fra at indbringe nye sager om de samme spørgsmål for domstolene.

Imod at tillægge præjudikater bindende betydning taler, at man derved ville fastlåse retstilstanden. Det ville være uhensigtsmæssigt, om Højesteret – selv ved stærkt ændrede samfundsforhold – skulle være bundet af

\* I læren om *stare decisis et non quieta movere* fastslås det princip, hvorefter det i retsanvendelsen gælder om at holde fast ved tidligere retsafgørelser og om at lade være med at lave om på fæstnet retsopfattelse.

\*\* *Non exemplis sed legibus judicandum est* («Der skal ikke dømmes efter fortilfælde, men efter lovene»).

sine egne tidligere afgørelser. Og i samme retning taler hensynet til at give domstolene lejlighed til at berigtige tidligere begåede fejl.

Disse reale hensyn fører dog ikke længere end til at opstille den sætning, at spørgsmålet om, hvilken betydning man i en højesteretssag bør tillægge en tidligere højesteretsdom om samme emne, må bero på en afgørelse i det konkrete tilfælde af de modstående hensyn: fordelene ved ensartethed over for fordelene ved adgangen til at fremme udviklingen i det praktiske retsliv og berigtige tidligere begåede fejl. Om denne afgørelse er det blevet hævdet, at Højesteret føler sig frit stillet, selv om man i reglen tager som udgangspunkt, at et klart præjudikat bør følges uanset den enkelte dommers personlige opfattelse.

Den enkelte højesteretsdommer har (siden 1937) haft mulighed for at lade sin personlige retsopfattelse komme til orde i en dissens, der (siden 1958) skal forsynes med angivelse af navn.

Undertiden tilkommer der en dom så stor betydning, at præjudikatet bliver en *skal*-faktor på linje med loven. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvor Højesteret har taget stilling til rene lovfortolknings spørgsmål. Som eksempel kan nævnes U 1986.99 H, der er kommenteret af Erik Riis i *UfR* 1986 B s. 132 ff.

I henhold til ligningslovens § 8 C er der fradragsret for afgifter i anledning af en virksomheds tilslutning til offentligt eller privat ejede anlæg, som har erhvervsmæssig betydning for virksomheden. I et tilfælde, hvor der af et selskab var afholdt betydelige udgifter til tilslutning til den kommunale kloakforsyning og den lokale fjernvarmecentral med henblik på opførelse af et projekteret fabriksanlæg på en ubebygget grund, fandt Østre Landsret, at de afholdte udgifter måtte være fradragsberettigede, hvorimod Højesteret kom til, at der under hensyn til, at selskabet ikke på

noget tidspunkt havde udøvet erhvervmæssig virksomhed på den pågældende ubebyggede grund, ikke var fradragsret.

Den ovennævnte dom udgør et stærkt præjudikat. Der er tale om et rent lovforklningsspørgsmål, som er afgjort af en énstemmig Højesteret.

Hvis Højesterets dom ikke er énstemmig, og navnlig hvis afgørelsen er truffet med en enkelt stemmes overvægt, vil dommen vel desuagtet kunne få betydning som præjudikat, men det kan næppe bestrides, at præjudikatsvirkningen i sådanne tilfælde efter omstændighederne – omend ikke altid – kan afsvækkes noget. Især vil det ikke kunne udelukkes, at det tidligere mindretals synspunkt kan føres frem til sejr, efter at der har fundet en fornyelse af rettens sammensætning sted. Hvis dommen har fastslået en generel fortolkning af en lovregel, vil denne fortolkning dog utvivlsomt blive fulgt af Højesteret, uanset om dommen var énstemmig eller ej. Se til illustration heraf U 1984.171 H, der – som nærmere omtalt i kap. 7 – med 6 stemmer mod 5 fandt det betænkeligt at antage, at det strafansvar, som er knyttet til bestemmelsen i retsplejelovens § 750, 2. pkt., om pligt til at opgive navn, adresse og fødselsdato til politiet, omfatter *telefoniske* afhøringer.

Det forekommer i et vist omfang, at Højesteret i sine præmisser udtrykkeligt henviser til præjudikater; men herudover må det tages i betragtning, at de fortilfælde, der har været af interesse ved sagens afgørelse, som regel vil fremgå af noterne til gengivelsen af dommen i Ugeskrift for Retsvæsen og af de kommentarer, der knyttes til enkelte højesteretsdomme. Som et eksempel, hvor Højesteret udtrykkeligt har udtalt, at en af retten tidligere truffet afgørelse *ikke* udgør noget præjudikat

for dens stillingtagen til det foreliggende tilfælde, kan nævnes U 1989.148 H:

Seks politiske partier – der ikke var repræsenteret i Folketinget, men berettigede til at opstille til folketingsvalg – sagsøgte Danmarks Radio (DR) med påstand om, at DR skulle anerkende at have været uberettiget til at afskære disse partier fra deltagelse i afslutningsdebatten i DR den 25. februar 1986 forud for folkeafstemningen om EF-pakken på lige fod med de i Folketinget repræsenterede partier. Programvirksomheden i DR forud for folkeafstemningen var i det væsentligste tilrettelagt som oplysende udsendelser med ligelig deltagelse af repræsentanter for de forskellige synspunkter. Navnlig under hensyntagen hertil fandt Højesteret, at det hensyn til ligelig behandling af de i folketingsvalg deltagende partier, som lå til grund for rettens dom af 13. november 1959 (= U 1960.33 H), ikke var til hinder for, at DR valgte at begrænse antallet af deltagere i afslutningsdebatten forud for folkeafstemningen til en repræsentant for hvert af de partier, som i Folketinget havde været med til at tage stilling til EF-pakken.

Det er naturligvis ikke alle retsafgørelser, der har lige stor interesse som præjudikater. Afgørelser i civile sager, hvis væsentligste formål har været at få afklaret et bevisspørgsmål, eller som vedrører fortolkningen af en kontraktsbestemmelse af en meget speciel beskaffenhed, er afskåret fra at komme i betragtning. Det samme gælder domme, hvor afgørelsen er baseret på en velkendt retsregel («allerede fordi»), således at dommen slet ikke indeholder nogen stillingtagen til det omstridte spørgsmål.

Undertiden indtræffer det også, at domstolene helt bevidst begrænser præjudikatsværdien af en afgørelse. Dette kan f.eks. ske ved, at begrundelsen gøres konkret («efter omstændighederne«).

Den foregående fremstilling af præjudikaters betydning som retskildefaktor har særlig haft henblik på højesteretsdomme.

Den givne fremstilling bygger i vidt omfang på den redegørelse, som findes i Victor Hansen: *Retsplejen ved Højesteret* (1959) s. 200 ff. Se også Torben Jensen i *Højesteret 1661-1986* (1986) s. 115 ff., især s. 135 f.

At de af byretterne og landsretterne truffne afgørelser også har betydning som retskildefaktor er uomtvisteligt. Der foreligger her altid en *kan*-faktor, og drejer det sig om sagsområder, der henhører under byretten som 1. instans, vil landsrettens afgørelser som appelinstant antage karakter af en *skal*-faktor. At en dom er utrykt er ikke til hinder for at tillægge den betydning som præjudikat. Men parterne må selvsagt sørge for, at påberåbte domme, som ikke er tilgængelige i de trykte domssamlinger, fremlægges under sagen. Det henstår dog i det uvisse, i hvilket omfang Højesteret vil tillægge materiale af denne beskaffenhed relevans.

Oplysninger om de eksisterende domssamlinger fremgår af Peter Blume: *Juridisk informationssøgning* (4. udg., 1993) s. 178 ff.

Af nyere litteratur om dommes præjudikatsvirkning henvises til *Juridisk Grundbog I* (5. udg., 1991) s. 76 ff. Se også Peter Blume i *UfR* 1989 B s. 201 ff.

Det tilføjes, at i civilprocessen opfattes præjudikatsvirkning (= positiv retskraft) som en underafdeling af materiel retskraft, se nærmere Eva Smith: *Civilproces* (3. udg., 1996) s. 235 f.

**7.** Præcis de samme grunde, der fører til at tillægge præjudikater betydning som retskildefaktor, gør sig gældende, hvor der er tale om *administrativ praksis*. Det er igen ideen om formel retfærdighed, der spiller ind. Og ved den masseadministration, som der f.eks. er tale

om inden for skatte- og socialret, er det selvsagt af stor arbejdsbesparende betydning, at man kan bruge fortilfældet som mønster ved senere afgørelser i tilsvarende sager.

Den hierarkiske opbygning af den offentlige administration bevirker tilmed, at de overordnede myndigheders afgørelser bliver bindende for de underordnede myndigheder, fsv. som det påhviler de sidstnævnte at lægge de overordnede myndigheders afgørelser uprøvet til grund.

Afgørelser fra Landsskatteretten – der navnet til trods er et rent administrativt organ – skal således uprøvet lægges til grund såvel af ligningsmyndighederne (dvs. den kommunale skatteadministration og Ligningsrådet) som af den underordnede klageinstans (skatteankenævnet). I forhold til domstolene udgør Landsskatterettens kendelser derimod alene en *kan*-faktor. På grund af den ubestridelige sagkundskab i skattespørgsmål, som Landsskatteretten sidder inde med, er der alligevel tale om en tungtvejende retskildefaktor. Alene den lapidariske udformning af kendelserne, der i nogle tilfælde gør dem mindre oplysende som fortilfælde, kan mindske deres retskildemæssige betydning.

Inden for skatteretten spiller ikke alene Landsskatterettens kendelser, men også administrativ praksis i øvrigt en betydelig rolle som retskildefaktor. Dette beror bl.a. på, at man i den årlige ligningsvejledning har en let tilgængelig og overskuelig oversigt over (Told- og Skattestyrelsens opfattelse af) »gældende praksis«. At ligningsvejledningen binder de underordnede ligningsmyndigheder kan der ikke herske tvivl om. At den ikke er bindende for domstolene er lige så oplagt. Ligningsvejledningen er derimod i et vist omfang en *kan*-faktor, for naturligvis er det tilladt domstolene at inddrage denne tekst i deres overvejelser forud for en domsafsigelse. Og kun i det omfang, hvor der er kongruens til stede mellem domstolenes opfattelse af gældende ret og Told- og Skattestyrelsens opfattelse af gældende praksis, hæver ligningsvejledningen sig til det niveau, hvor de andre *skal*-faktorer befinder sig.

Det er naturligvis en forudsætning for, at administrativ praksis i videre omfang kan få betydning som retskildefaktor, at også beslutningstagere uden for systemet har mulighed for at gøre sig bekendt med praksis. Derfor optages i *Ministerialtidende* – ud over administrative befalinger af almindeligere karakter – også »de Resolutioner og Tilkjendegivelser vedkommende enkelte Tilfælde, der kunne have almindelig Interesse«, jfr. § 5 i lov af 25. juni 1870 om udgivelsen af en lovtidende og en ministerialtidende. Pligten til at drage omsorg for offentliggørelse af administrative enkeltafgørelser af almindelig interesse er indskærpet ved cirkulære nr. 8 af 21. januar 1959.

Om administrativ praksis som retskilde se Jon Andersen i *Juridisk Grundbog I* (5. udg., 1991) s. 209 ff.

**8.** *Retssædvaner* spiller i dag en helt underordnet rolle i retslivet. År efter år indgår stikordet »sædvaner« ganske vist som en fast bestanddel af den såkaldte »Emneliste« i Ugeskrift for Retsvæsen; men blader man videre frem til det påfølgende »Sagsregister«, finder man så godt som aldrig domme vedrørende sædvaneret. Så vidt ses findes der af trykte domme fra dette århundrede (hvor en retssædvaner har været udslagsgivende for resultatet) alene U 1904 B 287 H og U 1983.453 Ø. Når retssædvanen alligevel medtages i nærværende oversigt over udvalgte retskildefaktorer, beror det på, at den i teoretisk henseende er interessant.

Inden for retskildelæren har det været et omstridt spørgsmål, hvorvidt domstolene overhovedet er beføjede til at anerkende en retssædvaner, som er i strid med en lovbestemmelse, altså en retssædvaner *contra legem*. Spørgsmålet besvares bekræftende af Alf Ross og

Preben Stuer Lauridsen; men det modsatte standpunkt (hvorefter domstolene alene kan tage hensyn til retssædvaner, der udfylder loven – altså retssædvaner *praeter legem*) indtoges af Viggo Bentzon og Fr. Vinding Kruse.

Bentzon definerer retssædvanen således: »Om en forpligtende Retssædvane taler man, naar en vis Handlemaade er iagttaget af et Samfunds, eller en snævrere Samfundskreds', Medlemmer almindeligt, stadigt, længe og i den Overbevisning, at man var retlig forpligtet hertil ('ex opinione obligationis')«, se Bentzon: *Retskilderne* s. 84.

At man i retspraksis har lagt vægt på, »hvad der i Aarhundreder ubestridt har fundet Sted«, fremgår også af den allerede nævnte afgørelse U 1904 B 287 H, jfr. N. Lassens kommentar i *TfR* 1907 s. 264, hvor det hedder:

»Der er saa sjældent Brug for Sædvaneret, at det fortjener at tegnes op, naar det en enkelt Gang sker.

I Anledning af, at et i Helsingør garnisonerende Fodfolksregiment havde benyttet Jorderne til en i Nærheden af Byen liggende Herregaard til Afholdelse af militære Øvelser, anlagde dennes Ejer Sag mod Krigsministeriet for at høre Hæren kendt uberettiget til saadan Benyttelse. Krigsministeriet frifandtes imidlertid ved Dom af 17 Juni 1904, 'da ifølge hvad der i Aarhundreder ubestridt har fundet Sted saadan Brug af Enkeltmands Grund maa anses berettiget'. I det foreliggende Tilfælde, hvor Ejendommen laa særlig bekvemt for militære Øvelser, og da Helsingør er en gammel Garnisonsby, kunde Resultatet rimeligvis ogsaa have været støttet paa Alderstidshævd, men den videre Begrundelse var naturligvis at foretrække. ...



Med Hensyn til denne Dom bemærkes, at det ikke af Ejeren var gjort gældende, at der ved Øvelserne var paaført ham noget Formuetab. Han beklagede sig kun over Fredsbrudet. Dommen er derfor ingenlunde Præjudikat for, at Militæret har Ret til uden Erstatning at benytte Privates Jorder til dets Øvelser. Det var tvertimod, hvad Indholdet af Sædvanen angaar, oplyst, at Militæretaten altid erstatter Formueskader.«

Et andet syn på retssædvaner anlægges af Ross, der betragter retssædvanen som »en sædvane på et livsområde, der er undergivet retlig regulering« (a.st. s. 110). Om de af ældre teori opstillede betingelser, hvorefter den pågældende handlemåde skal have været fulgt (1) almindeligt, (2) stadigt, (3) længe og (4) ud fra en følelse af retlig forpligtelse, bemærker Ross, at der for domstolene ingen anledning er til at kræve, at sædvanen skal være fulgt igennem lang tid, når de foreliggende omstændigheder blot giver tilstrækkeligt holdepunkt for, at en retsoverbevisning af en vis fasthed har sat sig igennem. Selv en enkeltstående handling kan efter omstændighederne være tilstrækkelig til dannelsen af en retssædvane. Men sin kritik retter Ross dog især mod betingelse (4), hvorefter handlemåden skal have været iagttaget i den overbevisning, at man var retligt forpligtet hertil. Herom fastslår Ross, at følelsen af forpligtelse netop udgør det psykiske moment, der adskiller vaner fra sædvaner, og følgelig ikke kan anvendes som skelnemærke mellem sædvaner og retssædvaner.

*Vaner* er de adfærdsformer, vi udviser, uden at vi tænker nærmere over vor handlemåde, og uden at vi i mindste måde føler os forpligtet til at handle, som vi gør. Man behøver i den forbindelse blot at tænke på

adfærd som den at børste tænder efter hvert måltid eller at trække sit ur op hver aften, inden man går i seng.

*Sædvaner* er derimod den form for vanemæssig adfærd, som vi føler os forpligtet til at udvise. Til illustration af en typisk sædvane kan peges på skikken at møde op i mørkt tøj ved begravelser.

Da det må medgives Ross, at vaner og sædvaner opleves af den handlende på vidt forskellig måde, og at forskellen netop består i henholdsvis fraværelse og tilstedeværelse af en følelse af forpligtelse, bliver konsekvensen af denne indsigt just den af Ross formulerede tese, hvorefter en retssædvane simpelthen er en sædvane inden for et livsområde, der er undergivet retlig regulering.

Inden for det område, som ikke er genstand for retlig regulering, findes der nok sædvaner – jfr. eksemplet med den i Danmark ved begravelse næsten obligatoriske påklædning – men disse sædvaner er ikke retssædvaner. Hvis man tilslutter sig Ross' lære om retssædvaner, må man acceptere, at her kan regeldannelse kun finde sted ved lovgivning og ved præjudikatsdannelse ud fra forholdets natur.

Ved den tidligere nævnte afgørelse U 1983.453 Ø har Østre Landsret taget stilling til det i teorien omstridte spørgsmål, hvorvidt domstolene har beføjelse til at anerkende retssædvaner, som er i strid med en lovbestemmelse. Ved den af Østre Landsret som appelinstans truffene afgørelse blev det nemlig statueret, at realkreditinstitutterne på tvangsauktion – *uanset formuleringen af tinglysningslovens § 40, stk. 4, 2. pkt.* – kan gøre deres prioritetsstilling gældende også med hensyn til morarenter af forfaldne, ubetalte terminsydelser.

Østre Landsret fastslår, at det efter bevisførelsen må lægges til grund, at en sådan fremgangsmåde i en lang periode forud for 1975 har været almindeligt anvendt af alle realkreditinstitutter. Landsretten bemærker yderligere: »Således som sagen foreligger

til bedømmelse findes det endvidere at måtte lægges til grund, at anerkendte realkreditinstitutter ikke vedblivende har stillet disse krav uden at mene at have ret til at gøre det, og at de øvrige i tvangsauktionerne implicerede har tilsluttet sig denne opfattelse«. På dette grundlag udtaler retten: »Det må herefter uanset formuleringen af bestemmelsen i tinglysningslovens § 40, stk. 4, 2. pkt., antages, at den anvendte metode, hvorefter der ved beregningen af prioritetskrav medregnes morarenter, forud for 1975 har antaget karakter af en retssædvane. Den omstændighed, at der i tidens løb er sket tilpasning bl.a. af den anvendte morarentesats, således at denne har fulgt udviklingen i det almindelige renteniveau, kan ikke føre til andet resultat.« Og som slutbemærkning føjes det til: »Endelig kan det forhold, at Industriens Hypotekfond og et under samme ledelse stående andet realkreditinstitut siden 1975 har søgt fremgangsmåden ændret, ikke, mod de øvrige realkreditinstitutters opretholdte indsigelse herimod, føre til, at retssædvanen anses for brudt«.

Se om denne afgørelse debatten mellem Sv. Gram Jensen og Preben Stuer Lauridsen i *UfR* 1984 B, henholdsvis s. 69 ff., s. 188 f. og s. 284 ff. Der kan også henvises til W.E. von Eyben: *Panterettigheder* (8. udg. ved Henning Skovgaard, 1987) s. 275 og den dér anførte litteratur.

Forskellige fra retssædvaner er *kutymer*. I det omfang kutymer betegner sædvaner, der i handelsforhold bruges til at udfylde partsaftaler, og som parterne altså ved en udtrykkelig aftale herom havde kunnet fravige, foreligger der ikke nogen retssædvane. De her omhandlede kutymer er jo deklaratoriske, hvorimod retssædvaner er præceptive.

Det skal tilføjes, at kutymer udgør en *kan*-faktor af en særegen beskaffenhed, idet det følger af de processuelle grundregler, at parterne skal have påberåbt sig kutymer, for at domstolene kan lægge den til grund for sagens afgørelse.

Om retssædvaner kan i øvrigt henvises til *Juridisk Grundbog I* (5. udg., 1991) s. 150 ff. Om begrebet retssædvane hos Alf Ross se Oliver Talevski i *TfR* 1991 s. 412 ff.

**9.** At *den juridiske doktrin* eller teorien udgør en *kan*-faktor, vil enhver praktiker samtykke i. Det er i hvert fald en kendsgerning, at domstolene forventer, at parterne i forbindelse med deres fremlæggelse af sagen henviser til de gængse fremstillinger af gældende dansk ret. Og der kan efter min mening ikke herske ringeste tvivl om, at det er domstolene tilladt at lægge vægt på, hvad der anføres i retslitteraturen. Doktrinen bliver herved en *kan*-faktor af ikke ringe betydning. I et vist omfang indtræffer det, at der i præmisserne direkte henvises til, hvad der i teorien er antaget; men doktrinen betydning fremgår især indirekte af de talrige henvisninger til juridiske værker, som findes i de officieuse noter til gengivelse af domme i Ugeskrift for Retsvæsen.

Se hertil Victor Hansen: *Retsplejen ved Højesteret* (1959) s. 209, hvor det hedder: »Højesteret tillægger altid den foreliggende retslitteratur betydning, og til en forsvarlig procedure for Højesteret kræves der derfor også ... en redegørelse for denne litteratur«.

Om retsvidenskabens indflydelse på praksis kan henvises til *Juridisk Grundbog I* (5. udg., 1991) s. 169 ff.

**10.** I sammenligning med retskilder som loven, retssædvanen og præjudikatet indtager *forholdets natur* en absolut særstilling derved, at den sidstnævnte retskilde udgør en *tom* kategori. Hvis det om en foreliggende domstolsafgørelse angives, at den alene er baseret på forholdets natur, indebærer det jo blot, at hverken loven, en retssædvane eller et præjudikat har afgivet den fornødne hjemmel for afgørelsen. For så vidt kan det

siges, at man på positiv vis har udtrykt noget negativt. Derved bliver det i og for sig meningsløst at opfatte forholdets natur som en *kan*-faktor, endsige som en *skal*-faktor. Eftersom der intet som helst følger af forholdets natur, har denne retskildefaktor en helt anden funktion, nemlig den at *legitimere* afgørelser, hvortil andre retskilder ikke afgiver fornøden hjemmel.

Retspositivismen fornægtede forholdets natur som en selvstændig retskilde. I dag vil næppe nogen finde det umagen værd at debattere, hvorvidt dommeren i sin virksomhed er retsskabende eller alene retsanvendende. Allerede Bentzon fastslog med fynd: »Dommeren er retsskabende, han danner ved egen Virksomhed Retsreglen ud fra et Skøn over Retslivets Tarv« (a. st. s. 144).

Ved fortolkningen af skreven – eller uskreven – ret indgår forholdets natur som en vigtig faktor. Det er på disse områder, at dommerens retsskabende virksomhed oftest manifesterer sig.

Men det hænder også en sjælden gang, at der slet ikke findes nogen retsregel, som lader sig anvende på et foreliggende tilfælde. Dommeren må da tage stilling til, hvorvidt han vil lade sig nøje med at konstatere dette faktum og frifinde sagsøgte på grund af manglende hjemmel for at tage sagsøgerens påstand til følge. Eller om han vil vove pelsen og domfælde sagsøgte på grundlag af en regel, som han selv tilvejebringer. Vælger dommeren det sidstnævnte alternativ, bliver forholdets natur ikke en fortolkningsfaktor, men udgør en selvstændig retskilde, der legitimerer den trufne afgørelse.

U 1984.1061 H kaster et skarpt lys over problemstillingen: frifindelse på grundlag af manglende hjemmel ctr. domfældelse på grundlag af dommerskabt ret.

Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt indbetaleren af en stempelafgift kan kræve rente af beløbet fra indbetalingsdagen, såfremt stempelafgiften senere tilbagebetales med den begrundelse, at beløbet var opkrævet med urette som følge af stempelmyndighedernes fejlagtige fortolkning af stempeloven. Ved overdragelse af en fast ejendom (matr. nr. 114 Eksercerpladsens kvarter) til et kommanditselskab havde stempelmyndighederne krævet stempelafgift af ejendommens halve værdi af overdrageren, en snedkermester, der både var komplementar og kommanditist i det pågældende kommanditselskab, som han havde oprettet med henblik på et forestående generationsskifte. I forbindelse med denne og en række tilsvarende ejendomsoverdragelser var der blevet erlagt godt 1 1/2 mio. kr. i stempelafgifter. Med henblik på at søge stempelmyndighedernes afgørelse omstødt anlagde kommanditselskabet retssag mod ministeriet for skatter og afgifter. Knap et år efter sagsanlægget kom ministeriet på bedre tanker, hvad fortolkningen af stempeloven angik, og tog bekræftende til genmæle. Ministeriet tilbagebetalte herefter stempelafgifterne, men nægtede under henvisning til manglende hjemmel at svare rente af det tilbagebetalte beløb. Dette affødte så en ny retssag mod skatteministeriet.

Ved påkendelsen af sagen vedrørende rentespørgsmålet delte Østre Landsret sig i et flertal og et mindretal. Flertallet udtalte, at renteloven ikke indeholder hjemmel til at tillægge kommanditselskabet rente af stempelbeløbene, og da der ikke i stempeloven eller i lovgivningen i øvrigt fandtes hjemmel til at imødekomme rentekravet, ville disse dommere frifinde ministeriet. Den dissenterende dommer – der var enig med flertallet i, at renteloven ikke afgiver den fornødne hjemmel for at give kommanditselskabet medhold – kom til det modsatte resultat. Selv om der vel ikke var grundlag for at pålægge ministeriet erstatningsansvar over for kommanditselskabet, fandt denne dommer dog, at det under de foreliggende omstændigheder var rimeligt og overensstemmende med almindelige retsgrundsætninger, at ministeriet bar risikoen for det rentetab, som kommanditselskabet havde lidt ved ikke at have kunnet råde over beløbet. Den pågældende dommer havde herved lagt vægt på, at ministeriet før stempelafgørelsen af 7. november 1979 måtte antages at have været bekendt med samtlige de omstændigheder i sagen, der senere førte til, at ministeriet tog bekræftende til genmæle under retssagen vedrørende matr. nr. 114 Eksercerpladsens kvarter, at ministeriet som følge af sin fejlagtige

fortolkning af stempeloven havde haft rådighed over stempelbeløbene i et længere tidsrum, samt til at kommanditselskabet ved indbetalingen af stempelbeløbene havde tilkendegivet, at man anså beløbene for betalt med urette.

En enig Højesteret tog denne dissens til sit hjerte og bemærkede: »Efter indstævntes [skatteministeriets] resolution af 7. november 1979 om stempelpligt vedrørende overdragelsen af ejendommen matr. nr. 114 Eksercerpladsens kvarter anlagde appellanten [kommanditselskabet] den 22. november 1979 retssag mod indstævnte med påstand om, at indstævnte tilpligtedes at anerkende, at skødet ikke skulle stemples. Den 8. oktober 1980 tog indstævnte bekræftende til genmæle. I tiden indtil da måtte appellanten af hensyn til de øvrige ejendomsoverdragelser betale de i dommen nævnte betydelige stempelafgifter. Herefter og i henhold til de i dissensen til landsrettens dom anførte grunde vil appellan- tens påstand være at tage til følge.

Dommen er kommenteret af Hans Kardel i *UfR* 1985 B s. 39 ff., og i kommentaren fastslås det, at i Højesteret blev sagen afgjort ud fra synspunktet, at rentekravet kunne støttes på almindelige retsgrundsætninger.

I så henseende havde domstolene det jo også ulige lettere end skatteministeriet. Efter min opfattelse følger det af princippet om lovmæssig forvaltning, at skatteministeriet havde været afskåret fra at imødekomme det fremsatte rentekrav. Domstolene indtager derimod en friere stilling, og Højesteret kunne derfor anvende en dommerskabt regel, som gav kommanditselskabet medhold.

I denne forbindelse kan også nævnes en ældre afgørelse, U 1935.286 H. Også her står vi over for problemstillingen: frifindelse på grund af manglende hjemmel ctr. domfældelse på grundlag af dommerskabt ret.

Sagen angik spørgsmålet om, hvorvidt 1. prioritetslån, der ved ekspropriation af et areal af den pantsatte ejendom havde fået udbetalt en del af erstatningen, var pligtig at afskrive beløbet på gældens hovedstol. Sagsøgerne [Sønderjydske Hypoteklaanefond] havde under sagen – under anbringende af, at deres pantsikkerhed på uberettiget måde forringedes, når pantet formindskedes ved ekspropriation, uden at de sagsøgte [Sønderjyllands Kreditforening] hovedstol blev nedskrevet med ekspropriationsbeløbet –

påstået de sagsøgte kendt uberettigede til at afskrive forskudsbeløbet på forfaldne terminsydelser og kendt pligtige til at anvende beløbet til afskrivning på hovedstolen af de sagsøgtes pantefordring.

Ved Vestre Landsret gjorde sagsøgte [Sønderjyllands Kreditforening] gældende, at de måtte være berettigede til at anvende ekspropriationsbeløbet til dækning efter deres eget valg af enhver del af deres tilgodehavende, for så vidt det var sikret ved pant forud for sagsøgernes prioritet, og at de beløb, for hvilke de havde fået fyldestgørelse af ekspropriationsbeløbet, alle var sikrede på nævnte måde.

Uden smålig skelen til, at hverken ekspropriationslovgivningen eller tinglysningslovgivningen gav nogen sikker vejledning ved afgørelsen af det foreliggende spørgsmål, udtalte Vestre Landsret alligevel med vægt: »Naar Ekspropriationsbeløbet – som i nærværende Tilfælde – er udbetalt til 1. Prioritetshaveren, maa det imidlertid være en Forudsætning, at det anvendes paa en saadan Maade, at Efterpanthavernes Retsstilling ikke forringes. Dette vil imidlertid blive Følgen, dersom Beløbet – uden at Nedbringelse af Hovedstolen finder Sted – anvendes til Dækning af Terminsydelser, selv om der herfor haves Panteret forud for Efterpanthaverne, idet disse ogsaa derefter i givet Fald maa respektere det med 1. Prioritet sikrede Laans Hovedstol med Tillæg af tilsvarende Terminsydelser, medens Pantet er forringet med en til Ekspropriationsbeløbet svarende Værdi. Under Hensyn hertil vil Sagsøgernes Paastand være at tage til Følge, saaledes at de Sagsøgte tilpligtes at anvende Ekspropriationsbeløbet til Afskrivning paa Hovedstolen.«

Denne dom blev af Højesteret stadfæstet i henhold til dens grunde.

At dommen bygger på betragtninger efter forholdets natur, fremgår direkte af en note til gengivelsen af dommen i Ugeskrift for Retsvæsen.

De to omtalte højesteretsdomme var begge énstemmige. Som eksempel på en – på forholdets natur baseret – afgørelse, der blev truffet under stærk dissens, kan nævnes U 1984.166 H vedrørende det økonomiske



opgør mellem en mand og en kvinde, der igennem en årrække havde levet sammen uden vielsesattest.

Samliv uden vielse, der havde været strafbart (i hvert fald formelt), indtil straffeloven af 1930 trådte i kraft, vandt i slutningen af 1960'erne indpas i et sådant omfang, at domstolene snart så sig stillet over for problemet, hvorledes der skulle forholdes med formuedelingen ved opløsning af et papirløst samliv. Ved en række skifterets- og landsretsafgørelser blev det antaget, at der i et vist omfang under samlivet var etableret et egentligt sameje mellem de ugifte samlevende, og at et sådant »udvidet samejebegreb« kunne begrunde en friere deling, hvor der blev lagt vægt på parternes indtægter i samlivsperioden. Denne praksis, der også havde fundet en vis tilslutning i teorien, blev imidlertid underkendt af Højesteret i 1980 og 1981 ved et par skelsættende domme (U 1980.480 og U 1982.93), hvori det – på trods af, at det ikke antoges, at der mellem parterne var opstået noget egentligt sameje eller ægte-skabslignende formuesfællesskab – alligevel blev fastslået, at der tilkom den ene part et krav på økonomisk kompensation ved samlivets ophør.

I U 1980.480 og U 1982.93 havde såvel den mandlige som den kvindelige part haft indtægter ved arbejde uden for det fælles hjem, hvorimod der i U 1984.166 H forelå et tilfælde, hvor kvinden under samlivet næsten udelukkende havde været beskæftiget ved arbejde i hjemmet. Ved den sidstnævnte dom fandtes en kvinde – efter ophævelsen af et papirløst samliv, der havde varet i mere end 16 år, og hvorunder kvinden havde født manden tre børn – berettiget til at få tilkendt et beløb, som efter de foreliggende (mangelfulde) oplysninger fastsattes til 200.000 kr.

Flertallet (5 dommere) lagde vægt på, at det måtte antages, at kvindens ydelser – selv om hun under samlivet i overensstemmelse med mandens ønske næsten udelukkende havde været hjemmearbejdende – havde været af væsentlig betydning for opbygningen og opretholdelsen af det fælles hjem, og at hun havde bidraget til at forbedre mandens økonomi. Under disse omstændigheder fandtes kvinden at have været berettiget til at forudsætte, at hun ved samlivets ophævelse ikke kom til at stå praktisk talt uden midler, når manden havde kunnet oparbejde en så stor formue, som der her måtte antages at være tale om. Retten gik herved ud fra, at den reelle værdi af mandens formue ved samlivets ophævelse i

september 1980 var langt større end hans skattepligtige formue ultimo 1980 (1.060.134 kr.).

Mindretallet (4 dommere) udtalte indledningsvis, at kvinden ikke ved indtægter fra arbejde uden for hjemmet havde bidraget til opbygningen af mandens formue, og at sagen på dette punkt adskilte sig fra de sager, der blev afgjort ved Højesterets domme i U 1980.480 og U 1982.93. Mindretallet fandt imidlertid, at problemet – hvorvidt et langvarigt faktisk samliv i retlig henseende kunne sidestilles med et ægteskabeligt samliv – var *et spørgsmål af en sådan betydning, at det burde afgøres af lovgivningsmagten og ikke af domstolene*. Mindretallet bemærkede i den forbindelse udtrykkeligt, at den fornødne støtte for resultatet hverken kunne hentes i billigheds- eller forudsætningsbetragtninger eller i analogier fra lovreglerne om ægteskabets retsvirkninger, og henviste herved til s. 122 ff. i Betænkning 8 nr. 915/1980 fra Ægteskabsudvalget af 1969.

Den netop omtalte dom illustrerer betydningen af, at Højesteret *kan* træffe afgørelser, som savner lovhjemmel. Havde noget sådant ikke været muligt, var den mandlige part i det til pådømmelse foreliggende tilfælde blevet frifundet, og den kvindelige part havde været 200.000 kr. fattigere. Men at Højesteret her betrådte et mineret område understreges af, at ikke færre end fire dommere ikke kunne følge flertallets fem dommere. Der måtte foretages en vanskelig afvejning af modstående hensyn. På den ene side var et forberedende lovgivningsarbejde blevet påbegyndt, på den anden side havde lovgivningsmagten i en årrække forholdt sig passiv til løsningen af et juridisk spørgsmål af betydning for en større kreds. Med fuld respekt for mindretallets principielle betænkeligheder kan man dog ikke undgå at have sympati for flertallets standpunkt, der lod det hensyn – at undgå, at den svagere part blev ladt i stikken – veje tungest.

Dommen er kommenteret af Sverre Mondrup i *UfR* 1984 B s. 295 f., hvor det (s. 296) fremhæves, at man bør mærke sig, at »flertallets afgørelse ... er en syntese af en række konkrete omstændigheder, der næppe i mange tilfælde vil foreligge på tilsvarende måde«.

Med de i det foregående fremdragne domme er det dokumenteret, at *Højesteret undertiden træffer afgørelser, der helt savner støtte i love, retssædvaner eller præjudikater. Når noget sådant indtræffer, har forholdets natur* – som allerede bemærket – *den funktion at legitimere den trufne afgørelse.* Af forholdets natur »følger« selv sagt aldrig andet end det, som domstolene i det konkrete tilfælde *beslutter* skal følge af forholdets natur.

F.eks. er U 1984.1061 H efter min opfattelse udtryk for en (modig) beslutning, der bygger på en (materiel) retfærdighedsbetragtning. Dette fremgår også af præmisserne, hvori det hedder, at det findes rimeligt og overensstemmende med almindelige retsgrundsætninger, at ministeriet bær risikoen for rentetabet. At udtrykket »rimeligt« anvendes i stedet for »retfærdigt« må utvivlsomt tilskrives påvirkningen fra Ross. Danske jurister kvier sig nu engang ved at tage ordet »retfærdigt« i deres mund og foretrækker at bruge omskrivninger. Norske og svenske jurister har ikke tilsvarende hæmninger, men taler utilsløret om, at dette eller hint er »urettferdigt« eller »orättvist«. I U 1935.286 H og U 1984.166 H optræder retfærdighedssynspunktet forklædt som et forudsætningssynspunkt.

Hovedindvendingen imod at tillægge forholdets natur status som en art *kan*-faktor, men altså som en selvstændig retskildefaktor, er nok den, at derved svækkes forudberedneligheden af retsafgørelser. Heri ligger

formentlig forklaringen på, at denne retskilde så sjældent afgiver den eneste hjemmel for en retsafgørelse.

Den mulighed for anvendelse af forholdets natur som en selvstændig retskilde, som domstolene i sjældne tilfælde benytter sig af, må selvsagt være undergivet begrænsninger. Disse begrænsninger har ikke påkaldt sig megen interesse i dansk teori, se dog Vinding Kruse: *Retslæren I* (1943) s. 165 og Mogens Munch i *Juristen* 1989 s. 43 ff.

Om W.E. von Eybens særegne opfattelse af forholdets eller sagens natur se *Juridisk Grundbog I* (5. udg., 1991) s. 269 ff.

**11.** I *Om ret og retfærdighed* skelner Ross mellem den almindelige og den dogmatiske retskildelære.

Den almindelige retskildelære – der er en retsfilosofisk disciplin – har alene til opgave at opstille og karakterisere forskellige typer af retskilder, der erfaringsmæssigt genfindes inden for *alle veludviklede retssystemer*. Denne programerklæring må dog ikke tilsløre, at der fra land til land rent faktisk består store forskelle i synet på de enkelte retskilder. Således er det en iøjnespringende kendsgerning, at der i England og i USA lægges langt større vægt på dommerskabt ret, end det er tilfældet herhjemme. Selv inden for så nært beslægtede retssystemer som det svenske og det danske støder man på markante forskelle. Øst for Øresund lægger man således langt større vægt på lovforarbejder, end traditionen i Danmark tilsiger det.

Den dogmatiske retskildelære – der udgør en del af den dogmatiske retsvidenskab – tilstræber derimod for *det enkelte retssystem* vedkommende at give en nærmere beskrivelse af de enkelte kilder og deres relative vægt.

Inden for retskildelæren vil Ross altså fordele opgaverne mellem retsfilosofien og retsdogmatikken. Den

skitserede arbejdsdeling korresponderer i vid udstrækning med den opdeling, der (som nævnt i afsnit 2) tidligere var gængs mellem den almindelige retslære og privatrettens almindelige del. Men disse tanker forkastes totalt af Stuer Lauridsen, idet denne forfatter nærer betænkeligheder ved at overlade nogen del af retskildelæren til den dogmatiske retsvidenskab. Hvis Stuer Lauridsens ord står til troende, råder der den rene elendighed, idet »retslærens traditionelle bidrag til metodelæren« som oftest er »så generelt holdt, at det nærmest er værdiløst, og der er intet som tyder på, at retsdogmatikken agter at udfylde resten af metodelæren« (*Retslæren* s. 350).

På trods af disse mistrøstige betragtninger er det min overbevisning, at væsentlige opgaver inden for retskildelæren med fordel kan overlades til retsdogmatikken, således at retsfilosofien kan koncentrere sig om retskildelærens grundproblemer – f.eks. hvorvidt retskilderegler, således som jeg antager det, er metanormer af ikke-retlig beskaffenhed.

Hvad den dogmatiske (eller – som jeg ville foretrække at udtrykke det – den specielle) retskildelære angår, vil jeg endog gå et skridt videre end Ross. Jeg vil nemlig foretrække, at hvert fag udvikler sin egen retskildelære, afpasset efter fagets særegne problemer. Som allerede nævnt volder det i skatteretten visse problemer, at grundlovens § 43 foreskriver, at ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden *ved lov*. Beslægtede problemer opstår i strafferetten på grund af straffelovens § 1, hvorefter straf kun kan pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet *ved lov*, eller som ganske må ligestilles med et sådant. Men det er selvsagt ikke min opfattelse, at en sådan flerhed af (specielle)

retskildeteorier vil overflødig gøre den almindelige retskildelære som retsfilosofisk disciplin.

Litteraturen om retskilderne er ret omfattende. Udover de tidligere anførte værker og tidsskriftsartikler kan der således henvises til:

Jes Bjarup i Jes Bjarup og Jørgen Dalberg-Larsen: *Retsbegreb, retsanvendelse og retsvidenskab. Indføring i Almindelig Retsslære* (1993) kap. 6.

Jens Evald: *Retskilderne og den juridiske metode* (1997).

Ruth Nielsen: *Retskilderne* (5. udg., 1997).

Preben Stuer Lauridsen: *Om ret og retsvidenskab. Lærebog i almindelig retslære* (1992) kap. 8

## KAPITEL 7

# Lovfortolkning

**1.** Retsplejelovens § 750, der har fået sin nugældende affattelse ved lov nr. 243 af 8. juni 1978, har følgende ordlyd:

Politiet kan foretage afhøringer, men kan ikke pålægge nogen at afgive forklaring, og ingen tvang må anvendes for at få nogen til at udtale sig. Enhver er dog pligtig på forlangende at opgive navn, adresse og fødselsdato til politiet. Undladelse heraf straffes med bøde.

Det fremgår af bemærkningerne til lovforslaget (*Folketingstidende* 1977-78, Tillæg A, II sp. 2389), at bestemmelsen i 2. pkt. »er i overensstemmelse med gældende ret for så vidt angår pligten til at oplyse navn og adresse«, hvorimod udvidelsen af oplysningspligten til også at omfatte fødselsdato hidrører fra et forslag fremsat af et sagkyndigt udvalg, se *Betænkning nr. 622 om Efterforskning i straffesager m.v.* (1971).

En til retsplejelovens § 750, 2. pkt., svarende bestemmelse fandtes tidligere i politilovene (dvs. lov af 11. februar 1863 angående omordning af Københavns politi mv. § 13 og lov nr. 21 af 4. februar 1871 indeholdende bestemmelser om politiet uden for København § 11), hvori det hed: »Enhver er pligtig til, naarsomhelst det forlanges af en ved det udøvende Politi Ansat, som enten er i Uniform eller foreviser Politiskilt eller Polititegn, at opgive sit Navn og sin Bopæl.«

På denne baggrund kan det med fuldkommen sikkerhed fastslås, at retsplejelovens § 750 omfatter konfrontations-situationer, hvor kravet om at opgive navn, adresse og fødselsdato hidrører fra en uniformeret polititjenestemand eller fra en person, der på behørig vis legitimerer sig som tilhørende politiet. Derimod kunne det være tvivlsomt, om retsplejelovens § 750 også var anvendelig på politiets telefoniske afhøringer. At dette imidlertid ikke er tilfældet fremgår af U 1984.171 H.

Sædvanlig juridisk metode tilsiger kun to (soleklare) begrænsninger i bestemmelsens rækkevidde. Retsplejelovens § 750 regulerer alene *politiets beføjelser* og kan altså ikke anvendes på f.eks. parkbetjente og rådhusbetjente, og den er til hinder for, at nægtelse af at efterkomme politiets påbud om at opgive navn, adresse og fødselsdato straffes med højere straf end *bøde*.

Det er derimod ingenlunde en selvfølge, at retsplejelovens § 750 ikke kan anvendes på politiets telefoniske afhøringer. Her kan der nemlig anføres gode grunde for såvel den ene som den anden løsning. Men Højesteret har altså i 1984 fastslået, at politiet ved telefoniske afhøringer ikke har krav på at få de omhandlede personalia oplyst.

Dette simple eksempel belyser, at juridisk metode lettest lader sig afgrænse negativt. Inden for den foretagne afgrænsning kan de kontradiktorisk modsatte løsninger (retsplejelovens § 750 er anvendelig på politiets telefoniske afhøringer ctr. retsplejelovens § 750 er *ikke* anvendelig på politiets telefoniske afhøringer) nemlig begge være i overensstemmelse med den juridiske metode og dermed *korrekte*, men begribeligvis kan kun den ene være udtryk for *gældende ret*.



2. Ved pådømmelsen af spørgsmålet om rækkevidden af retsplejelovens § 750 (U 1984.171) delte Højesteret sig i et flertal (6 dommere) og et mindretal (5 dommere).

Flertallet fandt det betænkeligt at antage, at bestemmelsen med det dertil knyttede strafansvar omfattede telefoniske afhøringer. Disse dommere lagde herved vægt på forarbejderne til retsplejelovens § 750 og anvendelsen i praksis af de regler i politilovene, som den afløste.

Mindretallet – der ville stadfæste landsrettens dom – fandt derimod, at det forhold, for hvilket der var rejst tale, var klart omfattet af bestemmelsens ordlyd, ligesom mindretallet fandt, at der ikke var tilvejebragt oplysninger, som gav grundlag for en indskrænkende fortolkning.

Det vil ses, at flertallet som retskilde bl.a. påberåbte sig »forarbejderne til retsplejelovens § 750«, og af den grund siger man, at flertallet har anlagt en *subjektiv* fortolkning af lovbestemmelsen. Endvidere ses det, at mindretallet har påberåbt sig »bestemmelsens ordlyd«, og derfor siger man, at mindretallet har anlagt en *objektiv* fortolkning af den pågældende lovbestemmelse.

Endelig bør man lægge mærke til, at mindretallet har opfattet flertallets fortolkning af retsplejelovens § 750 som en *indskrænkende* fortolkning. Selv har flertallet dog formentlig været af den opfattelse, at bortset fra udvidelsen af oplysningspligten til også at omfatte fødselsdato har reglen i retsplejeloven blot skullet videreføre den hidtil gældende bestemmelse i politilovene, der var klart uanvendelig på telefoniske afhøringer, og flertallet har derfor for sit vedkommende antagelig opfattet afgørelsen som baseret på en ligefrem regelændelse.

Se hertil Preben Stuer Lauridsen: »Lovfortolkning i Højesteret« *UfR* 1984 B s. 321 ff., hvor denne afgørelse omtales s. 322 f.

At Stuer Lauridsens ovennævnte artikel giver et »dækkende billede af den komplicerede og ofte vidtspændende beslutningsproces« bestrides imidlertid af Torben Jensen i *Højesteret 1661-1986* (1986), se a.st. s. 135 note 143.

Hermed er der introduceret et par vigtige sondringer inden for læren om lovfortolkning. Dels sondringen mellem *subjektiv* og *objektiv* lovfortolkning (der vil blive nærmere omtalt i afsnit 3), dels sondringen mellem *regelanvendelse* og *indskrænkende fortolkning* (der vil blive nærmere omtalt i afsnit 4). Men allerede på dette sted skal opmærksomheden henledes på, at de to sondringer refererer sig til forskellige inddelingsgrundlag. Sondringen mellem subjektiv og objektiv fortolkning går på dommens *begrundelse* (herunder hvorvidt retskildefaktoren lovforarbejder er påberåbt til støtte for afgørelsen), hvorimod sondringen mellem regelanvendelse og indskrænkende/(udvidende) fortolkning går på dommens *resultat*.

Se hertil debatten mellem Peter Blume og Sv. Gram Jensen i *UfR* 1990 B s. 197 ff., 386 ff., 440 og 486.

Allerede på dette sted kan der også være grund til at forudskikke den bemærkning, at sondringen mellem subjektiv og objektiv fortolkning ikke udgør nogen udtømmende inddeling, idet forholdet tværtimod er det, at det langt overvejende antal afgørelser vedrørende fortolkningsspørgsmål i praksis hverken kan henføres under subjektiv eller under objektiv fortolkning. Derimod udgør sondringen mellem regelanvendelse og indskrænkende/udvidende fortolkning en udtømmende inddeling. I praksis vil der dog være betydelige van-

skeligheder forbundet med at anvende den sidstnævnte sontring. At det forholder sig således fremgår allerede af det indledende eksempel, hvor Højesterets flertal (formentlig) har opfattet afgørelsens resultat som en regelanvendelse, hvorimod mindretallet (udtrykkeligt) har betegnet flertallets afgørelse som en indskrænkende fortolkning.

I et skema – hvor de lodrette inddelinger refererer sig til dommens begrundelse, medens de vandrette inddelinger går på dommens resultat – kan den omtalte sag efter sit udfald placeres således:

	Subjektiv fortolkning	Objektiv fortolkning	Hverken subjektiv eller objektiv fortolkning
Regelanvendelse	<b>U 1984.171 H</b>		
Indskrænkende fortolkning			
Udvidende fortolkning			

**3.** Den traditionelle opfattelse går ud på, at den subjektive fortolkningsstil som udgangspunkt har, at målet med fortolkningen er at finde frem til »lovgiverens vilje«, hvorimod den objektive fortolkningsstil har sat sig det mål at finde frem til »lovens mening«. Dette rammer dog næppe det relevante, men om de reale

hensyn, der ligger bag de to former for fortolkningsstil, må henvises til fremstillingen nedenfor s. 125.

Medens man med *subjektiv* fortolkningsstil altid sigter til en lovfortolkning, der udtrykkeligt støtter sig på lovens *forarbejder* («de foreliggende oplysninger om lovens tilblivelse», »bestemmelsens historiske baggrund« etc.), jfr. U 1984.171 H (flertallet), så anvendes betegnelsen *objektiv* lovfortolkningsstil i hvert fald i to betydninger, idet det sidstnævnte udtryk både bruges om (1) en lovfortolkning, der udtrykkeligt påberåber sig lovens *ordlyd*, jfr. U 1984.171 H (mindretallet), og (2) en lovfortolkning, hvori det direkte afvises at tillægge forarbejder udslagsgivende betydning.

Se til illustration af betydning (2) af objektiv fortolkning f. eks. U 1989.688 H, hvor flertallet (3 dommere) ved afgørelsen af spørgsmålet om straf fandt det betænkeligt at begrænse undtagelsesbestemmelsen i markedsføringslovens § 8, stk. 2, som forudsat i forarbejderne.

Mindretallet (2 dommere) begrundede sit resultat (en indskrænkende fortolkning af den pågældende bestemmelse i markedsføringsloven) med en henvisning til forarbejderne og anvendte således den subjektive fortolkningsstil.

Sagen omtales nærmere nedenfor s. 129-131.

I ældre fremstillinger af retslæren fremstår valget mellem subjektiv og objektiv fortolkningsstil ikke sjældent som et valg mellem to konkurrerende fortolkningsteorier. Således svor Ørsted til den subjektive fortolkningsstil, og et sekel senere gik Fr. Vinding Kruse ind for den objektive fortolkningsstil.

Vedrørende valget mellem subjektiv og objektiv fortolkningsstil fastslår Alf Ross derimod, at domstolene her i landet ikke følger noget enkelt princip (*Om ret og retfærdighed* s. 187), og i fortsættelse heraf rejser

Preben Stuer Lauridsen det spørgsmål »om der ligefrem skulle være en gældende ret i betydningen nogenlunde fast domstolspraksis på området« (*Retslæren* s. 284). På baggrund af et imponerende opbud af domme besvarer Stuer Lauridsen dette spørgsmål benægtende. Efter den herskende opfattelse, som jeg kan tilslutte mig, angår subjektiv ctr. objektiv fortolkningsstil således ikke valget mellem to konkurrerende fortolknings*teorier*, men angår alene en stillingtagen til to fortolknings*alternativer*, der i praksis ofte vil frembyde sig.

De reale hensyn, der ligger bag henholdsvis subjektiv fortolkningsstil (primært: respekten for lovgivningsmagten) og objektiv fortolkningsstil (primært: hensynet til retssikkerheden), er imidlertid af en sådan beskaffenhed, at de ikke lader sig sammenveje i en enkelt formel. Det må altid afgøres ud fra en *konkret* vurdering, hvilken vægt der i et foreliggende tilfælde skal tillægges det ene eller det andet hensyn. Drejer det sig således om et tilfælde, hvor det resultat, der fremgår af en subjektiv fortolkning, efter rettens opfattelse er bedre eller i hvert fald lige så godt som et – på objektiv fortolkning baseret – afvigende resultat, har lovforarbejder utvivlsomt betydning for udfaldet. Drejer det sig derimod om et tilfælde, hvor et flertal af dommerne i en kollegial ret har afgørende indvendinger imod det resultat, som lovforarbejderne peger på, er forarbejder næppe nogensinde bestemmende for resultatet.

Det netop anførte kan naturligvis også udtrykkes på den måde, at der for valget mellem subjektiv og objektiv fortolkningsstil næppe kan angives *generelle* retningslinjer. I hvert fald har den almindelige retslære hidtil ikke ydet nogen nævneværdig indsats inden for dette område.

De forarbejder, der kan komme på tale som fortolkningsbidrag, skal i det følgende kort nævnes:

Det normale er, at vigtigere love forberedes i udvalg eller kommissioner nedsat for det enkelte tilfælde af vedkommende minister, se herom nærmere Henrik Zahle: *Dansk forfatningsret I* (2. udg., 1995) s. 245 ff. Som regel slutter dette lovforberedende arbejde med afgivelse af en såkaldt *sagkyndig betænkning*, der bl.a. indeholder et lovudkast med tilhørende bemærkninger. Såfremt betænkningen offentliggøres, sker det i form af en særskilt publikation, se som eksempel den tidligere nævnte Betænkning nr. 622 om Efterforskning i straffesager m.v. (1971).

Bortset fra den sagkyndige betænkning finder man en lovs forarbejder i *Folketingstidende* med de til denne knyttede tillæg. De parlamentariske forarbejder kan inddeles i skriftlige forarbejder og ordrette gengivelser af mundtlige udtalelser. De sidste – der kan inddeles i *ordførerudtalelser* og *spredte bemærkninger* fra salen – offentliggøres i *Folketingstidende* (Forhandlingerne). Det samme gælder *ministerens forelæggelse*, til trods for at der som oftest sker skriftlig fremsættelse af lovforslag, således at det i virkeligheden drejer sig om et skriftligt forarbejde. Selve *lovforslaget med tilhørende bemærkninger* optages i *Folketingstidende* (Tillæg A). I *Folketingstidende* (Tillæg B) optages *folketingsudvalgets betænkning* samt en eventuel *tillægsbetænkning*. I *Folketingstidende* (Tillæg C) optages endelig *det vedtagne lovforslag*.

Det skal bemærkes, at udtrykket »motiver« anvendes såvel i en vid som i en snæver betydning. Ofte betegner man med motiver samtlige en lovs forarbejder. Men det sker også, at man med dette udtryk alene sigter til de til lovforslaget knyttede bemærkninger.

Se om lovforarbejder Peter Blume: *Juridisk informationssøgning* (4. udg., 1993) kap. 5.

Til belysning af problemstillingen: subjektiv ctr. objektiv fortolkning skal anføres dommen i en civil sag, U 1976.304 H, hvor flertallet i Højesteret bl.a. begrundede sit standpunkt med en subjektiv fortolkning af bestemmelsen i tinglysningslovens § 42 a, stk. 2, medens mindretallet afviste at fortolke subjektivt, eftersom »lovordene« fandtes »at være ganske klare«.

Sagen angik et ejerskifteafdrag, der ikke var erlagt rettidigt, men debitor hævdede, at kreditor alligevel ikke kunne forlange kapitalen indfriet, da han ikke havde afgivet noget skriftligt påkrav i overensstemmelse med reglerne i tinglysningslovens § 42 a, stk. 2.

Vestre Landsret antog, at den pågældende bestemmelse ikke fandt anvendelse på betaling af ejerskifteafdrag. Som eneste begrundelse for dette standpunkt anførte landsretten en subjektiv fortolkning af bestemmelsen. I præmisserne indskrænkede landsretten sig nemlig til at udtale: »Efter forarbejderne til bestemmelsen i tinglysningslovens § 42 a, stk. 2, om skriftligt påkrav kan det ikke antages, at bestemmelsen finder anvendelse for betaling af ejerskifteafdrag. Herefter, og idet betalingen af ejerskifteafdraget ubestridt er sket for sent, vil sagsøgernes [kreditors] påstand [om indfrielse af restgælden] være at tage til følge.«

Resultatet blev tiltrådt af flertallet i Højesteret (5 dommere), men med en noget udvidet begrundelse, hvori det indtagne standpunkt ikke udelukkende støttedes på en subjektiv fortolkning af den pågældende lovbestemmelse.

Flertallet udtalte: »Bestemmelsen i tinglysningslovens § 42 a, stk. 2, læst i sin helhed, synes at have henblik på

ydelser, for hvilke en sidste rettidig betalingsdag forud er fastlagt og således er kreditor bekendt, idet kreditor i modsat fald vil være afskåret fra at afgive påkrav straks efter sidste rettidige betalingsdag. Forsåvidt angår ejerskifteafdrag vil dette sidste ofte være tilfældet, og hvis debitor ikke rettidigt underretter kreditor om ejerskiftet, jfr. pantebrevsformulærens pkt. 8, vil kreditor ved forfaldstid i reglen være ubekendt med, at afdrag overhovedet er forfaldet. Påkravsreglen finder ikke naturligt anvendelse i sådanne tilfælde, i særdeleshed ikke, når underretningen om ejerskiftet og betalingen af ejerskifteafdraget sker samtidig, men med væsentlig overskridelse af fristerne som sket i den foreliggende sag.

En fortolkning, hvorefter § 42 a, stk. 2, ikke finder anvendelse på ejerskifteafdrag, stemmer også med de foreliggende oplysninger om lovens tilblivelse. ...

Herefter tiltrædes det, at bestemmelsen ikke omfatter ejerskifteafdrag.«

Højesterets mindretal (2 dommere) var – ud fra en objektiv fortolkning af tinglysningslovens § 42 a, stk. 2 – af den modsatte opfattelse og udtalte sig således:

»Udtrykket 'renter eller afdrag efter et pantebrev i fast ejendom' i tinglysningslovens § 42 a omfatter sprogligt afdrag af enhver art, derunder også ejerskifteafdrag. Idet lovordene således findes at være ganske klare, bliver der efter disse dommers opfattelse ikke spørgsmål om at begrænse bestemmelsens rækkevidde ud fra en formålsfortolkning eller ud fra en undersøgelse af hensigten hos den arbejdsgruppe, der har udarbejdet udkast til loven.«

Såvel flertallets som mindretallets standpunkt kan angives ved benyttelse af det tidligere anvendte skema.



	Subjektiv fortolkning	Objektiv fortolkning	Hverken subjektiv eller objektiv fortolkning
Regelændelse		U 1976.304 H (mindretallet)	
Indskrænkende fortolkning	<b>U 1976.304 H (flertallet)</b>		
Udvidende fortolkning			

Om U 1976.304 H kan i øvrigt henvises til W.E. von Eyben: *Panterettigheder* (8. udg. ved Henning Skovgaard, 1987) s. 175 og den dér anførte litteratur.

Til yderligere belysning af valget mellem subjektiv og objektiv fortolkning skal den allerede nævnte afgørelse i U 1989.688 H omtales lidt nærmere.

Sagen angik rækkevidden af markedsføringslovens § 8, stk. 1 og 2, der har følgende ordlyd:

Erhvervsdrivende må ikke fordele gevinster ved lodtrækning, præmiekonkurrencer eller anden foranstaltning, hvis udfald helt eller delvis beror på tilfældet.

*Stk. 2.* Udgiveren af et periodisk skrift kan dog foranstalte lodtrækning til fordeling af gevinster i forbindelse med løsning af præmiekonkurrencer.

I den foreliggende sag var problemet, om en præmiekonkurrence i en husstandsomdelt reklametryksag, hvori der gjordes et storstilet fremstød for dagbladet *Det Fri*

*Aktuelt*, var omfattet af hovedreglen i stk. 1 eller om konkurrencen faldt ind under undtagelsesbestemmelsen i stk. 2.

Højesterets flertal (3 dommere) fastslog, at det i forarbejderne til markedsføringsloven er forudsat, at undtagelsesbestemmelsen i lovens § 8, stk. 2, kun skal anvendes, hvor præmiekonkurrencen indgår som led i bladets stof. Flertallet fastslog yderligere, at denne begrænsning ikke har støtte i lovens tekst, og at den ikke med rimelig sikkerhed følger af formålet med undtagelsen. Herefter fandt disse dommere det betænkeligt ved afgørelsen af spørgsmålet om straf – jfr. straffelovens § 1 – at begrænse undtagelsesbestemmelsens rækkevidde som forudsat i forarbejderne.

Mindretallet (2 dommere) – der ville stadfæste underinstansens afgørelse – byggede bl.a. på en subjektiv fortolkning. De pågældende dommere fandt, at det måtte følge af sammenhængen imellem markedsføringslovens § 8, stk. 1 og stk. 2, og af *forarbejderne* til disse bestemmelser, at en konkurrence som den foreliggende, der ikke indgik i dagbladets stof, men i en særskilt reklametryksag, ikke var omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 8, stk. 2, men af bestemmelsens stk. 1. Disse dommere lagde herved vægt på, at reklametryksagen i sig selv ikke havde karakter af et periodisk skrift.

Såvel flertallets som mindretallets standpunkt kan fremstilles ved hjælp af det tidligere benyttede skema.

	Subjektiv fortolkning	Objektiv fortolkning	Hverken subjektiv eller objektiv fortolkning
Regelanvendelse		<b>U 1989.688 H (flertallet)</b>	
Indskrænkende fortolkning	U 1989.688 H (mindretallet)		
Udvidende fortolkning			

I princippet følger dommen i den netop omtalte straffesag (U 1989.688 H) præcis samme mønster som i den tidligere omtalte civile sag (U 1976.304 H). I begge tilfælde forelå fortolkningsalternativerne: en objektivt begrundet regel anvendelse ctr. en subjektivt begrundet indskrænkende fortolkning.

I den civile sag foretrak flertallet den indskrænkende fortolkning, som fremgik af forarbejderne. I straffesagen begrundede flertallet imidlertid sit resultat med en objektiv fortolkning af markedsføringslovens § 8, stk. 2. Det er tidligere anført, at for objektiv fortolkning taler retssikkerhedssynspunktet, og i straffesager må dette synspunkt selvsagt altid tillægges betydelig vægt.

Straffelovens § 1, 1. pkt., fastslår, at straf kun kan pålægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må ligestilles med et sådant.

Af princippet *nullum crimen sine lege* (»ingen forbrydelse uden lov«), der er lovfæstet ved § 1, 1. pkt., 1. led, følger, at en subjektiv fortolkning af en straffebestemmelse i almindelighed vil frembyde betænkeligheder. Bemærk i den forbindelse, at den i afsnit 1 omtalte fortolkning af straffebestemmelsen i retsplejelovens § 750 udgjorde en subjektiv fortolkning til gunst for tiltalte.

Af 2. led i § 1, 1. pkt., følger, at der må stilles særlige krav til en udvidende fortolkning af en straffebestemmelse.

Bemærk i øvrigt, at straffelovens § 1 er en metanorm, idet den udgør et eksempel på en *skreven* retskilderegulering.

**4.** De i det foregående gennemgåede tre domme, U 1984.171 H, U 1976.304 H og U 1989.688 H, har alle primært skullet tjene til belysning af problemstillingen subjektiv ctr. objektiv fortolkning.

Vender vi os fra præmissernes begrundelse for udfaldet mod selve resultatet, har vi endvidere allerede konstateret, at der såvel i U 1984.171 som i U 1989.688 forelå en *regelanvendelse*, hvorimod der i U 1976.304 forelå en *indskrænkende fortolkning*.

Hvad udfaldet angår, udgør den *udvidende fortolkning* en tredje mulighed. Til illustration af denne fortolkningsvariant skal anføres U 1982.313 H, der yder et bidrag til forståelsen af den i arvelovens § 44, stk. 1, anvendte vending »et egenhændigt skrevet og underskrevet dokument«.

Arvelovens § 44, stk. 1, har følgende ordlyd:

Den, der på grund af sygdom eller andet nødstilfælde er forhindret i at oprette testamente i overensstemmelse med foranstående regler, kan mundtligt meddele sit testamente i samtidig nærværelse af to vidner eller oprette testamente uden vidner ved et egenhændigt skrevet og underskrevet dokument.

Efter ordlyden omfatter bestemmelsens anvendelsesområde med sikkerhed det *holografiske* testamente. Ved U

1982.313 blev det endvidere statueret, at bestemmelsen også var anvendelig på et *maskinskrevet* testamente, der var forsynet med *håndskreven* underskrift og dato. Flertallet (4 dommere) fandt nemlig, at det foreliggende testamente »ganske ... kunne sidestilles med de i arvelovens § 44, stk. 1, omhandlede nødtestamenteer«, idet det ansås for »ubestrideligt«, at testamentet var skrevet på maskine af afdøde selv uden andres medvirken og derefter med hans håndskrift dateret og underskrevet. Mindretallet (3 dommere) ville derimod tilsidesætte testamentet, idet kravet om, at »testamentet skal være egenhændigt skrevet af testator«, efter mindretallets opfattelse var ensbetydende med et krav om, at »dokumentet skal være skrevet af testator med egen hånd uden mellemkomst af hjælpemidler som skrivemaskine«.

Om afgørelsen har O.A. Borum i *UfR* 1983 B s. 41 udtalt:

»Ved dommen i U.f.R. 1982 s. 313 antager 4 dommere at et af testator *maskinskrevet* testamente forsynet med hans håndskrevne underskrift skal opretholdes, medens 3 dommere vil tilsidesætte det, fordi det ikke opfylder formkravet i § 44, 'et egenhændigt skrevet og underskrevet dokument'. Uanset den historisk begrundede sympati for mindretallet, må det indrømmes, at ordene ved undladelse af ordet 'håndskrevet' åbner mulighed for fortolkningen.«

Som det fremgår af Borums bemærkninger, har dommerne haft et reelt valg mellem at opretholde og tilsidesætte testamentet, idet begge løsninger er forenelige med den juridiske metode. Den udvidende fortolkning (hvorved testamentet fandtes ganske at kunne sidestilles med de i arvelovens § 44, stk. 1, omhandlede nødtestamenteer) er formentlig gået af med sejren,

simpelthen fordi flertallet foretrak at opretholde testamentet fremfor at tilsidesætte dette.

Se om dommen Hans Kardels kommentar i *UfR* 1982 B s. 321 f. og Finn Taksøe-Jensen: *Arveretten* (1986) s. 156 f. og den dér anførte litteratur.

I sin analyse af dommen (*UfR* 1983 B s. 198 ff.) tager Preben Stuer Lauridsen sit udgangspunkt i den velkendte sondring imellem *almen tolkning* og *konkret subsumption*. »Mens den almene tolkning simpelt hen har som sit mål at udfinde den i lovbestemmelsen udtrykte regel eller norm, har den konkrete subsumption til formål – herefter – at tage stilling til, om et konkret retstilfælde skal behandles efter den fundne regels angivende, eller om der in concreto skal gøres en undtagelse hertil« (a.st. s. 199). Pointen i analysen er, at forskellen mellem flertallets og mindretallets opfattelse, ifølge forfatteren, alene ligger i den konkrete subsumption, idet der, hvad den almene tolkning angår, i hovedsagen ikke synes at være nogen uenighed mellem flertal og mindretal.

Jeg må dog være uenig med Stuer Lauridsen, når han (a.st. s. 201) karakteriserer flertallets afgørelse som »en ligefrem regel anvendelse«. Efter min mening dækker denne karakteristik den opfattelse, som mindretallet i Vestre Landsret lagde for dagen, idet den dissenterende landsdommer i det foreliggende tilfælde anså »formkravet i arvelovens § 44, stk. 1, for opfyldt« [udhævet her]. Højesterets flertal fandt derimod, at det pågældende testamente ganske »kunne *sideslles med* de i arvelovens § 44, stk. 1, omhandlede nødtestamenter« [udhævet her], og i dette ordvalg synes at ligge, at flertallet selv har opfattet afgørelsen som baseret på en udvidende fortolkning.

Ved benyttelse af det tidligere anvendte skema må dommen – hvoraf det tillige fremgår, at sondringen mellem subjektiv og objektiv fortolkning ikke er udtømmende – placeres således:

	Subjektiv fortolkning	Objektiv fortolkning	Hverken subjektiv eller objektiv fortolkning
Regelanvendelse	U 1982.313 H (mindretallet)		
Indskrænkende fortolkning			
Udvidende fortolkning			U 1982.313 H (flertallet)

Jeg kan imidlertid tiltræde Stuer Lauridsens opfattelse, hvorefter det næppe har større betydning, om man navngiver flertallets afgørelse på den ene eller den anden måde. »Uden for strafferettens område, og med forbehold for særlige problemstillinger, der måtte kunne følge af den pågældende lovs karakter i øvrigt, har spørgsmålet om, hvorledes den konkrete subsumtion skal karakteriseres, formentlig kun *terminologisk* betydning« (a.st. s. 201 med min udhævelse).

Som eksempel på et område, hvor det er af betydning, om den konkrete subsumtion karakteriseres som *regelanvendelse* eller som *udvidende fortolkning*, kan – ud over strafferetten – peges på

skatteretten, idet grundlovens § 43 som altovervejende hovedregel antages at udelukke analogier inden for skatteretten.

**5.** Opfatter man flertallets afgørelse i den netop gennemgåede dom (U 1982.313 H) som en udvidende fortolkning, lader mindretallets standpunkt sig tvangfrit rubricere som en *modsætningslutning*.

Ross har (*Om ret og retfærdighed* s. 177) fremsat den opfattelse, at en modsætningslutning simpelthen betyder, »at en lovregel fastholdes med den begrænsning, der i en vis henseende fremgår af dens indhold, idet man hermed afviser muligheden for udvidende analogisk fortolkning i den pågældende henseende«. Ross tydeliggør meningen bl.a. med følgende eksempel: »I aftalelovens § 29 bestemmes det, at en viljeserklæring, der er retstridigt fremkaldt ved kompulsiv tvang, ikke er bindende for den tvungne, hvis den, til hvem erklæringen er afgivet, selv har udøvet tvangen eller har indset eller burdet indse, at erklæringen retstridigt var fremkaldt ved tvang fra trediemands side. Man plejer at sige, at man herfra modsætningsvis kan slutte, at erklæringen som regel er bindende, dersom løftemodtageren var i god tro. Da nu § 29 fremtræder som en undtagelse fra den almindelige hovedregel om løfters forbindende kraft, betyder 'slutningen' ikke andet, end at § 29-undtagelsen fastholdes med den givne begrænsning, at løftemodtageren er i ond tro, idet man hermed afviser den mulighed, at udvide reglen analogisk til også at omfatte tilfælde af god tro«.

Anvendt på mindretallets standpunkt i U 1982.313 H betyder dette, at modsætningslutningen lader sig opløse i en afvisning af analogi fra arvelovens § 44 i forbindelse med en anvendelse af den almindelige regel på området, hvorefter testamenter er forbundne. For mit



eget vedkommende ville jeg dog foretrække at formulere dette som, at mindretallet ved den konkrete subsumption har valgt at fastholde den almene tolkning af arvelovens § 44.

Om man vælger den ene eller den anden formulering turde dog være aldeles underordnet. Afgørende er det imidlertid at understrege, at modsætnings slutningen ikke udgør nogen egentlig fortolkningsvariant, men blot en form for regel anvendelse. Dermed fastslås det, at tredelingen regel anvendelse/indskrænkende fortolkning/udvidende fortolkning er udtømmende.

**6.** Ej heller *analogislutningen* udgør nogen egentlig fortolkningsvariant.

Om analogislutningen gør Ross (*Om ret og retfærdighed* s. 176) gældende, at nogen principiel forskel imellem udvidende fortolkning og analogi ikke kan påvises. Denne opfattelse kan jeg tiltræde.

I ældre teori opfattedes analogi som en selvstændig retskilde, som det alene kunne komme på tale at anvende, hvor der forefandtes *et retstomt rum*, og i øvrigt kun under forudsætning af en tilstedeværende *årsagernes lighed*. Kravet om et retstomt rum er ensbetydende med et forbud mod analogi fra undtagelsesbestemmelser, og kravet om årsagernes lighed er en præcisering af, at der skal foreligge et reelt velbegrundet behov for at udvide bestemmelsens anvendelsesområde. Om disse krav anføres det med rette af Stuer Lauridsen (*Retslæren* s. 327): »Alt dette tilhører den ordmagi, uden hvilken juraen for visse forfattere synes utænkelig. Analogien er naturligvis hverken mere eller mindre retskilde end alle andre fortolkninger. Endnu har ingen set en årsagernes lighed, og der findes naturligvis mange eksempler på analogier fra undtagelsesregler ...«.

U 1986.340 HKK er i så henseende illustrativ. I sagen, som vedrørte fortolkningen af den dagældende bestemmelse i retsplejelovens § 172, stk. 1 – der udgør en *undtagelse* fra hovedreglen i retsplejelovens § 168 – fandt Vestre Landsret bestemmelserne i retsplejelovens § 172 »analogt anvendelige også på journalister ved lokalradioer, herunder free-lance journalister, uanset om disse modtager vederlag for deres journalistiske arbejde«.

Højesterets kæremålsudvalg kom i sin kendelse til det modsatte resultat, at der ikke fandtes at være grundlag for at anvende retsplejelovens § 172, stk. 1, analogt på journalister ved radio og fjernsyn, men begrundede sin afvisning af analogi med betragtninger, der intet havde at skaffe med bestemmelsens karakter af en undtagelsesbestemmelse.

Ved medieansvarsloven (lov nr. 348 af 6. juni 1991) er affattelsen af retsplejelovens § 172 blevet ændret.

For en analytisk betragtning falder analogi altså sammen med udvidende fortolkning. At retsudøveren i mange situationer vil være af den opfattelse, at han her står over for problemet, hvorvidt der bør sluttes analogt eller modsætningsvis ud fra en given lovbestemmelse skal ingeniende benægtes. Blot må det fastholdes, at for en analytisk betragtning er analogi det samme som udvidende fortolkning, og at en modsætningsslutning udgør en form for regelanvendelse. Hvorvidt man i den konkrete situation bør foretrække analogislutningen frem for modsætningsslutningen beror på en vurderende stilningtagen til betydningen af bestående ligheder og uligheder mellem de lovregulerede tilfælde og de tilfælde, som ikke direkte er omfattet af lovbestemmelsen.

Om analogi og modsætningsslutning kan henvises til *Juridisk Grundbog I* (5. udg., 1991) s. 117 ff.

**7.** Dersom en lovbestemmelse (x) forbyder det, som en anden lovbestemmelse (y) påbyder, står vi over for fænomenet *modsigelse imellem lovregler*. Det er umid-

delbart indlysende, at befinder borgeren (A) sig i den situation, at hans adfærd (F) omfattes af både

$$\text{forbud}_x A (F) = \text{ansvar } A (F)$$

og

$$\text{påbud}_y A (F) = \text{ansvar } A (\text{ikke}-F),$$

så minder situationen om sejlads mellem Scylla og Charybdis. De to lovregler (x og y) knytter uforenelige retsfølger til nøjagtig de samme retsstiftende kendsgerninger. Undlader borgeren at udvise adfærden F, slipper han for ansvar i relation til forbudsnormen (x), men ifalder på samme tid ansvar i relation til påbudsnormen (y), idet

$$\text{påbud}_y A (F) = \text{forbud}_y A (\text{ikke}-F) = \text{ansvar } A (\text{ikke}-F).$$

Og udviser borgeren adfærden F, slipper han for ansvar i relation til påbudsnormen (y), men ifalder på samme tid ansvar i relation til forbudsnormen (x).

Generaliserer vi ud fra ovenstående, kommer vi til, at modsigelse mellem to lovregler foreligger, dersom lovreglerne til de *samme* retsstiftende kendsgerninger knytter *uforenelige* retsfølger.

Når dette i praksis yderst sjældent forekommende fænomen overhovedet skal omtales i denne fremstilling, beror det på, at der med henblik på at løse sådanne konflikter er opstillet tre velkendte fortolkningsregler. Det drejer sig om, *at* en trindhøjere regel (*lex superior*) fortrænger en trinlavere, *at* en yngre regel (*lex posterior*) fortrænger en ældre, og *at* en speciel regel (*lex specialis*) fortrænger en almindelig.

Til disse tre fortolkningsregler skal straks bemærkes, at praksis kun tillægger dem begrænset betydning,

specielt gælder dette *lex posterior legi priori derogat*,\* jfr. U 1972.565 H, og *lex specialis legi generali derogat*.\*\*

Den modsigelse, der foreligger mellem et forbud og et påbud, kaldes *total-total* modsigelse. Hvis de retsstiftende kendsgerninger i lovreglerne x og y symboliseres ved to cirkler, falder cirklen for retsfaktum i den ene lovregel (x) fuldstændigt sammen med cirklen for retsfaktum i den anden lovregel (y).

Dersom de to cirkler ikke falder fuldstændigt sammen, men skærer hinanden, foreligger situationen *partiel-partiel* modsigelse. Denne modsigelse indtræffer i de to cirklers fællesmængde (og kaldes også regelkrydsning), men herudover har begge lovregler jo et anvendelsesområde, der ikke frembyder problemer.

Såvel i situationen *total-total* modsigelse som i situationen *partiel-partiel* modsigelse er *lex specialis*-princippet naturligvis uanvendeligt. Hverken x eller y er jo speciel i forhold til den anden regel. Der kan kun være tale om at anvende *lex superior*-princippet og *lex posterior*-princippet.

U 1972.565 H frembyder et eksempel på *partiel-partiel* modsigelse. Anvendelse af *lex specialis*-princippet var derfor på forhånd udelukket. Og heller ikke *lex superior*-princippet kunne anvendes, da den grønlandske børnelov fra 1962 og lov om børns retsstilling fra 1960 er ligestillede love. Alene *lex posterior*-princippet kunne have været anvendt, men *lex posterior legi priori derogat* kom ikke til anvendelse i den foreliggende sag, hvor der vel forelå modsigelse imellem lovregler, men hvor dette logiske fortolkningsproblem slet ikke blev drøftet.

\* Den yngre lov ophæver den ældre.

\*\* Den specielle lov ophæver den generelle.

Dommen er kommenteret af Jørgen Trolle i *UfR* 1972 B s. 245 ff.

Kun hvor der indtræffer *total-partiel* modsigelse, kan alle tre fortolkningsregler i princippet finde anvendelse. Denne situation vil foreligge, hvis forholdet er det, at de retsstiftende kendsgerninger for lovreglen x kan symboliseres ved en cirkel, der ligger inden i den cirkel, som udtrykker retsfaktum for lovreglen y.

Om modsigelse og de øvrige logiske fortolkningsproblemer kan henvises til *Om ret og retfærdighed* § 26 og *Retslæren* s. 318 ff.

**8.** Den i kap. 6 (afsnit 1) omtalte retspositivisme opfattede retten som indholdet af statens vilje. Eftersom staten altid måtte ville noget, var den positive ret fuldstændig. Retsreglerne antoges at udgøre et sluttet system, der var udtømmende og modsigelsesfrit. De huller, som vitterligt forefandtes, måtte følgelig blot være tilsyneladende huller. At udfinde retten i det omfang, hvori den ikke forelå i formulerede regler, var alene et spørgsmål om kundskaber, et spørgsmål om at anvende en logisk-deduktiv metode. Efter retspositivismen var der således én og kun én rigtig løsning på et retligt problem.

Afgørelser som U 1986.99 H og U 1989.148 H er imidlertid vanskeligt forenelige med forestillingen om, at der kun forefindes én korrekt løsning på et retligt problem. Tilmed synes i dag alle at være enige om, at

dommeren udover at være retsanvendende tillige i et vist omfang udøver en retsskabende funktion.\*

Om forholdet mellem selve fortolkningsprocessen og dens slutprodukt har Ross imidlertid forlængst fastslået, at enhver trænet jurist véd

»hvorledes han på passende måde kan legitimere det resultat, han finder påkrævet som 'retfærdigt' eller socialt ønskeligt i overensstemmelse med sin rets-  
overbevisnings postulater. Man må bare ikke lade sig forblænde. Man må ikke tro, at denne teknik, disse 'fortolkningsmetoder' til manipulation af lovtæksten, er det drivende. Med få undtagelser ... er disse metoder så viseligt indrettet, at de aldrig pånøder sig, men kan udvælges efter behov. Det er ikke dem der bestemmer resultatet, men resultatet der bestemmer dem. Man vælger hvad man har brug for. Men altid er det retsbevidsthedens vurdering der er det drivende, medens metoderne blot tjener til at 'dække' resultatet. Det skulle ellers være mærkeligt, at man endnu aldrig har hørt fx om en analogislutning der pånøder sig, selv om man finder resultatet beklageligt.

Det er i sig selv et interessant socialpsykologisk problem, hvorfor man ønsker at tilsløre, hvad det er der virkelig foregår i retsudøvelsen. Det er ikke her stedet at gå ind på dette spørgsmål. Vi må nøjes med at fastslå, at trangen til at foregive at retsudøvelsen er en simpel deduktion ud fra objektivt givne retsregler uden nogen vurderende stillingtagen fra

\* Det kan dog ingenlunde afvises, at reminiscenser af den retspositivistiske opfattelse stadigvæk findes hos mange jurister og præger deres forestillinger om juridisk metode.

dommerens side synes at være et universelt fænomen.« (*Om ret og retfærdighed* s. 181-182).

Selv om jeg nok ville have foretrukket at formulere denne opfattelse på en anden – og for nogle mindre provokerende – måde, er jeg ikke desto mindre enig med Ross i substansen. *Den såkaldte juridiske metode består for størstedelens vedkommende af en argumentationsteknik, hvormed man begrundet et resultat, der måske er fremgået af helt andre overvejelser.* Hermed er ikke sagt, at argumentationen udelukkende udgør en facadelegitimation. Om dette delikate problem har Stig Strömholm, der er en formens mester, ytret sig således:

»Erfarna domare torde inte sällan ganska snabbt nå fram till ett intuitivt ställningstagande i det mål de har framför sig. 'Intuitivt' betyder här inte 'blint'; 'domarintuitionen' är ett resultat av långvarig träning. Författandet av domsskäl får da funktionen av en *efterhandskontroll*, varigenom domaren medvetet, steg för steg, prövar om det intuitiva ställningstagandet 'håller', om det låter sig försvaras med rättsligt godtagbara argument.«\* (*Allmän rättslära. En första introduktion*, 6. uppl., 1988, s. 76).

\* Det hænder formentlig ikke sjældent, at erfarne dommere ret hurtigt når frem til en intuitiv stillingtagen til den sag, de skal pådømme. 'Intuitiv' betyder her ikke 'i blinde'; 'dommerintuitionen' er et resultat af langvarig træning. Affattelsen af præmisser har da den funktion at udgøre en *efterfølgende kontrol*, hvorved dommeren bevidst, skridt for skridt, prøver, om den intuitive stillingtagen 'holder', om den lader sig forsvare med retligt acceptable argumenter.

Til nærmere belysning af det problem, jeg her har strejft, vil jeg pege på den strafferetlige årsagslære. På grund af dansk rets særegne og vidtgående forsøgsregler er det inden for forårsagelsesdelikterne nødvendigt at sondre mellem uagtsomhedsdelikter og de såkaldte bøde-hæfte-delikter p.d.e.s. og andre forårsagelsesdelikter p.d.a.s. Den teoretiske betydning af sondringen fremgår af nedenstående skematiske oversigt over forårsagelsesdelikter.\*

	Uagtsomhedsdelikter (f.eks. strfl. § 241) og bøde-hæfte-delikter (f.eks. strfl. § 135)	Andre forårsagelsesdelikter (f.eks. strfl. § 237)
Årsagssammenhæng antages at foreligge	Straf (for fuldbyrdet forbrydelse)	Straf (for fuldbyrdet forbrydelse)
Årsagssammenhæng antages ikke at foreligge	Frifindelse	Straf (for forsøg)

Af oversigten fremgår, at kravet om årsagssammenhæng mellem handlingen og den indtrufne begivenhed kun har begrænset betydning for strafferettens vedkommende. Alene ved uagtsomhedsdelikter og bøde-hæfte-delikter bliver antagelsen af årsagssammenhæng bestemmende for grænsedragningen mellem strafbar og straffri adfærd.

\* Som bekendt udgøres modstykket til forårsagelsesdelikter af *korrelatdelikter*.



I det praktiske retsliv spiller spørgsmål om tilstedeværelsen af årsagssammenhæng også kun sjældent nogen rolle, omend man støder på problemet f.eks. i sager om uagtsomt manddrab i forbindelse med færdselsforseelser. Såfremt der under en retssag rejses tvivl om eksistensen af årsagssammenhæng mellem den af tiltalte foretagne handling og den indtrufne begivenhed, tilkommer det naturligvis anklagemyndigheden at godtgøre, at den indtrufne begivenhed er en virkning af den foretagne handling.

Se hertil U 1969.434 H, hvor underretten ikke anså det for bevist, at tiltalte, der den 14. marts 1968 i et fodgængerfelt havde påkørt en 82-årig kvinde, havde forvoldt kvindens død, som indtraf den 11. april s.å., hvorimod Østre Landsret og Højesteret efter det oplyste, herunder navnlig de lægelige oplysninger, anså det for godtgjort, at tiltalte ved sin uforsvarlige kørsel havde forvoldt kvindens død.

Afgørelsen af, om der foreligger årsagssammenhæng, træffes i praksis ud fra en helhedsvurdering af begivenhedsforløbet. Og i det omfang det skønnes rimeligt at lade den foretagne handling være ansvarspådragende, vil domstolene statuere, at der foreligger *årsagssammenhæng i strafferetlig henseende*.

Se hertil det oven for refererede tilfælde, hvor afgørelsen blev truffet på samme faktiske grundlag af de forskellige instanser, og hvor der således alene var tale om en forskellig *vurdering* af begivenhedsforløbet.

Efter min opfattelse fungerer kravet om årsagssammenhæng i strafferetten som en slags sikkerhedsventil. Denne sikkerhedsventil gør domstolene brug af i sager vedrørende uagtsomhedsdelikter og bøde-hæfte-delikter, hvis de viger tilbage for at pålægge et strafansvar, som

efter en helhedsvurdering af det til pådømmelse foreliggende begivenhedsforløb forekommer dem urimeligt. Sat på spidsen: Hvor den strafferetlige teori hævder, at kravet om årsagssammenhæng er en strafbarhedsbetingelse (skemaet viser, hvornår der er pådraget strafansvar), vil jeg tværtimod hævde, at rent faktisk anvendes skemaet »i modsat retning« (det giver en anvisning på, hvilken argumentationsteknik der skal anvendes for at begrunde straffrihed).

Kvintessensen af disse afsluttende betragtninger er den, at man nok bør have for øje, at domstolsafgørelsen i langt højere grad har karakter af en *beslutning*, et valg mellem forskellige foreliggende muligheder (der hver især frembyder en korrekt løsning af det foreliggende fortolkningsproblem), end af en *logisk slutning*. Dette forhold forklarer også, at selv i sager, der ikke frembyder bevistvivl, kan det være yderst vanskeligt at forudsige udfaldet af en retssag, og at der kan forekomme dissenser i den enkelte instans og divergenser instanserne imellem.

## KAPITEL 8

# Sammenfatning

**1.** Denne lille bog indeholder et forsøg på at fremstille hovedtrækkene i en almindelig retslære. Ligesom i Ross' skelsættende værk *Om ret og retfærdighed* (1953) opfattes retslæren som retsdogmatikkens metafag, og nærværende fremstilling følger sig ind i rækken af arbejder inden for den analytiske retsteori.

**2.** Fremstillingens genstand er i bogens første del (kap. 2-5) den *teoretiske* retslære.

I kap. 2 behandles begrebet *retfærdighed*. Ross nåede i sit ovennævnte værk frem til den konklusion, at anvendt til karakteristik af en almindelig regel eller orden er begrebet retfærdighed tomt. Denne opfattelse af det materielle retfærdighedsbegreb bestrides, idet det gøres gældende, at begreberne retfærdig og uretfærdig i hverdagssproget anvendes til at angive, at noget enten er i overensstemmelse med fundamentale og almindeligt accepterede retsprincipper eller strider mod sådanne principper. Prisen for, at hverdagssproget indlægger dette indhold i retfærdighedsbegrebet, bliver imidlertid, at retfærdighed kommer til at udtrykke en til tid og sted bundet social eller kulturel vurdering.

I kap. 3 gøres *forholdsnormer* og *kompetencenormer* til genstand for en analyse baseret på begrebet *det retlige ansvar*. Dette begreb er – i modsætning til pligtbegrebet – et forholdsvis veldefineret juridisk begreb, hvis hovedformer udgøres af 1) strafansvar, 2)

erstatningsansvar og 3) naturalopfyldelse (i det omfang en sådan overhovedet lader sig gennemtvinge). Det postuleres, at strukturelt adskiller de to normtyper sig fra hinanden derved, at alene forholdsnormer lader sig udtrykke i et enkelt formelsprog, hvorimod såvel forholdsnormer som kompetencenormer kan beskrives i »hvis ..., så ...-relationer«. Disse relationer ligner de fra logikken velkendte hypotetiske sætninger, men adskiller sig fra disse ved at angå direktiver.

Analysen af forholdsnormerne (der i ansvars-terminologien éntydigt kan beskrives som påbud/forbud og de dermed korrelerede krav samt fritagelser/tilladelser og de dermed korrelerede ikke-krav) fører til, at juraen kan overlade pligtbegrebet til moralfilosofien.

I kap. 4 fremsættes der nogle bemærkninger om relationerne mellem *ret* og *moral*. Det gøres gældende, at retsregler i den sidste analyse må opfattes som regler om et retligt ansvar, hvorimod moralske normer opfattes som udtryk for en social eller kulturel vurdering.

Begrebet *gældende ret* drøftes i kap. 5. Først omtales Ross' prognoseteori. Dernæst fremsættes der nogle indvendinger imod denne teori. Endelig drøftes et muligt alternativ, hvorefter udsagn om gældende ret opfattes som påstande om retlige forhold, der er i overensstemmelse med gængs retskildelære. Sådanne retsdogmatiske udsagn er intet andet end rekommandationer til retsudøveren, og de kan som praktiske udsagn hverken være sande eller falske. Dette medfører naturligvis, at det kan diskuteres, hvorvidt jura kan betegnes som videnskab i streng forstand.

**3.** Fremstillingens genstand er i bogens anden del (kap. 6-7) den *praktiske* retslære.

I kap. 6 om *retskilderne* redegøres der for, hvordan Ross betragtede retskildelærens genstand som en bestanddel af gældende ret (afsnit 2 *in fine*), hvorimod jeg gør gældende, at retskildelærens regler har karakter af metanormer af ikke-retlig beskaffenhed (afsnit 3). Det foreslås her at definere retskilderne som indbegrebet af de faktorer, som enhver (der ønsker at tage stilling til retlige spørgsmål på kvalificeret måde) skal eller kan tage i betragtning, forinden den pågældende træffer sin afgørelse eller tilkendegiver sin opfattelse. Af denne rummelige definition følger, at antallet af retskilder ikke kan angives eksakt, og at der intet er til hinder for at anse f.eks. lovforarbejder, administrativ praksis, ombudsmandsafgørelser og den juridiske doktrin for at udgøre »kan«-faktorer (afsnit 4).

Afsnittene 5-10 indeholder en omtale af retskildefaktorerne *love og lovforarbejder, præjudikater, administrativ praksis, retssædvaner og kutymen, den juridiske doktrin samt forholdets natur*. Vedrørende den sidstnævnte retskildefaktor er jeg af den mening, at den ikke kan opfattes som en »kan«-faktor, endsige som en »skal«-faktor, idet forholdets natur i retskildelæren alene tjener til at legitimere afgørelser, hvortil den fornødne hjemmel ikke kan findes i andre retskilder. Hvis det om en domstolsafgørelse siges, at den er baseret på forholdets natur, betyder det blot, at hverken loven, en retssædvane eller et præjudikat har givet den fornødne hjemmel for afgørelsen.

Afsnit 11 omhandler Ross' sondring mellem almindelig retskildelære og dogmatisk retskildelære. Jeg accepterer nødvendigheden af en sådan sondring, men foretrækker dog at tale om almindelig ctr. speciel retskildelære, idet jeg jo ikke som Ross opfatter retskildelærens regler som en bestanddel af gældende

ret. I afsnittet plæderes der for, at hvert fag udvikler sin egen retskildelære, afpasset efter fagets særegne problemer.

I kap. 7 om *lovfortolkning* tages der udgangspunkt i et forholdsvis ukompliceret fortolkningsproblem (afsnit 1 og 2). Herefter drøftes den ikke-udtømmende distinktion mellem subjektiv og objektiv fortolkning (afsnit 3). Vedrørende fortolkningsvarianterne (afsnit 4) opstilles der en udtømmende sondring imellem regel anvendelse p.d.e.s. og indskrænkende/udvidende fortolkning p.d.a.s. Sondringen bliver udtømmende derved, at modsætnings slutningen (afsnit 5) opfattes som en form for regel anvendelse, medens analogi slutningen (afsnit 6) falder inden for den udvidende fortolknings gebet. Dernæst behandles det klassiske problem: modsigelse imellem lovregler (afsnit 7). Endelig afrundes kapitlet med nogle bemærkninger om juridisk metode (afsnit 8).

**4.** Et tilbageblik på hovedindholdet af nærværende bog tager sig ud som vist i omstående oversigt:

Teoretisk retslære		Praktisk retslære	
<i>De retlige ideers historie</i>	<i>De retlige grundbegreber</i>	<i>Retskildelære</i>	<i>Læren om lovfortolkning</i>
	Retfærdighed (kap. 2)  Forholdsnormer og kompetencenormer (kap. 3)  Ret og moral (kap. 4)  Gældende ret (kap. 5)	Retskilderne (kap. 6)	Lovfortolkning (kap. 7)

# Sagregister

- Analogi 92, 136, 137f.
- Analogi/modsætningsslutning 71, 72ff., 136ff.
- Ansvarsbegrebet 36, 43ff.
  
- Bekendtgørelse 94
- Byrder 36, 48
  
- Cirkulære 94
  
- Doktrin, juridisk 88, 89, 92f., 107
  
- Forbud 37, 39, 40f., 44
- Forholdets natur 79, 92, 93, 107ff.
- Forholdsnormer 35, 36ff.
- Frihedsbegrebet 46
- Fritagelse 36f., 39, 40f., 44
  
- Gældende ret 63ff.
  
- Ikke-byrder 36, 48
- Ikke-krav 41, 44
  
- Kompetencenormer 36, 46ff.
- Krav 41, 44
- Kutymer 106
- Kvalifikationsnormer 35
  
- Lex imperfecta 46, 49, 61
- Lov 93ff.



Lovbekendtgørelse 94f.  
Lovforarbejder 88, 93, 95, 125ff.  
Lovfortolkning, subjektiv/objektiv 121ff., 123ff., 127ff.  
Lovfortolkning, indskrænkende/udvidende 121ff.,  
132ff.

Metode, juridisk 120, 133f, 141ff.  
Modsigelse imellem lovregler 138ff.  
Modsætningsslutning 136f.  
Moralfilosofi 57, 59f.

Naturret 16f., 23ff., 50ff., 77f.  
Noncognitivism 26, 49

Ombudsmandsafgørelser 88, 93

Pligtbegrebet 44, 45, 48  
Positivism, den logiske 25ff.  
Praksis, administrativ 88, 93, 100 ff.  
Prognoseteori 63ff.  
Præjudikater 79, 95ff.  
Påbud 36, 38, 40f., 44

Rangorden, retskildernes 80, 82f., 86, 88ff.  
Ret 42f.  
Retfærdighed 23ff.  
Retfærdighed, formel 28f, 33f., 96, 100  
Retfærdighed, materiel 28ff., 61, 114  
Retskildebegrebet 84ff.  
Retskildelære, almindelig/speciel 115ff.  
Retspolitik 15, 16, 63, 70ff.  
Retspositivism (afvisning af naturret) 50ff.  
Retspositivism (retsfilosofisk skole fra det 19. årh.)  
78f., 80, 95, 108, 141f.

Retssædvaner 102ff.  
Retsteori, analytisk 13  
Retsteori, katolsk 13, 14, 23  
Retsteori, marxistisk 13f.

Samfundspagten 24f., 58  
Subsumption, konkret 134, 137

Tilladelse 37, 39, 40f., 42  
Tolkning, almen 134, 137

Udsagn, de lege ferenda 63, 71, 72, 74  
Udsagn, de lege lata 63, 70  
Udsagn, de sententia ferenda 63, 71f., 74

Vurderinger, retlige 125, 138, 145f.  
Vurderinger, sociale/kulturelle 31f, 49, 59, 61

# Navneregister

- Austin, John (1790-1859) 13
- Bentzon, Viggo (1861-1937) 18, 60, 79f., 82, 84f.,  
103, 108
- Bergbohm, Karl Magnus (1849-1927) 79
- Blume, Peter (f. 1950) 88, 93
- Bornemann, Frederik Christian (1810-1861) 18
- Bornemann, Mathias Hastrup (1776-1840) 17
- Borum, Oscar Alfred (1894-1983) 133
- Castberg, Frede (1893-1977) 32
- Clausen, Sven (1893-1961) 32
- Deuntzer, Johan Henrik (1845-1918) 79, 80
- Dworkin, Ronald (f. 1931) 34
- Dyckjær-Hansen, Karen (f. 1940) 69f.
- Eckhoff, Torstein (1916-1993) 90
- von Eyben, William Edler (f. 1912) 74f., 92f., 115
- Goos, Carl (1835-1917) 18
- Grotius, Hugo (1583-1645) 23f., 58
- Hansen, Victor (1889-1974) 100, 107
- Hartnack, Justus (f. 1912) 19, 59f.
- Hohfeld, Wesley Newcomb (1879-1918) 41f.
- Holberg, Ludvig (1684-1754) 16f.
- Hurtigkarl, Frederik Theodor (1763-1829) 77

Illum, Knud (1906-1983) 82f.

Jensen, Torben (f. 1920) 122  
Johannes 23. (1881-1963) 14

Kant, Immanuel (1724-1804) 17, 19, 30, 59  
Kardel, Hans (f. 1930) 110  
Koktvedgaard, Mogens (f. 1933) 19

Lassen, Niels (1848-1923) 103f.

Mondrup, Sverre (1930-1987) 114

Nørregaard, Lauritz (1745-1804) 17, 77

Pufendorf, Samuel (1632-1694) 16, 17, 58, 59

Rawls, John (f. 1921) 34  
Ross, Alf (1899-1979) 19f., 23, 28ff., 32, 33f., 44ff.,  
50ff., 63ff., 81f., 83f., 86f., 90f., 92, 102, 104f., 114,  
115f., 124, 136, 137, 142f.

Scheel, Herman (1859-1956) 78, 81  
Schlegel, Johan Frederik Wilhelm (1765-1836) 17  
Strömberg, Håkan (f. 1918) 69  
Strömberg, Tore (1912-1993) 15, 35, 36  
Strömholm, Stig (f. 1931) 143  
Stuer Lauridsen, Preben (f. 1940) 19, 40f., 44ff., 71,  
83f., 87, 92, 103, 116, 125, 134f., 137

Thomas Aquinas (1225-1274) 23  
Thomasius, Christian (1655-1728) 59

Ussing, Henry (1886-1954) 29, 73

Vinding Kruse, Frederik (1880-1963) 18, 29, 81, 85f.,  
103, 124  
Wolff, Christian (1679-1754) 17  
Zahle, Henrik (f. 1943) 19, 89  
Ørsted, Anders Sandøe (1778-1860) 77f., 95, 124

# Domsregister

- U 1904 B 287 H 102, 103f.
- U 1935.286 H 110f., 114
- U 1969.434 H 145
- U 1972.565 H 140f.
- U 1976.304 H 127ff., 131, 132
- U 1982.313 H 132ff., 136
- U 1983.453 Ø 102, 105f.
- U 1984.166 H 111ff., 114
- U 1984.171 H 98, 120, 121ff., 124, 132
- U 1984.1061 H 108ff., 114
- U 1986.99 H 97f., 141
- U 1986.340 HKK 138
- U 1989.148 H 99, 141
- U 1989.688 H 124, 129ff., 132

## Appendiks

# Om begreberne »ret« og »retfærdighed«

1. Min studentertid faldt i 50'erne. Jeg studerede jura ved Aarhus Universitet. Jævnside med brødstudiet interesserede jeg mig for historie og filosofi. Blandt mine medstuderende var der også flere med filosofiske interesser. Universitetets filosofiske lærestol beklædtes i årene 1954-72 af *Justus Hartnack* (f. 1912). Med forskellige aktiviteter, herunder bogen *Filosofiske problemer og filosofiske argumentationer* (1956), der anvendtes som grundlag for filosofikum-undervisningen, havde Hartnack vakt en opmærksomhed om faget, der også tiltrak ældre studerende fra alle fakulteter. Hartnacks eget forskningsområde var »linguistic philosophy«, således som den i 50'erne dyrkedes i Oxford af folk som Gilbert Ryle og J.L. Austin. Ved universitetets økonomiske og juridiske fakultet virkede i de samme år *Knud Illum* (1906-1983) som professor i ejendomsret. Han var jura-lærernes nestor, interesserede sig for retsfilosofi og havde udgivet en ikke ueffen bog om *Lov og Ret* (1945). Nogen undervisning i almindelig retslære fandtes ikke dengang.

Det var derfor først efter embedseksamen, under et studieophold i Oxford 1959-60, at jeg kom til at beskæftige mig med retsfilosofiske studier i streng betydning. Min vejleder var professor *Herbert Lionel Augustus*

Hart (1907-1992), som netop da holdt en serie forelæsninger, der i 1961 kom i bogform under titlen *The Concept of Law*. Hart var en stor beundrer af *Gilbert Ryle* (1900-76), hvis hovedværk hedder *The Concept of Mind* (1949), og af *John Langshaw Austin* (1911-1960). En tredje filosof *Alfred Jules Ayer* (1910-89), som 1959-77 var professor i Oxford, mælede Hart derimod aldrig et muk om.

Som ung havde A.J. Ayer udgivet et lille skrift med titlen *Language, Truth and Logic* (1936).<sup>1</sup> Under et studieophold i Wien var Ayer kommet under indflydelse af den filosofiske retning, der kaldes **den logiske positivisme**. Den var fremgået af den såkaldte wienerkreds. Et par centrale skikkelser inden for wienerkredsen var Moritz Schlick og Rudolf Carnap, og i tidsskriftet *Erkenntnis* (1930-38) havde den sit talerør. Selv om det var i 1930'erne og 40'erne, at den logiske positivisme havde sin glanstid, var det først i Oxford, at jeg, bl.a. ved læsning af Ayers ovennævnte bog, stiftede nærmere bekendtskab med dens hovedtanker. Allerede dengang ansås den logiske positivisme for at være passé,<sup>2</sup> men dens inddeling af de sproglige udsagn kom alligevel til at gøre et indtryk på mig, som har holdt sig. Denne inddeling kan i min version gengives skematisk således:

1. Bogen foreligger i dansk oversættelse som Alfred J. Ayer: *Sprog, sandhed og logik* (1997). Den danske udgave, der er oversat af Karen Dinesen, er forsynet med en indledning ved Peter Thielst.
2. Om den logiske positivisme skrev G.H. von Wright i en oversigtsartikel om »den filosofiske situationen«, trykt i hans *Logik, filosofi och språk. Strömningar och gestalter i modern filosofi* (1957): »Numera existerar den knappast längre som enhetlig och livskraftig riktning« (s. 21).



Teoretiske udsagn (udsagn med sandhedsværdi)		Praktiske udsagn (udsagn uden sandhedsværdi)	
Analytiske udsagn		Empiriske udsagn  f.eks. astronomiske og fysiske udsagn	f.eks. værdidomme (herunder etiske og æstetiske påstande) samt imperativer/direktiver (herunder såvel retsregler som retsdogmatiske udsagn)
Tautologier f.eks. logiske og matematiske udsagn	Kontradiktioner		
Altid <i>sande</i>	Altid <i>falske</i>	Enten <i>sande</i> eller <i>falske</i>	Praktiske udsagn har ingen sandhedsværdi, dvs. de kan hverken være sande eller falske

2. Ved midten af det 20. århundrede kunne de gængse retsteorier stort set opdeles i tre »skoler«. Af ærværdig ælde var den **naturret**, der dominerede i Sydeuropa samt i Latinamerika, idet katolsk naturret som bekendt går tilbage til *Thomas Aquinas* (1225-1274). En anden skole var **den materialistiske stats- og retsteori**, som var absolut enerådende i de socialistiske stater. Da der dengang eksisterede adskillige sådanne stater, var antallet af tilhængere af den marxistiske retsteori sikkert lige så stort som antallet af tilhængere af den thomistiske retsteori. Den tredje og sidste skole udgjordes af **den analytiske retsfilosofi**, der anses for grundlagt af englænderen *John Austin* (1790-1859). Den havde sine varmeste tilhængere i England, i Nordamerika og i Skandi-

navien, men var langt fra så indflydelsesrig som de to førstnævnte skoler.

I 1953 udsendte *Alf Ross* (1899-1979) sit berømte værk *Om ret og retfærdighed*, der er forsynet med undertitlen »En indførelse i den analytiske retsfilosofi«. Ross, der 1923-26 havde været på et 2½ års studieophold i Østrig, Frankrig og England, var stærkt påvirket af den logiske positivisme, og med »Om ret og retfærdighed« slog retspositivismen afgørende igennem i Danmark.

Dengang var naturretten på retur i Danmark. Blandt danske retsvidenskabsmænd var det vist kun *Sven Clausen* (1893-1961), der interesserede sig seriøst for naturret. Således udsendte Clausen i 1954 et lille bind *Essays om naturret*. Det kan endvidere oplyses, at tidsskriftet *Catholica* i 1956 bragte en lille artikel med titlen »Er naturretten forældet?«. Ved nærmere eftersyn viste det sig dog at være et rent retorisk spørgsmål, thi at forfatteren<sup>3</sup> ikke et sekund havde været i tvivl om, at kendskab til naturret var nyttigt, fremgik krystalklart af hans refleksioner.

Skrifter om marxistisk retsteori begyndte så småt at udkomme i 1970'erne. Selv en klassiker som *Eugen Pasukanis* bog om *Almen retslære og marxisme* forelå først i dansk oversættelse i 1975. I 1976 begyndte tidsskriftet *Retfærd* at udkomme. Dengang betegnede det sig som et »Tidsskrift for marxistisk retsvidenskab«, og i det første nummer findes en programerklæring, hvori

3. Forfatteren var dommerfuldmægtig *Leo Hulsrøj* (1913-1995). Han var katolik og havde 1956-57 været på studieophold ved New York University. Sin karriere sluttede Hulsrøj som dommer i Rudkøbing 1961-83.

det bl. a. hedder, at der »tilstræbes en retsvidenskab, der kan indgå i arbejderklassens kamp mod kapitalismen og for socialisme«.

Af de ovennævnte tre skoler var det alene den analytiske retsfilosofi, der interesserede mig. Jeg blev hurtigt fortrolig med den ross'ske variant af analytisk retsfilosofi, som af ophavsmanden selv havde fået betegnelsen **retsrealisme**.

**3.** I min bekendtskabskreds befinder der sig en agtet jurist med en betydelig indsigt i retsfilosofi. Han er en systemets tjener, men ellers en hæderlig mand. Dog røber han stundom en hang til naturret, hvori jeg – der savner sans for det okkulte – ingenlunde kan følge ham. Vore meningsudvekslinger ender da uvægerligt med, at han udnævner mig til at være **betonpositivist**. Denne betegnelse tager jeg med sindsro, så længe der heri ikke skal lægges andet end, at jeg afviser naturretten, al dens væsen og alle dens gerninger.

Når dette er sagt, skylder jeg den gunstige læser at redegøre for, hvad jeg forstår ved naturret og retspositivisme, og hvorfor jeg må afvise enhver sammenblanding af ret og moral.

Ved **naturret** forstår jeg en retsteori, hvori der lægges vægt på en moralsk censur af retsreglernes indhold. Og ved **retspositivisme** forstår jeg en retsteori, hvori eksistensen af en naturret afvises. Opfattet på denne måde bliver alle retsteorier enten retspositivistiske eller naturretlige. Ross' **retsrealisme** bliver i så fald en retspositivistisk teori. Og som eksempel på en naturretlig teori kan nævnes den **retsrationisme**, der er lanceret af triumviratet *Aleksander Peczenik, Aulis Aarnio og Gunnar Bergholtz* i *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära* (1990). Selv om forfatterne åbent

vedgår, at de etiske minimumskrav til retsordenen ikke kan fastsættes en gang for alle, og at sådanne krav ingenlunde kan udledes af menneskets natur, så hævder de ikke desto mindre, at retsstatens normsystem nødvendigvis må vise respekt for et minimum af etiske krav.

Mod en sådan, i og for sig sympatisk, anskuelse må imidlertid anføres et dansk fyndord, hvori der – mere prægnant end egentligt delikat – skarpt tages afstand fra enhver utilstødelig sammenblanding. Jeg sigter naturligvis til det bevingede ord »Skæg for sig og snot for sig«, som med rette eller urette tillægges Viggo Hørup. I stedet for denne lidt karlekammeragtige udtryksmåde vil den klassisk dannede jurist formodentlig foretrække formuleringen *Distinguendum est*. Og det er vist og sandt, at det er fornødent at skelne mellem **ret** og **moral** samt at holde kategorierne skarpt adskilte.

Efter min opfattelse må **retsregler** i den sidste analyse opfattes som regler om et retligt ansvar, hvorimod **moraliske normer** udtrykker en social eller kulturel vurdering.

Al den stund det kan være svært nok for jurister at nå til enighed om, hvad der er **gældende ret**, er der næppe grund til at komplicere den retlige problemstilling med et diffust krav om, at gældende ret skal leve op til visse etiske minimumskrav. Gør man det, fortøner konsensus om retstilstanden sig uvægerligt som et uopnåeligt ideal.

Er reglerne om registreret partnerskab f. eks. en bestanddel af gældende dansk ret? Efter min overbevisning kan dette spørgsmål kun besvares med et rungende ja, der – om det gøres nødvendigt – kan begrundes med en henvisning til lov nr. 372 af 7. juni 1989. Og et eventuelt tillægsspørgsmål om, hvorvidt det er etisk acceptabelt at sidestille homofilt samliv med det etablerede ægteskab, vil jeg afvise som værende uden retlig

relevans. Og godt det samme, thi de moralske opfattelser af homofilt samliv er stærkt divergerende.

Det må herved erindres, at indtil ikrafttrædelsen af vor nugældende straffelov (1933) straffedes »omgængelse imod naturen« med forbedringshusarbejde. Og forud for straffeloven af 1866 var en sådan adfærd endog belagt med bål og brand. Homofilt samliv udgør således et skoleeksempel på, at samme adfærd til skiftende tider er blevet bedømt på højst forskellig vis. Under kong Christian 5. blev seksuel omgang mellem personer af samme køn mødt med en streng moralsk fordømmelse, der understøttedes af et absolut forbud under trussel om lovens strengeste straf. Under dronning Margrethe 2. fik nøjagtig samme adfærd samfundets blå stempel i form af retlig anerkendelse. Og en social eller kulturel vurdering, der har bevæget sig fra den ene grøft til den anden, forekommer det mig ufrugtbart at inddrage ved besvarelsen af det juridiske spørgsmål: Er det i Danmark tilladt homofile at leve i et ægteskabslignende parforhold?

Alf Ross har i en artikel om »Naturret contra retspositivisme« (*Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1963 s. 497 ff.) givet denne prægnante formulering af den naturretlige grundanskuelser:

En faktisk opretholdt orden der ikke engang er et – mere eller mindre vellykket – forsøg på at virkeliggøre den naturlige rets (eller retfærdighedens) ide er ikke idestridig ret, dårlig ret, men overhovedet ikke ret. En sådan orden er et voldsdiktatur, ingen retsorden ... (s. 511-512).

Ross peger her på det, der – som allerede nævnt – skiller naturret og retspositivisme. Alle former for naturret, indbefattet den svensk-finske retsrationalisme, postulerer, at retsregler skal kunne bestå en slags moralsk lak-

musprøve. Dersom den positive retsregel ikke er i overensstemmelse med naturretten, udgør reglen slet ikke en retsregel, men er alene en manifestation af magt.

Hos Peczenik *et al.* hedder det således, at man inden for den almindelige retslære må tage stilling til retsordener, der gennemsyres af så forkastelige vurderinger som Hitlers eller Pol Pots. Forfatterens eget udgangspunkt for en sådan stillingtagen er et aksiom, hvorefter en ekstremt forkastelig tvangsmæssig ordning ikke udgør nogen retsorden. Et normalt retssystem må efter deres opfattelse besidde følgende (negativt angivne) kvalifikationer:

Normsystemet må ikke være af en sådan beskaffenhed, at dets anvendelse forårsager ekstrem lidelse.

Normsystemet må ikke være af en sådan beskaffenhed, at dets anvendelse i ekstremt høj grad strider mod menneskelige præferencer.

Normsystemet må ikke være af en sådan beskaffenhed, at dets anvendelse i ekstremt høj grad forhindrer realiseringen af menneskelige talenter.

På denne baggrund hedder det (s. 47):

*Det är inte säkert att varje rättssystem måste ha alla de ovan angivna egenskaperna. Men det måste i stor utsträckning uppvisa många av dem. Man kan dessutom ge rimliga skäl, däribland etiska sådana, för slutsatsen att vissa egenskaper i förekommende fall väger tyngre än andra.*

*Vid denne avvägning kan man t ex »kompensera« normsystemets minskade etiska godtagbarhet med dess större effektivitet. Man kan t ex säga att Hitlers så sent som 1942 ännu rätt effektiva ordning utgjorde gällande rätt, fastän man redan då i stor skala började mörda judar. Bl a bildade civillagen fortfarande en relativt säker grund för vardagliga handlingar. På våren 1945 hade emellertid systemets effektivitet minskat så mycket, samtidigt som dess förkastlighet ökat, att man skulle kunna ifrågasätta dess karaktär av rättsligt gällande ordning.*

*Begreppet »gällanda rätt« är vagt men säkert inte innehållslöst.<sup>4</sup>*

Hvad skal man dog sige til betragtninger som de netop gengivne? »En subtil udlægning« vil den gode græde. »En vag, til det indholdsløse grænsende, tirade!« vil den onde le. Og retspositivisten vil indskrænke sig til nøgternt at konstatere, *at* hvad enten han lægger vægt på et legitimitetskriterium eller et effektivitetsprincip, var den nazistiske retsorden gældende ret i Tyskland lige fra Hitlers magtovertagelse til Det tredje Riges totale sammenbrud, *og at* visse af den nazistiske retsordens bestanddele var umoralske.

I disse år går der en naturretlig bølge hen over verden. Bølgen har forlængst overskyldet Cambridge (Massachusetts) med det illustre Harvard University samt Oxford, og siden er den nået til såvel Helsinki som Lund. John Rawls og Ronald Dworkin er internationale berømt-heder, men også Aulis Aarnio og Aleksander Peczenik nyder reputation blandt retsfilosoffer.

Et skvulp af bølgen har ramt de bøgelyse øer med *Peter Høilunds* bog om *Den forbudte retsfølelse* (1992). Jeg har læst denne bog omhyggeligt, men sæden må siges at være faldet på klippegrund. Jeg er et forhærdet tidselgemyt, som Høilund med sin bog ikke har formået at omvende til naturretsevangeliet. Det, der siges i bogen, er sagt mange gange før, og det bliver ikke rigtigere af at blive gentaget.

Set med mine øjne indebærer retspositivisme **objektivitet** og **retssikkerhed**, hvorimod naturret tenderer mod

4. Se også Aleksander Peczenik: *Juridikens teori och metod* (1995) kap. 2.

**subjektivitet og vilkårlighed.** Naturligvis kan adskillige retsregler undergives en moralsk bedømmelse, men selv om reglen er nok så underlødige i etisk henseende, kan denne omstændighed ikke i sig selv betage reglen dens retlige karakter.

Hvad forholdet mellem ret og moral angår, er jeg enig med Ross, når han i næsten aforistisk form ytrer sig således: »Samtidig med at rubricere en vis orden som en »retsorden« kan jeg anse det for min højeste moralske opgave at omstyrte denne orden«. <sup>5</sup> Men det må ikke overses, at samme forfatter også har fastslået: »Moralske forestillinger er uden tvivl blandt de kausale faktorer der bestemmer retsudviklingen; og retten, på sin side, påvirker igen den i samfundet herskende moral. Det er også velkendt at loven gennem de såkaldte standarder kan henvise til og inkorporere gængse moralske vurderinger i retsordenens system. Om ikke alle, kan dog mange retsregler gøres til genstand for en moralsk vurdering. I den virksomhed der består i at skabe og anvende ret indgår også moralske vurderinger. Der er ingen grund til at en positivist skulle benægte disse og andre relationer mellem retlige og moralske fænomener«. <sup>6</sup>

Ross' ovenfor gengivne udtalelser om forholdet mellem ret og moral har jeg tidligere tilsluttet mig i mit bidrag til *Suum cuique. Retsvidenskabelige afhandlinger Københavns Universitet 1991* (s. 14 ff.). Denne tilslutning har affødt en kommentar i en anmeldelse af denne publikation i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1993 s. 394 ff., hvor anmelderen (Morten Holmboe) gør gældende:

5. *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 44.

6. *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1963 s. 507.



*Jeg synes mye av debatten omkring naturrett og positivisme blir en strid om ord. Hvis man beskriver »gjeldende rett« som den til enhver tid gjeldende rettsorden, men likevel er villig til å søke å omstyrte denne rettsorden på grunnlag av en moralsk oppfatning, påberoper man seg ikke da en høyere norm enn det denne rettsordenen står for? Og hva er da forskjellen på dét og å hevde at det denne rettsorden fremstiller som gjeldende rett, er i strid med mer grunnleggende normer? (s. 396).*

Hertil er vel at bemærke, at anmelderen kan have ret i, at megen debat om naturret ctr. retspositivisme har været en strid om ord.<sup>7</sup> Dog vil jeg fastholde, at når retspositivisten benægter eksistensen af objektivt gyldige retsprincipper, må han naturligvis stå helt fremmed over for naturret-tilhængerens to teser, hvorefter (1) der gives objektivt gyldige retsprincipper, og hvorefter (2) regler, der strider mod objektivt gyldige retsprincipper, er »ugyldige«. Når f.eks. den ansete norske retslærde Frede Castberg (1893-1977) anså »det å rette baker for smed og det å straffe krypskytteri med hengning, for å være forkastelig ut fra objektivt gyldige retsprinsipper«,<sup>8</sup> vil jeg replicere, at vel ville jeg betragte en retstilstand, hvorefter baker kunne rettes for smed, som værende himmelråbende uretfærdig; men det er at gå alt for vidt, hvis man hævder, at en sådan regel skulle være »ugyldig«.<sup>9</sup>

7. Jfr. Ross i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1963 s. 516 f.

8. Citeret efter Torstein Eckhoff: *Retten og samfunnet* (1976) s. 153.

9. Jeg ville foretrække at sige, at den pågældende (uretfærdige) retsregel alligevel udgør en bestanddel af »gældende rett«, hvis dette ud fra et legitimitetskriterium eller et effektivitetsprincip måtte anses for at være tilfældet.

Meget af det, som står at læse i *Om ret og retfærdighed*, er efter mit skøn uholdbart. Eksempelvis gælder det Ross' fastholden af, »at den egentlige retsnorm, for så vidt forholdsnormerne angår, er et direktiv til dommeren, medens forskriften for den private blot er en heraf afledt uselvstændig og uegentlig retsnorm, betinget af den private interesse i at undgå visse reaktioner fra dommerens side«<sup>10</sup> (se herom nedenfor afsnit 5). Det samme gælder, når Ross om ordene »retfærdig« og »uretfærdig« – anvendt til karakteristik af en almindelig regel eller orden – hævder, at de er »ganske tomme«<sup>11</sup> (se herom nedenfor afsnit 6). Og Ross' kongstanke, hvorefter jura er en empirisk videnskab, således at retsdogmatiske udsagn enten er sande eller falske,<sup>12</sup> forekommer mig i den grad forfejlet, at jeg må omfatte de jurister, som i deres studietid har været tvungne til at tilegne sig **prognoseteorien**, med inderlig medfølelse. Derimod er det sørgeligt, at Ross' opgør med naturretten ikke fik den tilsigtede virkning. Den analyse og kritik af naturretetsfilosofien, som indeholdes i *Om ret og retfærdighed* kap. XI, har desværre ikke mistet sin aktualitet. Det er her, man finder det berømte sted, hvor Ross skriver: »Som en skøge er naturretten til rådighed for enhver. Der er ikke den ideologi der ikke kan forsvares under påberåbelse af naturens lov« (s. 343).

Selv har jeg i min lærebog i almindelig retslære foretrukket at udtrykke mig mere afdæmpet om den

10. *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 46.

11. *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 358.

12. Efter sædvanlig retspositivistisk opfattelse kan retsdogmatiske udsagn hverken være sande eller falske. Derimod kan sådanne udsagn være »korrekte« eller »ukorrekte«.

klassiske naturret, idet jeg indskrænker mig til at konkludere:

Forestillingen om en af tid og sted uafhængig retsorden kan med nogen føje karakteriseres som »en kjøen Tanke«. Men i så fald har jeg det med naturretten som Storkemoder i H.C. Andersens eventyr om »Dynd-Kongens Datter« har det med en helt anden tanke: »Jeg forstaaer den ikke rigtigt! ... og det er ikke min Skyld, men Tankens, dog det kan da ogsaa være det samme, jeg har Andet at tænke paa!«

4. I det foregående afsnit har jeg beskæftiget mig med retsbegrebets moralske aspekt og lige netop strejft rettens forhold til magten. Harts sigte med *The Concept of Law* var »to further the understanding of law, coercion and morality as different but related social phenomena«;<sup>13</sup> men rettens forhold til magten hører hjemme i en grænsezone, hvor retsfilosofi mødes med retssociologi, og behandlingen af dette emne kan efter min mening med fordel overlades til sociologien.

Retsbegrebet kan som sagt betragtes og beskrives under flere synsvinkler. Anlægger man den synsvinkel, at man udelukkende vil beskæftige sig med retsreglernes logiske struktur,<sup>14</sup> kan retsreglerne på udtømmende vis inddeles i to kategorier: forholdsnormer og kompetencenormer. Under andre synsvinkler og i andre sammenhænge kan andre inddelinger af retsreglerne være mere hensigtsmæssige. En, især i retsfunktionel henseende, frugtbar tredeling er således foreslået af Tore Strömberg (1912-1993), der har introduceret »kvalifikationsnor-

13. H.L.A. Hart: *The Concept of Law* (1961) s. vii.

14. På dette område er pioner-indsatsen ydet af Wesley Newcomb Hohfeld (1879-1918), der publicerede sine epokegørende resultater i *Yale Law Journal* i 1913 og 1917.

mer« som en tredje kategori ved siden af forholdsnormer og kompetencenormer.<sup>15</sup>

I *Om ret og retfærdighed* skelnede Ross da også mellem forholdsnormer og kompetencenormer. En **forholdsnorm** definerede Ross som et direktiv, der foreskriver en vis adfærd. En **kompetencenorm** betegnede han som en indirekte udtrykt forholdsnorm. Sagt med Ross' egne ord udgør kompetencenormer »direktiver om, at sådanne direktiver, der bliver til i overensstemmelse med en angiven fremgangsmåde, skal agtes som forholdsnormer«. <sup>16</sup>

Hart opererede i *The Concept of Law* med en distinktion imellem **primary rules** (i.e. »rules which impose duties«) og **secondary rules** (i.e. »power-conferring rules«).<sup>17</sup> At denne distinktion skulle svare til Ross' sondring mellem forholdsnormer og kompetencenormer, tog Hart afstand fra, idet han pure afviste, at kompetencenormer lader sig reducere til forholdsnormer.<sup>18</sup>

For Ross og Hart udgjorde **pligtbegrebet** det fælles udgangspunkt. Selv foretrækker jeg at vælge et andet

15. Se herom Tore Strömberg: *Inledning till den allmänna rättsläran* (8. uppl., 1981) s. 63 ff., *Rättsordningens byggstenar* (1988) s. 13 ff. og »Hur gick det för kvalifikationsnormerna?« i *Tidskrift för Rettsvitenskap* 1991 s. 42 ff.

16. *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 45.

17. *The Concept of Law* (1961) s. 26 ff., 78 f. og 238 ff.

18. *The Concept of Law* (1961) s. 238 jfr. s. 35-41.

udgangspunkt – nemlig **det retlige ansvar**,<sup>19</sup> som jeg antager er grundlæggende for selve retsbegrebet. Forholdsnormer (dvs. påbud eller forbud, hvortil kommer krav) kan defineres som de normer, der efter deres umiddelbare indhold foreskriver en vis adfærd. Kompetencenormer kan bestemmes som de normer, hvoraf forholdsnormerne er afledt. Heraf fremgår, at man altid kan slutte fra eksistensen af en forholdsnorm til eksistensen af en kompetencenorm, hvorimod det omvendte ikke er tilfældet. Der gives talrige eksempler på uudnyttede kompetencenormer.

Når jeg ikke betjener mig af pligtbegrebet, skyldes det først og fremmest, at jeg ud fra en rent juridisk betragtning må opfatte pligtbegrebet som et overflødigt mellembegreb. At det forholder sig således, træder tydeligst frem hos Preben Stuer Lauridsen (f. eks. i *Om ret og retsvidenskab* (1992) s. 172 sammenholdt med s. 174), når denne forfatter tager sit udgangspunkt i de to relationer:

(a) påbud A (F) = pligt A (F) og

(b) pligt A (F) = ansvar A (ikke-F),

skønt det er åbenbart, at i forening udsiger disse to relationer intet andet end

(c) påbud A (F) = ansvar A (ikke-F).

For det andet er ansvars-terminologien i langt bedre overensstemmelse med gængs juridisk sprogbrug end pligt-terminologien. F. eks. forekommer det mig naturligt

19. Det retlige ansvar er et forholdsvis veldefineret juridisk begreb, hvis hovedformer udgøres af a) strafansvar, b) erstatningsansvar og c) naturalopfyldelse (i det omfang en sådan overhovedet lader sig gennemtvinge). Opregningen er langt fra udtømmende, f. eks. spiller ugyldighed en særlig rolle for kompetencenormernes vedkommende.

gere at beskrive en tilladelse (= det ophævede forbud) for A til at udvise adfærden F som, at A ansvarsfrit kan udvise adfærden F, frem for, at tilladelsen indebærer, at A ikke har pligt til at udvise den kontradiktorisk modsatte adfærd af F (= ikke-F).

For det tredje medfører ansvars-terminologien den fordel, at **leges imperfectae** – altså lovregler, hvis overtrædelse ikke er forbundet med nogen form for retligt ansvar, f. eks. § 1 i lov om ægteskabets retsvirkninger – falder uden for begrebet retsnorm.

Mellem forholdsnormer og kompetencenormer består der som allerede anført den sammenhæng, at eksistensen af en forholdsnorm altid forudsætter eksistensen af en kompetencenorm, hvorimod det omvendte ingenlunde behøver at være tilfældet. Det var altså ikke træffende, når Ross karakteriserede kompetencenormen som en indirekte udtrykt forholdsnorm. Han burde snarere have betegnet forholdsnormen som en indirekte udtrykt kompetencenorm.

Min analyse af forholdsnormerne – hvorom jeg af pladshensyn må henvise til min ovenfor anførte fremstilling – har ført mig frem til den overbevisning, at juraen med fordel kan overlade pligtbegrebet til moralfilosofien. I retsvidenskaben har den ukritiske reception af pligtbegrebet efter min opfattelse afstedkommet megen ravage. Som et illustrativt eksempel kan nævnes, at i skatteretten henføres kildeskattelovens regler om »skattepligt« traditionelt under læren om den subjektive skattepligt, der opfattes som **materiel skatteret**, og derved kommer disse regler til at stå i modsætning til skattestyrelseslovens regler om skattemyndighedernes organisation og opgaver, der traditionelt opfattes som **formel skatteret**. Med min bog om *Skattemyndighedernes kompetence* (3. udg., 1997) har jeg tilstræbt at give

en fremstilling af gældende dansk skatteret, hvor skat-testyrelseslovens regler om skattemyndighederne organisation og opgaver beskrives som **regler, der vedrører myndighedernes personelle og formelle kompetence**, og hvor kildeskattelovens regler om »skattepligt« for fysiske personer beskrives som **regler, der vedrører de samme myndigheds materielle kompetence**. Kildeskattelovens regler om »skattepligt« bør efter min mening slet ikke opfattes som forholdsnormer, der har borgerne som adressat, men som kompetencenormer, der henvender sig til myndighederne.<sup>20</sup>

5. Som bekendt hyldede Ross den opfattelse, at »retten normerer domstolenes, ikke borgernes handlemåde.<sup>21</sup> Mod en sådan opfattelse har Hart indvendt:

*Without recourse to the simple idea that the criminal law sets up, in its rules, standards of behaviour to encourage certain types of conduct and discourage others we cannot distinguish a punishment in the form of a fine from a tax on a course of conduct. This indeed is one grave objection to those theories of law which in the interests of simplicity or uniformity obscure the distinction between primary laws setting standards for behaviour and secondary laws specifying what officials must or may do when they are broken. Such theories insist that all legal rules are »really« directions to officials to exact »sanctions« under certain conditions, e.g. if people kill. Yet only if we keep alive the distinction (which such theories thus obscure) between the primary objective of the law in encouraging or discouraging certain kinds of behaviour and its*

20. Se hertil Sv. Gram Jensen: »Om skatterettens egenart« i *Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen* (1997) s. 493 ff.

21. *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 48.

*merely ancillary sanction or remedial steps, can we give sense to the notion of a crime or offence.*<sup>22</sup>

Efter min opfattelse afhænger en besvarelse af spørgsmålet om, hvem der er retsnormernes adressat, fuldstændigt af synsvinklen. Straffelovens § 237 fastsætter straf af fængsel – fra 5 år indtil på livstid – for den, der dræber en anden. Ross identificerede denne bestemmelse med den delnorm, hvorefter domstolene skal dømmе den, der findes skyldig i drab, til fængsel i mindst 5 år, og han opfattede altså normen som værende en indirekte udtrykt forholdsnorm, der henvender sig til domstolene. Hart ville derimod i en sådan lovbestemmelse først og fremmest se den delnorm, der udtrykker en adfærdsnorm svarende til *det femte bud*. For mig at se er forholdet mere kompliceret, end både Ross og Hart antog. Udtrykt i det formelsprog, jeg har anvendt i min lærebog i almindelig retslære, kan straffelovens § 237 omskrives til

*forbud<sub>x</sub> A (F) = ansvar A (F)*

hvor *x* står for straffelovens § 237, der indeholder et (implicit) forbud imod manddrab (*F*). *A* står for den potentielle gerningsmand, og *ansvar* står for et strafansvar, som § 237 (explicit) fastsætter til en fængselsstraf af mindst 5 års varighed. Alt efter om man indskrænker

22. H.L.A. Hart: »Prolegomenon to the Principles of Punishment«, *Proceedings of the Aristotelian Society*, New Series, vol. LX (1960) s. 1 ff. (s. 6-7).

Optrykt i H.L.A. Hart: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law* (1968) s. 1 ff. Den i teksten gængs passus finder man s. 6-7.



synsfeltet til udelukkende at angå enten delnormen på venstre side af lighedstegnet (hvor adressaten primært er den potentielle gerningsmand) eller delnormen på højre side af lighedstegnet (hvor adressaten primært er dommeren, som i tilfælde af at forbudet overtrædes skal udmåle den straf, der herved er forskyldt), må man give henholdsvis Hart og Ross medhold. Besvarelsen af spørgsmålet om, hvem der er retsnormernes adressat, afhænger således af, hvorvidt man interesserer sig for selve den forbudte adfærd eller det retlige ansvar, som ifaldes ved overtrædelse af forholdsnormen.

I virkeligheden er den fuldstændige retsnorm vedrørende manddrab langt mere kompliceret, end det fremgår af ovenstående simple formel. Straffelovens § 237 lader sig nemlig også opfatte som en (materiel) kompetencenorm, der begrænser strafudmålingen således, at minimumsstraffen bliver fængsel i 5 år og altså ikke fængsel i 30 dage.<sup>23</sup> De øvrige kompetencenormer (personelle og formelle) findes i retsplejeloven. Og dertil kommer yderligere, at en udtømmende redegørelse for gældende dansk ret vedrørende det forsætlige manddrab forudsætter behørig hensyntagen til den strafferetlige ansvars- og sanktionslære. At give en beskrivelse af de retsnormer, som direkte og indirekte fremgår af § 237, turde derfor være en (retsdogmatisk) opgave, til hvis besvarelse der udkræves megen møje og mange ord.

23. Se i samme retning, fsv. angår den til straffelovens § 237 svarende bestemmelse (§ 233) i den norske straffelov, Torstein Eckhoff: *Rettskildelære* (3. udgave, 1993) s. 40 ff.

6. Titlen på Ross' retsfilosofiske hovedværk, *Om ret og retfærdighed*, antyder, at retfærdighed indtager en fremskudt plads blandt de emner, som behandles i bogen. Men realiteten er den, at Ross kun i et enkelt afsnit (kap. XII) beskæftigede sig med retfærdighedens ide. Essensen af hans analyse var imidlertid, at retfærdighedsideen udkrystalliserer sig som »den helt formelle fordring om, at den konkrete afgørelse fremtræder som anvendelse af en almindelig regel, ligegyldigt hvilken«. <sup>24</sup> Retfærdighed reduceres herved til blot at betyde korrekt regelanvendelse modsat vilkårlighed.

I sin analyse af det materielle retfærdighedsbegreb anvendte Ross bl.a. det eksempel, at et krav om, at alle skal beskattes lige, i virkeligheden ikke udsiger andet end, at skat skal pålignes efter almindelige regler, og dette krav er jo opfyldt, hvad enten skatten udformes som en **kopskat** (hver mand samme skat), som en **proportionalsskat** med en fast procentsats af indkomsten (lige indkomst, lige skat), som en **progressiv indkomstskat** (lige skatteevne, lige skat) eller efter et hvilket som helst andet kriterium. <sup>25</sup> Og Ross konkluderede: »Den der hævder, at en vis regel eller orden, fx et skattesystem, er uretfærdig, fremhæver overhovedet ikke nogen kendelig egenskab ved denne orden, han begrunder derfor ikke sit standpunkt, men giver alene følelsesmæssigt udtryk herfor. A siger: Jeg er imod denne regel, for den er ganske uretfærdig. Han burde sige: Denne regel er ganske uretfærdig, for jeg er modstander af den«. <sup>26</sup>

24. *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 365.

25. *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 357.

26. *Om ret og retfærdighed* (1953) s. 358.

Ross' opfattelse af retfærdighedsbegrebet har haft en vældig gennemslagskraft i dansk retslitteratur i 1950'erne, 60'erne og såmænd også i 70'erne. Men har det således ikke været anset for stuerent at påberåbe sig retfærdigheds-argumenter i den **juridiske** debat, så har man ikke holdt sig tilbage i den **politiske** debat. Her har det formeligt føget med adjektiver som »retfærdig« og »uretfærdig« samt substantiver som »retfærdighed« og »uretfærdighed«. Dette gælder ikke mindst, når debattens genstand er byrdefordelingen i samfundet. Man kan næppe tænke sig en skattereform, hvor fortalene for den foreslåede reform ikke vil påberåbe sig, at reformen vil medføre en mere retfærdig fordeling af skattebyrderne end den hidtidige.

Ross' opfattelse, hvorefter det materielle retfærdighedsbegreb er et tomt begreb, kan jeg imidlertid ikke tilslutte mig. Begrebet er ingenlunde tomt; det har et indhold, men dette indhold varierer med **tid** og **sted**.

Jeg er naturligvis ikke den eneste, endside den første, der er fremkommet med disse indvendinger imod Ross' retfærdighedsbegreb. Således skriver Knud Illum i en anmeldelse af »Om ret og retfærdighed« (*Ugeskrift for Retsvæsen* 1953 B s. 278 ff.)<sup>27</sup> følgende:

Som man spørger, faar man Svar. Hvis man søger Retfærdigheden som en almengyldig Sandhed, der er i Stand til, som Stjernen ledte de vise Mænd til Krybben i Bethlehem, at lede al menneskelig Handling uden Hensyn til Tid og Sted, vil man komme til at søge Lygtemænd, eller man vil ophøje sine egne eller andres Tilskyndelser til Almengyldighed. Men giver man Begrebet et andet Indhold, kan man finde dertil svarende Realiteter. Retfærdigheden

27. Anmeldelsen er optrykt i Knud Illum: *Udvalgte artikler i anledning af 70-års dagen den 23. oktober 1976* (1976) s. 285 ff. Den i teksten gengivne passus finder man s. 299.

er dels et personligt Begreb, de Idealer og Maal, som det enkelte Menneske sætter for sin Stræben; socialt set er Retfærdigheden de Maalsætninger, der behersker et Samfund eller Grupper i Samfundet paa Grundlag af den herskende Kulturtradition. Set under denne Synsvinkel er en Henviisning til Retfærdigheden en meningsfuld Udtryksform, uundværlig baade naar man appellerer til en kendt eller formodet Indstilling hos andre, eller naar man søger at give nye sociale Krav Vægt i Diskussionen og vil vinde andre for det Standpunkt, som man kendetegner som retfærdigt. At vores Standpunkter ikke har Almengyldighed, er en Erkendelse, der kan virke som en Spore til Fordragelighed over for andres Synspunkter. Men det udsletter ikke Realiteten i Retfærdighedsbegrebet (s. 288 f.).

Efter min opfattelse udgør retfærdighedsbegrebet en til tid og sted bunden størrelse, hvori der gives udtryk for en alment accepteret opfattelse. Når man hævder, at dette eller hint er retfærdigt eller uretfærdigt, giver man udtryk for **en kulturel eller social vurdering**, og man fremsætter et praktisk udsagn, der hverken kan være sandt eller falskt. Et sådant udsagn må selvsagt være undergivet en tidsmæssig og en stedlig begrænsning. Formentlig opfatter enhver dansker det i dag som indlysende retfærdigt, at brødre og søstre har samme arveret efter deres forældre, og at arveloven altså ikke diskriminerer efter køn. Men denne vurdering forudsætter, at vor tids alen anvendes, idet det ikke må overses, at *Danske Lov* (5-2-29) i mændenes favør fastslog: »Mands-Person tager to Loder imod een Qvindis-Person tager een, i alle Arve«. (Det kan tilføjes, at Danske Lovs regel, der går helt tilbage til Jyske Lov fra 1241, først blev ophævet i 1857).

Retfærdighedsbegrebet i den her anvendte betydning rækker videre end til lighedsprincippet og omfatter f. eks. også et princip som, at anvendelse af straf (som altovervejende hovedregel) forudsætter subjektiv skyld.

Reglen i oplysningstidens mest omfattende lovbog *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (II 20 § 95), hvorefter der var hjemmel til at holde en højforræders børn i vedvarende fangenskab, selv om børnene ikke havde begået noget strafbart forhold, er målt med vor tids målestok – der i så henseende altså afviger markant fra den prøjsiske landrets fra 1794 – oprørende uretfærdig.

I denne sammenhæng kommer jeg til at tænke på J.L. Runebergs digt »Landshövdingen« fra *Fänrik Ståls sägner*, hvor den finske nationalskjald skildrer et møde mellem den russiske overgeneral og en finsk landshøvding, efter at den russiske armé har besejret de svenske hære. Situationen er den, at overgeneralen forlanger, at landshøvdingen skal bekendtgøre, at russerne vil tilsikre enhver finsk soldat, der opgiver kampen og vender hjem til sin gård, »gods och liv«, hvorimod den soldat, der fortsætter kampen under de svenske faner, må påregne, at »hans släkt skall jagas utan nåd och frid / ifrån hans gård och mark«. Landshövdingen afviser imidlertid dette forlangende, og med hånden lagt på *Sveriges Rikes Lag* udtaler han de vakre ord:

*I den, sen sekler ren, det stadgat stått,  
Att bryter en, all skuld är endast hans,  
Att mannen böter ej för hustruns brott,  
Ej hustrun för sin mans.*

7. Tore Strömberg har i sin *Rättsfilosofins historia i huvuddrag* (tredje uppl. (1989) s. 80) anstillet følgende betragtning:

*Historien visar, att det positivistiska<sup>28</sup> kravet på statens absoluta överhöghet och den positiva rättens exklusiva giltighet förr eller senare mötes av motkravet, att domaren skall ha möjlighet att avvika från den positiva rätten, när denna råkar i uppenbar strid med rättvisan eller rättskänslan. »All lag bör med beskedlighet driven varda: förty högsta rätt är största orätt, och måste nåden vara med rätten«, står det i den tionde domarregeln. Tron på en naturlig rätt som den enda riktiga rätten är djupt rotad hos människan.*

Hvad skal veje tungest: hensynet til retssikkerheden eller hensynet til retfærdigheden eller retsfølelsen? Vi synes at stå over for et ægte dilemma.

Det var først i det 17. århundrede, at man fik øjnene op for, at ret og moral ikke er to sider af samme sag.

28. For god ordens skyld skal det anmærkes, at Tore Strömberg her har anvendt udtrykket positivistisk i en anden betydning end den, hvori jeg – i afsnit 3 – anvender udtrykket. I ovenstående citat sigter Strömberg til den retsfilosofiske skole, som er omtalt i hans bog s. 53 ff. under overskriften »Den ideologiske retspositivismen«. Om denne teoris opkomst hedder det s. 54: »Genom tillkomsten av Tyska riket hade Tyskland fått en central statsmakt och en gemensam lagstiftare i form av en riksregering och en gemensam riksdag. Makthavarna med kejsaren och rikskanslern i spetsen var naturligvis angelägna om att stärka auktoriteten hos denna statsmakt. Förutsättningarna för en rikslagstiftning hade nu skapats. Genom att övertaga den 1870 antagna strafflagen för Nordtyska forbundet fick Tyska riket en gemensam strafflag redan 1871, och småningom började förberedelser för en gemensam civillag. Förändringarna gynnade föreställningen, att rättens källa var den tyska staten, som förkroppsligades i regering och riksdag ... Det var förvisso inte opportunt att på någon punkt ifrågasätta den tyska rikslagstiftningens giltighet med hänvisning till en avvikande naturlig förnufts rätt eller ett avvikande allmänt rättsmedvetande«.

Samuel Pufendorf (1632-1694) var den første, der forsøgte at holde ret og moral ude fra hinanden. Christian Thomasius (1655-1728) gik et skridt videre ad den vej, som Pufendorf havde betrådt. Og med Immanuel Kant (1724-1804) var adskillelsen fuldført.<sup>29</sup>

For en positivist er det vigtigt at fremhæve betydningen af, at sondringen mellem ret og moral ikke udviskes. Men man må i den forbindelse ikke overse, at den logiske positivisme har lært os, at såvel retten som moralen falder under hovedkategorien praktiske udsagn. Min stillingtagen i striden naturret ctr. retspositivisme er derfor bestemt af nøgterne overvejelser over, hvilken terminologi der er den mest hensigtsmæssige, samt min overbevisning om, at retspositivisme indebærer objektivitet og retssikkerhed, hvorimod naturret tenderer mod subjektivitet og vilkårlighed. Jeg nærer en betydelig respekt for den danske dommerstand; men jeg tillader mig at betvivle, at det skulle være et fremskridt, hvis danske dommere begyndte på at fravige den positive ret, når denne efter naturret-tilhængerens opfattelse er gerådet i åbenbar strid med sidstnævntes luftige antagelser om, hvad retfærdigheden eller retsfølelsen tilsiger.

29. Jfr. Kåre Foss: *Ludvig Holbergs naturrett på idéhistorisk baggrunn* (1934) s. 276.