Hvad er retfærdighed ?

Sv. Gram Jensen

G·E·C GADS FORLAG
KØBENHAVN 1983

Omslag ved Erik Ellegaard Frederiksen IDD

Fr. Bagges kgl. Hofbogtrykkeri

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse af denne bog eller dele af den er ikke tilladt ifølge gældende dansk lov om ophavsret

© G·E·C Gads Forlag 1983

ISBN 87-12-40270-2

Indhold

Forord *7*
Hvad er retfærdighed? *11*
Forholdsnormer og kompetencenormer *21*
Det 17. og 18. århundredes naturret i Danmark *38*
A.S.Ørsted og retskildelæren *52*
Er forholdets natur en retskilde? *61*
Den uskrevne ret *68*
Om begrebet 'gældende ret' hos Alf Ross *83*
Forkortelser *88*

Forord

Den almindelige retslære har siden forrige århundrede udgjort et af fagene ved den juridiske kandidateksamen. I den gældende »Vejledning for de juridiske studerende ved Københavns Universitet« (1982) hedder det, at traditionen har tillagt faget almindelig retslære »et indhold, der spænder lige fra de retlige grundbegreber over retsteorier til juridisk metodelære, d.v.s. læren om lovfortolkning og om retskilderne«.

Den indledende artikel *Hvad er retfærdighed?* beskæftiger sig med retfærdighedsbegrebet. Her hævdes den opfattelse, at når man karakteriserer noget som retfærdigt eller uretfærdigt, så gives der udtryk for en social eller kulturel vurdering. En konsekvens af denne anskuelse er, at retfærdighedsbegrebet er afhængigt af tid og sted. Efter at denne artikel forelå færdig, blev jeg bekendt med, at tilsvarende synspunkter forlængst er fremført af Sven Clausen i »Essays om almindelig Retslære« (1935). Dette illustrerer, at det - måske i særlig grad - for retslære gælder, at der intet nyt er under solen. Som oftest vil tankerne have været tænkt før; men denne kendsgerning er naturligvis ikke til hinder for, at de pågældende tanker kan have fået en fornyet aktualitet.

Også den følgende artikel *Forholdsnormer og kompetencenormer* angår de retlige grundbegreber. Med udgangspunkt i det retlige ansvar gives der her en ny analyse af bl.a. begreberne påbud og forbud samt kompetence og inkompetence. Analysen afrundes med en kritik af det frihedsbegreb, som Alf Ross har betjent sig af i »Om ret og retfærdighed« (1953).

Dette frihedsbegreb er i øvrigt af naturretlig herkomst. For de indviede rummer denne kendsgerning en art skæbnens ironi, al den stund Ross hele sit liv igennem forblev en forbitret fjende af enhver form for naturret. Men det forholder sig nu engang såle-

des, at retslæren har sin rod i naturretten. I år er det 250 år siden, at der ved Københavns Universitet blev oprettet en lærestol i naturret. Den tredje artikel *Det 17. og 18. århundredes naturret i Danmark* markerer dette jubilæum ved at beskæftige sig med fagets forhistorie.

De tre næste artikler henter alle deres emne fra retskildelæren. I *A.S.Ørsted og retskildelæren* er konklusionen helt på linje med den, som den norske høyesterettsjustitiarius Herman Scheel formulerede i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1940: »Takket være Ørsted har de danske og norske domstoler i det store og hele tatt kunnet praktisere en med en sunn oppfattning av de reelle hensyn stemmende rettskildelære«. I *Er forholdets natur en retskilde?* drøftes et specialproblem, nemlig hvorvidt forholdets natur (i Ørsteds terminologi: Sagens Natur) udgør en selvstændig retskilde eller blot er en måde at fortolke de øvrige retskilder på. Den sidstnævnte opfattelse er gjort gældende af Preben Stuer Lauridsen i »Retslæren« (1977). Den følgende artikel om *Den uskrevne ret* slutter sig snævert til de to foregående. I den gøres selve retskildebegrebet til genstand for analyse, ligesom sædvaneret, retspraksis og forholdets natur omtales.

Den syvende og sidste artikel *Om begrebet 'gældende ret' hos Alf Ross* beskæftiger sig med Ross' berømte prognoseteori. Den afviger markant fra de øvrige artikler ved alene at være et med en efterskrift forsynet referat og er udelukkende medtaget i didaktisk øjemed.

Af de her sammenstillede artikler har tre været trykt tidligere. Det drejer sig om »A.S.Ørsted og retskildelæren«, »Er forholdets natur en retskilde?« og »Det 17. og 18. århundredes naturret i Danmark«, der oprindeligt har været offentliggjort i henholdsvis Tidsskrift for Rettsvitenskap 1977, Ugeskrift for Retsvæsen 1981 og Juristen 1982. De optrykkes her med nogle små tilføjelser og ændringer.

Det er mit håb, at også andre end juridiske studerende vil fordybe sig i denne samling af artikler eller essays, hvori velkendte

problemer er forsøgt fremstillet i ny belysning. Som tidligere anført skal det med det nye tages med et vist forbehold. »Hvad jeg har gjort, er stort set at sammensætte kendte brikker på en ny måde, som efter mit skøn danner en smukkere og mere konsistent helhed«. Denne træffende formulering har jeg lånt fra Preben Stuer Lauridsens doktordisputats »Studier i retspolitisk argumentation« (1974). I det hele taget ønsker jeg at vedgå en gæld til professor Stuer Lauridsen og bringe ham en venskabelig tak, fordi han tålmodigt har fulgt tilblivelsen af de her publicerede essays.

Jeg takker også professor, dr.jur. Thøger Nielsen for den velvilje, hvormed han har omfattet mit arbejde.

Fonden af 28.9.1972 har ved at yde et rundeligt tilskud til delvis dækning af fremstillingsomkostningerne muliggjort bogens udgivelse. I den anledning beder jeg fondsbestyrelsens formand, højesteretssagfører Ole Gangsted-Rasmussen, modtage min ærbødigste tak.

København Universitet, Det retsvidenskabelige Institut A, den 14.december 1982

Sv. Gram Jensen

Hvad er retfærdighed ?

1. Indledning

Retfærdighed (eng.: justice, fr.: justice, sv.: rättvisa og ty.: Gerechtigkeit) hører til de begreber indenfor den almindelige retslære, som det er vanskeligst at håndtere.

Som belæg for denne påstand skal anføres de resignerede ord, hvormed *Hans Kelsen* (1881-1973) som professor emeritus afsluttede en gæsteforelæsning[1] i Danmark: »Jeg begyndte denne forelæsning med spørgsmålet: Hvad er retfærdighed? Nu, da jeg er færdig, er det mig ganske klart, at jeg ikke har besvaret dette spørgsmål. Min eneste undskyldning er, at i denne henseende er jeg i det bedste selskab. Det ville have været mere end overmodigt af mig at få Dem til at tro, at jeg skulle have held med mig dér, hvor de mest berømte tænkere har lidt nederlag. Jeg ved ikke og kan ikke sige, hvad retfærdighed er, den absolutte retfærdighed, som menneskeheden længes efter ...«. Denne bekendelse, afgivet af en af verdens mest beundrede retsfilosoffer, maner til ydmyghed over for emnet.

---

1. Sit foredrag om emnet »Hvad er retfærdighed?« holdt Hans Kelsen (på engelsk) i foråret 1953 ved universiteterne i København og i Århus. I dansk oversættelse er manuskriptet trykt i Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab 1953 s.101-120.

   Kelsen havde tidligere benyttet manuskriptet som sin afskedsforelæsning, da han i 1952 gik af som professor ved University of California, Berkeley. Et essay, baseret på denne afskedsforelæsning, udgør det første stykke i What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by *Hans Kelsen* (1957).

2. Ross om retfærdighed

2.1. I 1953 udsendte *Alf Ross* (1899-1979) sit retsfilosofiske hovedværk under titlen »Om ret og retfærdighed« (i det følgende blot betegnet RR). I forordet angaves det at være »frugten af retsfilosofiske studier gennem op mod 30 år«. Til trods for, at titlen antyder, at retfærdighed indtager en fremskudt plads blandt de emner, som behandles i bogen, er realiteten dog den, at Ross kun i et enkelt afsnit (kap. XII) beskæftiger sig med retfærdighedens idé. Essensen af hans analyse er imidlertid, at retfærdighedsidéen udkrystalliserer sig som »den helt formelle fordring om, at den konkrete afgørelse fremtræder som anvendelse af en almindelig regel, *ligegyldigt hvilken*. Retfærdighed er korrekt regelanvendelse modsat vilkårlighed« (RR s.365 med min kursivering).

Ross sondrer derfor mellem retfærdighed i formel forstand og retfærdighed i materiel forstand. Ved kravet om *retfærdighed i formel forstand* forstår Ross et til de retshåndhævende 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 skal behandles ens. Som det fremgår af det anførte, anser Ross alene den første fordring for at være meningsfuld.

Kravet til domstolene om formel retfærdighed har i Ross' terminologi intet at gøre med, hvorvidt en dom er rigtig eller urigtig. Ifølge Ross er en dom *urigtig,* d.v.s. 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. Denne dom over dommen kan ofte af kyndige jurister afsiges med stor sikkerhed« (RR s.64).

Hvorvidt en dom er (formelt) retfærdig eller ej, afgøres altså

ved en *retrospektiv* betragtning. Derimod afgøres spørgsmålet, om en dom er rigtig eller ej, under en *prognostisk* synsvinkel.

Hvis man slutter sig til Ross' opfattelse, får man følgende fire kategorier af domme:

(1) (Formelt) retfærdige domme, der er rigtige, d.v.s. domme, som er i overensstemmelse med hidtidig retspraksis, og som må forventes at ville blive lagt til grund ved fremtidige afgørelser.

(2) (Formelt) retfærdige domme, der er urigtige, d.v.s. domme, som er i overensstemmelse med hidtidig retspraksis, men som ikke kan forventes at ville blive lagt til grund ved fremtidige afgørelser.

(3) (Formelt) uretfærdige domme, der er rigtige, d.v.s. domme, som bryder med hidtidig retspraksis, men som må forventes at ville blive lagt til grund ved fremtidige afgørelser.

(4) (Formelt) uretfærdige domme, der er urigtige, d.v.s. domme, som hverken er i overensstemmelse med hidtidig retspraksis, eller som kan forventes at ville blive lagt til grund ved fremtidige afgørelser.

2.2. At Ross er af den anskuelse, at al tale om materiel retfærdighed er meningsløs, hænger sammen med, at udsagn om retfærdighed i materiel forstand udgør værdiudsagn, og sådanne udsagn er - efter Uppsala-skolen, som Ross på dette punkt tilslutter sig - udsagn uden videnskabelig mening.

I sin analyse af retfærdighedens idé 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 fast procentsats af indkomsten (lige indkomst, lige skat), som en progressiv indkomstskat (lige skatteevne, lige skat), eller efter *et hvilket som helst andet kriterium*« (RR s.357 med min kursivering). Dette og

andre eksempler leder Ross til den konklusion, at anvendt til karakteristik af en almindelig regel eller orden er begreberne »retfærdighed« og »uretfærdighed« ganske tomme. »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« (RR s.358).

For Ross antager retfærdighedsideologien således karakter af »en kampattitude af biologisk-følelsesmæssig art, som man puster sig op til for uforsonligt og blindt at forsvare visse interesser« (RR s.359).

3. Kelsen om retfærdighed

3.1. I modsætning til Ross hævder Kelsen, at fordringen om lighed for loven - altså det som Ross betegner: retfærdighed i formel forstand - intet som helst har med retfærdighed at skaffe. Kelsen siger herom: »Lighedsprincippet som et postulat rettet til den lovgivende myndighed med betydning lighed *i* loven må ikke forveksles med kravet om lighed *for* loven, som rettes til de myndigheder, der anvender loven i det konkrete tilfælde. Dette sidste betyder, at de organer, som anvender loven, ikke må tage nogen forskel i betragtning, som ikke er forudsat i loven, d.v.s. at loven skal anvendes i overensstemmelse med sin mening. Det kaldes sommetider *retfærdighed under loven,* men *har i sandhed ikke noget som helst med retfærdighed at gøre*« (Kelsen, a.s. s.113 med mine kursiveringer).

3.2. Som allerede nævnt i indledningen afstår Kelsen helt fra at definere den *absolutte* retfærdighed. Resigneret slår han sig til ro med en *relativ* retfærdighed og kan kun angive, hvad hans personlige opfattelse går ud på. Eftersom videnskaben er hans ger-

ning og dermed det vigtigste i hans liv, er retfærdighed for ham »den retfærdighed, under hvis beskyttelse videnskaben og med den sandhed og oprigtighed blomstrer, frihedens retfærdighed, fredens retfærdighed, demokratiets retfærdighed, tolerancens retfærdighed« (Kelsen, a.s. s.120).

3.3. Kelsen understreger, at *kravet om retfærdighed udspringer af interessekonflikter.* »Hvor der ingen interessekonflikt er«, siger Kelsen, »er der ingen trang til retfærdighed«. Og han tilføjer: »En interessekonflikt eksisterer, når en interesse kun kan tilfredsstilles på en anden interesses bekostning, eller for at sige det på en anden måde, når der er konflikt mellem to værdifaktorer, og når det ikke er muligt at realisere begge på samme tid, idet den ene kun kan realiseres, hvis den anden tilsidesættes« (Kelsen, a.s. s.104).

4. Andre synspunkter

4.1. Jeg er enig med Kelsen - og formentlig også med Ross - i, at kravet om retfærdighed udspringer af interessekonflikter. Sagen er imidlertid den, at i en interessekonflikt er de implicerede værdier lige så inkommensurable som »Rundetårn« og »et tordenskrald« er det i spørgsmålet: »Hvad er højest - Rundetårn eller et tordenskrald?«. Og netop derfor lader en interessekonflikt sig ikke løse ved rationel erkendelse, men der må en politisk afgørelse til.

Forud for denne politiske afgørelse går der gerne en debat, hvori det formelig fyger med substantiver som »retfærdighed« og »uretfærdighed« og med adjektiver som »retfærdig« og »uretfærdig«. Et illustrerende eksempel herpå udgør den debat, som gik forud for indførelsen af 1. etape af socialindkomsten. Lovforslaget blev således af daværende socialminister Ritt Bjerregaard omtalt i Politikens kronik (9/5 1980) under overskriften: »Målet er større retfærdighed«. Og nogle dage senere (16/5 1980) kunne man i samme dagblad læse i et indlæg fra folketingsmed-

lem Peter Brixtofte: »Venstre går såvel ind for socialindkomstbegrebet som ind for retfærdighed. Alligevel går Venstre imod regeringens forslag om socialindkomst. Fordi forslaget efter vores mening indeholder alt for mange uretfærdigheder«.

I juridiske debatter figurerer retfærdigheds-udtryk kun sjældent. Dog følte *Henry Ussing* (1886-1954) sig engang - under en debat, der angik formueforholdet mellem ægtefæller - foranlediget til at minde *Fr. Vinding Kruse* (1880-1963) om, at lighedsprincippet indeholder en sandhed, som retsordenen ikke kan komme udenom, og Ussing fortsatte med at fastslå: *»Retfærdigheden kræver, at lige Tilfælde behandles ens«*. Af dette løsrevne citat - hvor kursiveringen er Ussings egen - må man imidlertid ikke lade sig forlede til at antage, at der her sigtes til retfærdighed i formel forstand. Af sammenhængen (Ugeskrift for Retsvæsen 1922 B s.193) fremgår, at Ussing med dette udsagn har et materielt retfærdighedsbegreb for øje.

Kernen i retfærdighedsbegrebet er formentlig forestillingen om, at der gives en universelt gyldig, højere norm, hvorefter mennesker bør behandles, jfr. Ordbog over det danske sprog XVII (1937) sp.876. Alt efter om en regel er eller ikke er i overensstemmelse med normen, siges reglen at være retfærdig eller uretfærdig.

Ethvert forsøg på at bestemme denne højere norm er imidlertid strandet, se hertil Ross RR § 69, hvor der under overskriften »Nogle illustrationer« bl.a. fremsættes en kritik af Kants berømte 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, d.v.s. uafhængig af tid og sted.

Heraf følger imidlertid ingenlunde, at retfærdighed er et tomt begreb. Og det er i hvert fald et ubestrideligt faktum, at ordene

»retfærdig« og »uretfærdig« indgår i hverdagens dansk. I stedet for at fraskrive disse ord ethvert fornuftigt indhold, som Ross gør det, må det påhvile retsfilosofien at fastlægge, hvad ordene står for i deres almindelige, utvetydige og af alle forståede mening.

Personligt finder jeg Ross' standpunkt absurdt. Selv anvender jeg ordet »retfærdig« til at betegne, at noget er »i overensstemmelse med fundamentale og almindeligt accepterede retsprincipper«, men naturligvis ligger der i en sådan anvendelse to (underforståede) forbehold: 1) »for tiden« og 2) »i Danmark«. Et af disse fundamentale og almindeligt accepterede retsprincipper er *lighedsprincippet*. En ændring af arveloven, der gjorde størrelsen af en arvings tvangsarv eller legale arv afhængig af arvingens køn, ville jeg ikke vige tilbage for at stemple som uretfærdig. Men at min vurdering ikke er ubundet af *tid* indses i samme øjeblik, man erindrer sig, at Danske Lov 5-2-29 netop gav en sådan regel i mændenes favør.[2]

Retfærdighedsbegrebet i den af mig 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 den sovjetrussiske straffelov af 1948 (artikel 58), hvorefter der var hjemmel til at straffe en soldats pårørende med deportation til Sibirien, hvis soldaten – uden de pårørendes viden og altså uden, at der foreligger nogen form for medvirken – deserterer[3], er målt med min målestok oprørende

---

2. DL 5-2-29: Mands-Person tager to Loder imod een Qvindis-Person tager een, i alle Arve.

   Det kan tilføjes, at den ovenstående regel, der går helt tilbage til Jyske Lov fra 1241, først blev ophævet i 1857.

3. Kilden til denne oplysning om indholdet af den sovjetrussiske straffelov af 1948 er *Glanville L. Williams:* Criminal Law (1953), hvor det (s.276) hedder: »Thus the Soviet Criminal Code (1948, Art. 58, (i) (c)) comdemns to exile in the remote areas of Siberia the members of the family of a soldier who flees abroad if they did not know of his plan (if they did know but failed to report it the penalty is more severe)«.

uretfærdig. Men selvfølgelig er min vurdering ikke ubundet af *sted.*

Det sidste eksempel fik mig i øvrigt 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«. Landshøvdingen 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.

Med disse eksempler har jeg villet fremhæve, at prisen for at benytte sig af retfærdighedsbegrebet i den her angivne betydning er, at det derved knyttes til tid og sted. Derfor kan jeg heller ikke tages til indtægt for en naturretlig opfattelse. Når f.eks. *Frede Castberg* (1893-1977) »anser det å rette baker for smed og det å straffe krypskytteri med hengning, for å være forkastelig ut fra objektivt gyldige rettsprinsipper«,[4] så må jeg hertil bemærke, at vel opfatter jeg et forslag til en lov om at rette bager for smed som værende himmelråbende uretfærdigt, men jeg ville aldrig gå så vidt som til at hævde, at en regel som den lige omtalte artikel 58 i den sovjet-

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

russiske straffelov af 1948 skulle være i strid med objektivt gyldige retsprincipper. På dette punkt er jeg nemlig helt enig med Ross, der udtrykker 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« (RR s.44).

4.2. Tilbage står alene at fremsætte et par bemærkninger om begrebet retfærdighed i formel forstand. Jeg kan tilslutte mig Kelsens betragtning, hvorefter »retfærdighed under loven« eller »lighed for loven« ikke har det ringeste med retfærdighed at gøre. Og lad mig hertil føje, at det ikke står mig klart, 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. Netop anvendelsen af et sådant udtryk frister i denne forbindelse til indtagelse af de af Ross omtalte kampattituder af biologisk-følelsesmæssig art. Og det må vist være tilstrækkeligt at konstatere, at etiketterne »traditionelle domme« og »utraditionelle domme« er mindst lige så adækvate som Ross' »retfærdige domme« og »uretfærdige domme«.

5. Afsluttende uvidenskabelig efterskrift

Hvis de i afsnit 4 anførte synspunkter ved et tilfælde skulle falde i hænderne på en filosof af faget, ville han antagelig forfærdes over dette formastelige forsøg på at lade moral (moralens princip eller principper) være afhængig af tid og sted.

I så henseende har jeg det - som jurist - nok lettere. *Raffaele Garofalo* (1852-1934) høstede i sin tid en herostratisk berømmelse på sin teori om den naturlige forbrydelse. Megen flid blev udfoldet på at fastlægge et af tid og sted uafhængigt forbrydelsesbegreb, men naturligvis forblev disse bestræbelser frugtesløse. Som det udtrykkes af vore hjemlige kriminologiske koryfæer *Hurwitz & Christiansen:* »Naturen kender ingen forbryder. Klassificerin-

gen af en handling som forbrydelse er udtryk for en social eller kulturel vurdering, ikke for en naturvidenskabelig analyse«.[5]

Af gode grunde skal jeg ikke gøre mig klog på moralfilosofi; men det vil ikke undre mig, om moralfilosoffer engang når til den overbevisning, at klassificeringen af en handling som moralsk eller umoralsk er udtryk for en social eller kulturel vurdering – og intet andet.

I hvert fald er det min overbevisning, at de eneste love, der er universelle, er naturlovene samt logikkens og matematikkens love. Men hverken naturlovene eller logikkens og matematikkens love er os til ringeste hjælp, når det gælder at klassificere menneskelig adfærd som moralsk eller umoralsk. Denne klassificering beror helt og holdent på en til tid og sted bundet vurdering, hvorom der i det højeste kan opnås intersubjektiv enighed.

---

5. *Stephan Hurwitz og Karl O. Christiansen:* Kriminologi I (1968) s.19.

Forholdsnormer og kompetencenormer

1. Definitioner

Retsnormerne kan (udtømmende) inddeles i forholdsnormer og kompetencenormer.

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

Ved *kompetencenormer* forstås de normer, hvoraf forholdsnormerne er afledt.[1] Heraf fremgår, at man altid kan slutte fra eksistensen af en forholdsnorm til eksistensen af en kompetencenorm, hvorimod det omvendte ikke er tilfældet.[2] Der gives talrige eksempler på uudnyttede kompetencenormer.

Grundlæggende for såvel forholdsnormer som kompetencenormer er begrebet *det retlige ansvar*. I et følgende afsnit (2.2) sigtes der med ansvar specielt til et *straf*ansvar, men herudover omfatter det retlige ansvar også *naturalopfyldelse* - i det omfang en sådan lader sig tvangsmæssigt gennemføre - og *erstatning*sansvar, se hertil f.eks. købelovens § 21, stk. 1, samt købelovens §§ 23 og 24. Selv det tab af en særlig gunstig retsstilling, der eksempelvis fremgår af købelovens § 26, vil være omfattet af ansvarsbegrebet.

---

1. Problemstillingen er stærkt forenklet. Jeg henviser til *Tore Strömbergs* fortrinlige bidrag (»Om kompetensnormens definition«) til Festskrift till Ivar Agge (1970) s.294 ff.
2. Se hertil *Preben Stuer Lauridsen* i UfR 1980 B s.339 ff. og *Ole Krarup* i UfR 1981 B s.82 ff. med replik af Stuer Lauridsen sammesteds s.110 ff. Se også *Jes Bjarup* i UfR 1981 B s.277 ff. og Stuer Lauridsen sammesteds s.390 ff.

2. Forholdsnormer

2.1. Forholdsnormerne kan inddeles i *byrder* (d.v.s. påbud og forbud) og *ikke-byrder* (omfattende det ophævede påbud og det ophævede forbud).

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

påbud_x A (F) = ansvar A (ikke-F).

Det ophævede påbud - der i det følgende vil blive benævnt *fritagelse* - fremkommer, hvis det ved en anden lovregel (y) er fastsat, at den i den første lovregel (x) påbudte adfærd under visse (i y nærmere beskrevne) omstændigheder ansvarsfrit kan undlades, eller

fritagelse_y 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, d.v.s. enten gælder påbud_x A (F) eller fritagelse_y A (F).

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

forbud_x 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 beskrevne) omstændigheder ansvarsfrit kan udvises, eller

tilladelse_y A (F) = ikke-ansvar A (F).

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

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

Færdselslovens § 80, stk. 1, er 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 bilkørsel benytter en med sikkerhedssele forsynet siddeplads på en bils forsæde, foreskriver, at adfærden F (= brug af sikkerhedssele) skal udvises. Omvendt foreligger adfærden ikke-F, dersom en person - der under bilkørsel har benyttet en sådan siddeplads - ikke har gjort brug af sikkerhedssele. Adfærden ikke-F vil i dette tilfælde være strafbar efter færdselslovens § 118, stk.1, nr.1.

Til hovedreglen i færdselslovens § 80, stk.1, knytter der sig en undtagelse i færdselslovens § 80, stk.2, hvorefter »pligten til at anvende sikkerhedssele« ikke gælder, såfremt bilkørslen 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.2, 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.608 af 12. december 1975 § 2, stk.1, litra b; 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 [al] »kørsel inden for tættere bebygget område i forbindelse med uddeling af brev- og pakkepost samt postkassetømning«. 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.

2.3. Ved at generalisere det oven for udviklede når man frem til følgende:

Hvor der er tale om et *påbud,* altså

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

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

Hvor der er tale om en *fritagelse,* altså

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

symboliserer *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* symboliserer den personkreds, som fritagelsen angår. Og *F* symboliserer den ved lovreglen x påbudte adfærd (som under disse omstændigheder ansvarsfrit vil kunne undlades af A).

Hvor der er tale om et *forbud,* altså

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

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

Hvor der er tale om en *tilladelse,* altså

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

symboliserer *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* symboliserer den personkreds, som tilladelsen angår. Og *F* symboliserer den ved lovreglen x forbudte adfærd (som under disse omstændigheder ansvarsfrit vil kunne udvises af A).

Ovenfor har vi beskæftiget os med størrelserne på venstre side

af lighedstegnet i de fire formler. Hvad angår størrelserne på højre side af lighedstegnet henvises, f.s.v. angår ansvar til det i afsnit 1 anførte, og f.s.v. angår F og ikke-F til det i afsnit 2.2 anførte. Strengt taget burde der også foretages en indeks-mærkning på højre side af lighedstegnet, f.eks.

$påbud_x$ A (F) = $ansvar_z$ A (ikke-F),

hvor z skulle angive den lovregel, som indeholder hjemmelen for sanktionen ved ikke-F. En sådan indeks-mærkning lader sig imidlertid kun gennemføre, f.s.v. angår *straf*ansvar og *tab af en særlig gunstig retsstilling,* hvorimod der ikke i alle tilfælde vil kunne angives en udtrykkelig lovhjemmel for *naturalopfyldelse* og *erstat-ning*sansvar. Af denne grund og for nemheds skyld er en indeksmærkning af ansvar helt opgivet.

2.4. Hvis man i forbuds-formlen

forbud A (F) = ansvar A (F)

indsætter »ikke-F« for »F« fremkommer

forbud A (ikke-F) = ansvar A (ikke-F),

og sammenholder man det fremkomne udtryk med påbuds-formlen

påbud A (F) = ansvar A (ikke-F)

følger heraf, at

påbud A (F) = forbud A (ikke-F).

Tilsvarende ses det let, at

fritagelse A (F) = tilladelse A (ikke-F).

Sammenhængen mellem begreberne påbud, forbud, fritagelse og tilladelse kan herefter angives som vist i omstående figur:

påbud (F)	≡	forbud (ikke-F)
v		v
fritagelse (F)	≡	tilladelse (ikke-F)

Af figuren ses det, *at* påbud (F) ækvivalerer med forbud (ikke-F), *og at* fritagelse (F) ækvivalerer med tilladelse (ikke-F), hvilket er angivet ved benyttelse af tegnet ≡ (den vandrette sammenhæng). Det fremgår også af figuren, *at* påbud (F) og fritagelse (F) er disjunktivt forbundne, *og at* det tilsvarende gælder for forbud (ikke-F) og tilladelse (ikke-F), hvilket er angivet ved benyttelse af tegnet v (den lodrette sammenhæng).

2.5. At byrder korrelerer med krav har man fra gammel tid været opmærksom på. Herhjemme har *Matthias Hastrup Bornemann* (1776-1840) givet følgende udtryk for dette synspunkt: »Begreber, som ere uadskillelige, mellem hvilke en saadan synthetisk Forbindelse finder Sted, at det eene ikke kan tænkes uden tilligemed det andet, kaldes Vexelbegreber (*correlata*). Pligt og Ret ere altsaa Vexelbegreber. Og denne er da deres Forbindelse, dette Forholdet, hvori de stedse staae til hinanden, at et Menneskes Ret ikke er til uden en andens Pligt«.[3]

Wesley Newcomb Hohfeld - der i 1918 døde som professor ved Yale University - var ikke alene opmærksom på korrelationen mellem pligt og ret, men havde også øje for relevansen af det tilsvarende forhold mellem disse begrebers negationer. For forholdsnormernes vedkommende anså Hohfeld følgende korrelationer for relevante.

duty	~	right
↕		↕
privilege	~	no-right

3. *M.H.Bornemann* i Astræa II (1799) s.144 ff., hvor det anførte citat findes på s.167.

right	~	duty
↕		↕
no-right	~	privilege

På dansk kunne dette skema gengives således:

byrde	~	krav
↕		↕
ikke-byrde	~	ikke-krav

krav	~	byrde
↕		↕
ikke-krav	~	ikke-byrde

Nu omfatter byrde imidlertid såvel påbud som forbud, og alt efter om man tager udgangspunkt i et påbud eller i et forbud, falder Hohfelds skema vedrørende forholdsnormerne i to varianter:

1. variant

påbud$_x$ A-B (F)	~	krav$_x$ B-A (F)
↕		↕
fritagelse$_y$ A-B (F)	~	ikke-krav$_y$ B-A (F)

krav$_x$ A-B (F)	~	påbud$_x$ B-A (F)
↕		↕
ikke-krav$_y$ A-B (F)	~	fritagelse$_y$ B-A (F)

2. variant

forbud$_x$ A-B (ikke-F)	~	krav$_x$ B-A (F)
↕		↕
tilladelse$_y$ A-B (ikke-F)	~	ikke-krav$_y$ B-A (F)

krav$_x$ A-B (F)	~	forbud$_x$ B-A (ikke-F)
↕		↕
ikke-krav$_y$ A-B (F)	~	tilladelse$_y$ B-A (ikke-F)

Hohfelds skema vedrørende forholdsnormer læses - idet vi benytter den 1. korrelation i 1. variant som eksempel - på følgende måde:
At det ved en bestemt lovregel (x) er *påbudt* A i forhold til en anden (B) at udvise adfærden F er ensbetydende med, at denne anden (B) i forhold til A har *krav* på adfærden F.

2.6. Forholdsnormerne har seks fremtrædelsesformer, d.v.s. 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 og
ikke-fritagelse ikke-F samt krav ikke-F.

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

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

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

3. Kompetencenormer

3.1. Det, der strukturelt adskiller kompetencenormer fra forholdsnormer, er, at fremtrædelsesformerne for de førstnævnte kun kan beskrives i sætninger af typen: »Hvis ..., så ...« At A i forhold til B har kompetence til at påbyde adfærden F er nemlig ensbetydende med, at *hvis* A påbyder B at udvise den pågældende

adfærd, *så* opstår der et krav om, at B skal efterleve dette påbud, d.v.s. B ifalder ansvar ved ikke-F. Noget tilsvarende gælder ikke for forholdsnormernes vedkommende. Her, hvor påbudet fremgår direkte af selve forholdsnormen, vil det ansvar, som er forbundet med ikke-efterlevelse af normen, *ikke* være betinget af nogen forudgående akt fra en anden person.

Det anførte kan sammenfattes således: Forholdsnormer *kan* udtrykkes i sætninger af typen: »Hvis ..., så ...«, hvorimod kompetencenormer *kun* kan udtrykkes i sådanne sætninger. At gengive kompetencenormerne i et enkelt formelsprog, således som det er muligt for forholdsnormernes vedkommende (afsnit 2.1), lader sig simpelt hen ikke gøre.

3.2. Vedrørende kompetencenormer og de logiske relationer imellem disse har Hohfeld opstillet nedenstående begrebsskema:

liability	~	power
↕		↕
immunity	~	disability

power	~	liability
↕		↕
disability	~	immunity

Alf Ross har (Om ret og retfærdighed (1953) s.197) gengivet dette skema på følgende måde:

underkastelse A-B (F)	~	kompetence B-A (F)
↕		↕
immunitet A-B (F)	~	inkompetence B-A (F)

kompetence A-B (F)	~	underkastelse B-A (F)
↕		↕
inkompetence A-B (F)	~	immunitet B-A (F)

I det følgende skal det påvises, at også kompetencenormernes fremtrædelsesformer analytisk kan reduceres til varianter af ansvarsbegrebet.

I første række indebærer kompetence mulighed for at udstede såvel *påbud* som *forbud,* og i så henseende bliver der behov for otte beskrivelser:

(1a) At A er *underkastet* Bs (eventuelle) påbud om at udvise adfærden F indebærer, at *hvis* B påbyder A den pågældende adfærd, *så* opstår der et krav om, at A skal udvise denne adfærd, d.v.s. A ifalder ansvar ved ikke-F.

(1b) At A er *underkastet* B's (eventuelle) forbud imod at udvise adfærden F indebærer, at *hvis* B forbyder A den pågældende adfærd, *så* opstår der et krav om, at A ikke må udvise denne adfærd, d.v.s. A ifalder ansvar ved F.

(2a) At A er *immun* over for B's (eventuelle) påbud om at udvise adfærden F indebærer, at *hvis* B påbyder A den pågældende adfærd, *så* opstår der ikke noget krav om, at A skal udvise denne adfærd, d.v.s. A ifalder ikke ansvar ved ikke-F.

(2b) At A er *immun* over for B's (eventuelle) forbud imod at udvise adfærden F indebærer, at *hvis* B forbyder A den pågældende adfærd, *så* opstår der ikke noget krav om, at A ikke må udvise denne adfærd, d.v.s. A ifalder ikke ansvar ved F.

(3a) At A i forhold til B er *kompetent* til at påbyde adfærden F indebærer, at *hvis* A påbyder B den pågældende adfærd, *så* opstår der et krav om, at B skal udvise denne adfærd, d.v.s. B ifalder ansvar ved ikke-F.

(3b) At A i forhold til B er *kompetent* til at forbyde adfærden F indebærer, at *hvis* A forbyder B den pågældende adfærd, *så* opstår der et krav om, at B ikke må udvise denne adfærd, d.v.s. B ifalder ansvar ved F.

(4a) At A i forhold til B er *inkompetent* til at påbyde adfærden F indebærer, at *hvis* A påbyder B den pågældende adfærd, *så* opstår der ikke noget krav om, at B skal udvise denne adfærd, d.v.s. B ifalder ikke ansvar ved ikke-F.

(4b) At A i forhold til B er *inkompetent* til at forbyde adfærden F indebærer, at *hvis* A forbyder B den pågældende adfærd, *så* opstår der ikke noget krav om, at B ikke må udvise denne adfærd, d.v.s. B ifalder ikke ansvar ved F.

Imidlertid behøver kompetence ingenlunde altid at være relateret til udstedelse af påbud og forbud. Det kan naturligvis lige så vel forekomme, at der er tale om kompetence til at udstede henholdsvis *fritagelser* og *tilladelser*. Derved bliver der behov for yderligere otte beskrivelser, hvoraf vi dog vil indskrænke os til at gengive en enkelt:

Således tillægger dyreværnslovens § 6, stk.4, justitsministeren kompetence til at dispensere fra forbudet i samme lovs § 6, stk.2, 1. pkt., hvorefter vilde dyr ikke må anvendes ved forestillinger i cirkus, varieteer og lignende virksomheder, altså:

(3d) At A i forhold til B er *kompetent* til at tillade adfærden F indebærer, at *hvis* A tillader B den pågældende adfærd, *så* bortfalder kravet om, at
B ikke må udvise denne adfærd, d.v.s.
B ifalder ikke ansvar ved F.

De ovennævnte seksten beskrivelser vil resultere i reduktioner, der falder i følgende fire kategorier:

1) A/B ifalder ansvar ved ikke-F
2) A/B ifalder ansvar ved F
3) A/B ifalder ikke ansvar ved ikke-F
4) A/B ifalder ikke ansvar ved F.

Ved sammenligning med det tidligere (i afsnit 2.6) anførte ses det, at disse fire kategorier udgør sidestykker til 1) påbud (ansvar ikke-F), 2) forbud (ansvar F), 3) fritagelse (ikke-ansvar ikke-F) og 4) tilladelse (ikke-ansvar F).

3.3. Hvis det ved lov er påbudt A at udvise adfærden F, ifalder A selvsagt ikke noget ansvar ved at udvise den pågældende adfærd. Med en ikke heldig terminologi udtrykkes dette trivielle forhold

undertiden som, at en påbudt handling efter sagens natur altid er tilladt.

Lige så selvfølgeligt er det, at hvis A er underkastet B's (eventuelle) påbud om at udvise adfærden F, så kan B ansvarsfrit udnytte sin kompetence og påbyde A den pågældende adfærd.

Lad os til illustration af det oven for anførte betragte bestemmelsen i mark- og vejfredslovens § 11, stk.1. I henhold til denne bestemmelse kan den, der har optaget løsgående, fremmede husdyr på sin grund, komme af med disse dyr ved at aflevere dem til sognefogden eller politiet. Meningen med den pågældende bestemmelse er naturligvis ikke blot at statuere en forholdsnorm, hvorefter optageren - i forhold til ejeren af dyrene - ansvarsfrit kan aflevere de optagne dyr til vedkommende myndigheder, men først og fremmest at fastslå, at optageren kan *påbyde* myndighederne at tage sig af dyrene. Bestemmelsen rummer altså tillige en kompetencenorm. Dette fremgår tydeligt af selve reglens ordlyd: »De ... optagne dyr kan, hvis optageren ikke har rimelig mulighed for at have dem i pleje, afleveres til vedkommende sognefoged, hvis en sådan findes, og ellers til politiet, der i så fald er pligtig at varetage de optageren ... påhvilende pligter ...«.

Bestemmelsen i mark- og vejfredslovens § 11, stk.1, er især interessant derved, at den hjemler borgeren en kompetence i forhold til vedkommende myndigheder. Det omvendte er naturligvis det oftest forekommende.

3.4. *Alf Ross* fremhæver (Om ret og retfærdighed s.247), at enhver kompetencenorm »definerer en retsakt, d.v.s. angiver en fremgangsmåde til fastsættelse af gældende ret. Heri kan udsondres angivelse af dels det enkelte eller sammensatte handlende organ (den personelle kompetence), dels den formelle procedure (den formelle kompetence), dels endelig begrænsningen i det indhold, der ad denne vej kan sættes som ret (den materielle kompetence)«. Med vanlig pædagogisk sans sammenfatter *Torstein Eckhoff* denne tredeling ved at fastslå, at indholdet af kompetence-

normerne kan siges at være »regler om *hvem* som kan bestemme *hva*, og om *hvordan* det må gjøres«.[4]

Til nærmere belysning af den omtalte tredeling kan vi se lidt på ægteskabslovens bestemmelser vedrørende kompetencen til at foretage borgerlige vielser.

Det fremgår af ægteskabslovens § 18 sammenholdt med § 13, at den *personelle* kompetence er henlagt til kommunalbestyrelsens formand (i København: en af borgmestrene efter magistratens bestemmelse), og at formanden (i København: vedkommende borgmester) kan bemyndige en eller flere personer til på sit ansvar at foretage vielser. Reglerne om den *formelle* kompetence fremgår af ægteskabslovens § 20, hvori det foreskrives, at vielsen skal foregå i overværelse af mindst to vidner, at parterne ved samtidigt møde på spørgsmål af vielsesmyndigheden skal erklære at ville ægte hinanden, og at parterne derpå af vielsesmyndigheden skal forkyndes at være ægtefolk. Den *materielle* kompetence - eller begrænsningen i adgangen til at foretage vielser - fremgår af ægteskabsbetingelserne, der er fastsat i ægteskabslovens kap. 1, og hvortil der henvises i ægteskabslovens § 12.

4. Afsluttende bemærkninger

Foranstående redegørelse for retsnormerne afviger fra tidligere danske fremstillinger (*Alf Ross:* Om ret og retfærdighed s.188 ff. og *Preben Stuer Lauridsen:* Retslæren (1977) s.245 ff.) bl.a. derved, at den ikke er baseret på pligtbegrebet, men på begrebet det retlige ansvar, således som dette blev fastlagt i indledningen (afsnit 1). I det foregående forekommer pligt alene anvendt i ordrette citater fra lovbestemmelser og retslitteratur.

Ved hjælp af formlen

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

---

4. *Torstein Eckhoff:* Rettskildelære (1971) s.39.

kan den her anvendte ansvars-terminologi imidlertid let omsættes til den tilvante 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 nedenstående skema:

$påbud_x$ A (F)	ansvar A (ikke-F)	pligt A (F)
$fritagelse_y$ A (F)	ikke-ansvar A (ikke-F)	ikke-pligt A (F)
$forbud_x$ A (F)	ansvar A (F)	pligt A (ikke-F)
$tilladelse_y$ A (F)	ikke-ansvar A (F)	ikke-pligt A (ikke-F)

Når jeg går ind for ansvars-terminologien, beror det først og fremmest på, at jeg anser pligt-terminologien for at være en art »tû-tû«-terminologi.[5] I stedet for at tage sit udgangspunkt i relationen

påbud A (F) = ansvar A (ikke-F),

tyr man til

(a) påbud A (F) = pligt A (F)

og

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

skønt (a) og (b) i forening ikke udgør noget som helst andet end en omskrivning for

(c) påbud A (F) = ansvar A (ikke-F).

Ved at benytte sig af ansvars-terminologien opnår man i tilgift den fordel, at man ikke behøver at beskæftige sig med, hvorvidt lovregler som § 1 i loven om ægteskabets retsvirkninger og § 69 i bistandsloven - hvis overtrædelse ikke er forbundet med nogen

5. Se hertil *Alf Ross* i Festskrift til Henry Ussing (1951) s.468 ff., især s.474 f.

form for retligt ansvar - er retsnormer eller ej. Al den stund man ikke kan ifalde ansvar for overtrædelse af sådanne *leges imperfectae,* falder disse simpelthen uden for begrebet retsnormer.

5. Tillæg: Kritik af Ross' frihedsbegreb

En retsregel, der pålægger en person (A) pligt til at udvise en bestemt adfærd (F), betegnes som et *påbud.* Altså: påbud A (F) = pligt A (F).

At der påhviler den pågældende person pligt til at udvise den omhandlede adfærd kan imidlertid også udtrykkes ved at sige, at A har pligt til at undlade den kontradiktoriske adfærd (ikke-F). En retsregel af denne beskaffenhed betegnes som et *forbud.* Altså:

forbud A (ikke-F) = pligt A ikke-(ikke-F) = pligt A (F)
eller
forbud A (F) = pligt A (ikke-F).

Påbud og forbud er således to sider af samme sag. Alene hensynet til naturlig sprogbrug er bestemmende for, hvorvidt en retsregel bør udformes som et forbud eller som et påbud. Færdselsloven forbyder bilister at overhale umiddelbart foran en jernbaneoverkørsel og påbyder dem at benytte sikkerhedssele. Logisk set ville der intet være til hinder for, at loven »påbød« bilister at undlade overhaling foran en jernbaneoverkørsel og »forbød« dem at undlade brug af sikkerhedssele; men en sådan sprogbrug ville vist virke besynderlig på de fleste.

Hvis en adfærd hverken er forbudt eller påbudt, betegner Ross den som *fri.* Altså:

frihed A (F) = ikke-pligt A (ikke-F) + ikke-pligt A (F).

At afgøre, hvorvidt en bestemt adfærd kan betegnes som fri (i Ross' forstand) eller ej, er i praksis langtfra altid lige let. Eksempelvis fremgår det af en i medfør af færdselsloven udstedt bekendtgørelse, at den bilister påhvilende pligt til at anvende sikkerhedssele ikke omfatter ansatte i postvæsenet, når det gælder »kør-

sel inden for tættere bebygget område i forbindelse med uddeling af brev- og pakkepost samt postkassetømning«. Ved at efterse færdselslovgivningen kan man altså forvisse sig om, at betingelsen ikke-pligt A (F) er opfyldt, hvad angår postbudes kørsel i forbindelse med postkassetømning. Men herfra kan intet sluttes om, hvorvidt det er postbude tilladt at benytte sikkerhedssele under en sådan kørsel, eller med andre ord: om betingelsen ikke-pligt A (ikke-F) også er opfyldt? Et bekræftende svar på dette spørgsmål kan først afgives, når man ved gennemsyn af de postale tjenesteregler har erkyndiget sig om, at disse ikke indeholder et – af hensyn til en hurtig og effektiv postbesørgelse motiveret – forbud imod at benytte sikkerhedssele ved den pågældende lejlighed. Og af eksemplet fremgår, at selv om F i formlen er anvendt som betegnelse for den samme adfærd (brug af sikkerhedssele), så er F i sidste led på højre side af lighedstegnet altså relateret til *færdselslovgivningen,* hvorimod F i første led på højre side af lighedstegnet er relateret til *de postale tjenesteregler.* På venstre side af lighedstegnet er F derimod relateret til *indbegrebet af relevant lovgivning.*

Som betegnelse for det ophævede forbud anvender Ross udtrykket *tilladelse.* Altså:
tilladelse A (F) = ikke-pligt A (ikke-F).

Derimod har Ross – mærkeligt nok – slet ikke nogen betegnelse for det ophævede påbud. Hvis man vælger at betegne dette som en *fritagelse,* har man
fritagelse A (F) = ikke-pligt A (F).

Frihedsbegrebet har Ross opstillet for at kunne operere med en negation af pligtbegrebet, men til dette brug er begrebet i hvert fald ikke velegnet. Al den stund pligtbegrebet er et amfibiebegreb, på samme tid både påbud (F) og forbud (ikke-F), må negationen af pligtbegrebet være af en tilsvarende amfibisk natur, på samme tid både det ophævede påbud (F), d.v.s. fritagelse (F), og det ophævede forbud (ikke-F), d.v.s. tilladelse (ikke-F).

Af fremstillingen i »Om ret og retfærdighed« (note 3 til side

200) fremgår det eksplicit, at Ross har indset, at anvendelsen af frihed som negation af pligt ikke er helt dækkende, og alligevel har han fastholdt denne brug af begrebet som værende »praktisk berettiget«. Anførte sted hævder Ross imidlertid også, at det følger af de opstillede definitioner, at negationen af pligt A (F) »egentlig er« *tilladelse A (ikke-F)* - og ikke frihed A (F). Denne påstand begrunder Ross således:

Vi har

pligt A (F) = påbud A (F),

hvoraf negationen: ikke-påbud A (F) = ikke-forbud A (ikke-F)
= tilladelse A (ikke-F)

Men i ovenstående ræsonnement har Ross - rent vilkårligt - identificeret pligt med påbud, og resultatet er følgelig kun en halv sandhed.

Ross kunne jo nemlig lige så godt have taget udgangspunkt i forbud A (ikke-F), og ræsonnementet ville i så fald have set sådan ud:

Vi har

pligt A (F) = forbud A (ikke-F),

hvoraf negationen: ikke-forbud A (ikke-F) = ikke-påbud A (F)
= fritagelse A (F),

og derved ville negationen af pligt A (F) blive

fritagelse A (F).

Som allerede fremhævet er forholdet imidlertid det, at negationen af pligtbegrebet på samme tid både er fritagelse A (F) og tilladelse A (ikke-F). Denne komplicerede struktur lader sig imidlertid ikke udtrykke som en simpel addition af de to størrelser - og da slet ikke som en addition af fritagelse A (F) og tilladelse A (F) som foreslået af Ross i formlen for frihedsbegrebet.

Frihedsbegrebet udtrykker derimod præcist, i hvilket omfang en tilladt adfærd ikke samtidig er påbudt; men det er en ganske anden historie, som det vil føre for vidt at komme ind på her.

Det 17. og 18. århundredes naturret i Danmark

Naturretten har rødder dybt tilbage i den antikke og middelalderlige forestillingsverden.[1] At der skulle gives en evig og almengyldig ret, begrundet i selve naturens orden, er en antagelse, som oprindeligt er opstået i Hellas.[2] Og i det 13. århundrede udformede Thomas Aquinas den kristne naturretsfilosofi,[3] der den dag i dag blomstrer bl.a. i Sydeuropa og i Latinamerika.

Den form for naturret, der har spillet den største rolle i Nordvesteuropa, er imidlertid den rationalistiske naturret, hvis første navn er hollænderen *Hugo Grotius* (1583-1645). Hans skelsættende værk *De jure belli ac pacis libri tres* udkom i Paris i 1625.[4] At Grotius hermed indvarsler noget nyt, fremgår allerede af en ofte

---

1. Litteraturhistorikeren *Kåre Foss* har i sin disputats: Ludvig Holbergs naturrett (1934) s.23-357 givet en bred fremstilling af naturrettens historie.
2. Stoikerne betegnes ofte som de egentlige grundlæggere af naturretsdoktrinen, se f.eks. *Erik Anners:* Den europeiska rättens historia I (1975) s.42: »Före dem hade nämligen ingen, inte ens Aristoteles, framlagt mera än enstaka uttalanden om rättens ursprung i naturens ordning. Stoikerna utvecklade dessa tankegångar till ett system«.
3. *Stig Iuul* har i sine (posthumt) udgivne Forelæsninger over hovedlinier i europæisk retsudvikling fra romerretten til nutiden (1970) s.93 givet følgende karakteristik af den thomistiske naturret: »Som Thomas af Aquinos' retsfilosofi er opbygget, udmærker den sig ved sin logiske stringens, men på den anden side også ved sin rummelighed. De normer, han opstiller, er i reglen udformet i største almindelighed. Der er tale om et system af etiske principper, der tjener som vejledere for alle menneskelige handlinger, ikke om et i enkeltheder gennemført retssystem«.
4. I serien The Classics of International Law, ed. by James Brown Scott, er værket genudgivet i 1913 tilligemed en i 1925 udkommet oversættelse til engelsk.

citeret passus (proleg. 11) fra forordet til de tre bøger om krigens og fredens ret: »Et hæc quidem quæ jam diximus, locum aliquem haberent etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana«.[5] 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. Menneskene fødes frie og lige; men denne naturtilstand bringes til ophør, når de ved en frivillig overenskomst - samfundspagten - underordner sig statsmagten. Nogen ret over undersåtternes liv har staten dog ikke dermed fået, hvorfor Grotius er imod dødsstraf.[6] 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.[7]

Med det næste store navn, tyskeren *Samuel Pufendorf* (1632-94),[8] vinder natur- og folkeretten indpas i universitetsundervisningen. Den første selvstændige lærestol i natur- og folkeret oprettedes i 1661 ved universitetet i Heidelberg, hvor Pufendorf virkede,

---

5. I den i note 4 anførte engelske oversættelse (vol. II, p.13) gengives den pågældende passus således: »What we have been saying would have a degree of validity even if we should concede that which cannot be conceded without the outmost wicknedness, that there is no God, or that the affairs of men are of no concern to Him«.
6. Jfr. Foss i det i note 1 anførte arbejde (s.161).
7. Jfr. Scott i det i note 4 anførte værk (vol. II, p.xxxi).
8. Om Samuel Pufendorf og naturretten i Danmark se *Ditlev Tamm* i UfR 1982 B s.185 ff.

indtil han i 1668 foretrak at overtage et tilsvarende professorat ved det nyligt oprettede universitet i Lund. Pufendorfs hovedværk *De jure naturae et gentium libri octo* udkom i Lund i 1672,[9] og året efter udgav han et til begynderbrug beregnet kompendium *De officio hominis et civis libri duo.*[10]

Pufendorfs udgangspunkt er et mørkt syn på den menneskelige natur, hvorefter det ene menneske optræder over for det andet, som var det en glubende ulv. Denne opfattelse, homo homini lupus est,[11] der står i skærende modsætning til optimismen hos Grotius, har Pufendorf overtaget fra Thomas Hobbes (1588-1679). Ligesom Hobbes antager Pufendorf, at menneskene er søgt sammen i samfund for bedre at kunne beskytte sig mod sine medskabninger. Hvis samfundet skal kunne overleve, må statsmagten være stærk. Derfor er Pufendorf tilhænger af tidens enevælde, for hvilken han finder den fornødne legitimation i samfundspagten: »Fra det Øyeblik af at man gaaer ind i et borgerligt Fællesskab, afører man sig sin Naturlige Frihed, og underkaster sig en Souverain Autoritet eller en Regiering, som har Ret til Livet og Døden over Undersaatterne ...«.[12]

Det nye fag, natur- og folkeretten, blev videreudviklet bl.a. af Pufendorfs landsmænd *Christian Thomasius* (1655-1728) og *Christian Wolff* (1679-1754). I sit hovedværk *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta* (1705) sondrer Thomasius mellem retten (justum) og moral og anstand (honestum et decorum),[13] og tilmed hævdes han at have været »den første, som klart har forstaaet den vigtige forskjel mellem ret og

9. I serien The Classics of International Law, ed. by James Brown Scott, er værket genudgivet i 1934 tilligemed en oversættelse til engelsk.
10. I serien The Classics of International Law, ed. by James Brown Scott, er kompendiet genudgivet i 1927 tilligemed en oversættelse til engelsk.
11. Udtrykket hidrører fra den romerske komediedigter Plautus.
12. Pufendorf: De officio etc., citeret efter den i teksten omtalte oversættelse: »Et Menniskes og en Borgers Pligter efter Naturens Lov« (s.392).
13. Jfr. *Alf Ross:* Virkelighed og Gyldighed i Retslæren (1934) s.28 f.

moral, som for nulevende mennesker staar som en selvfølgelighed, men som ved slutningen af det 17de aarhundrede endnu ikke var udredet«.[14] Og Wolff indtager en fremskudt plads som ophavsmand til en omfattende fremstilling i otte bind *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (1740-48),[15] hvori »de mest specialiserede detailregler« med streng logik deduceres fra »overordnede retsnormer, som selv i sidste instans er afledet af de højeste axiomer«.[16]

Den videnskabelige metode, som den rationalistiske naturretsskole anvender, er Descartes' deduktive metode. René Descartes (1596-1650) beskæftigede sig ikke med retsfilosofiske emner. Det gjorde derimod en anden, mindst lige så berømt, filosof *Immanuel Kant* (1724-1804), bl.a. i *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre,* der udkom i Königsberg i 1797 samtidig med »Methaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre«.[17]

I 1732 blev der ved Københavns Universitet oprettet en lærestol i natur- og folkeret, hvortil dog også henlagdes offentlig ret og moralfilosofi. Dette professorat blev i 1734 besat med *Andreas Hojer* (1690-1739), der i sin ungdom havde studeret hos Thomasius i Halle. Fra Hojers hånd foreligger der ikke nogen fremstilling af natur- og folkeretten. Derimod formåede han den senere notar i Bergen Christian Homfred Brugman til at tilvejebringe en oversættelse (fra fransk) af Pufendorfs tidligere nævnte kompendium,

---

14. *Gerhard Gran* i Historiske Afhandlinger tilegnet Professor Dr. J.E.Sars (1905) s.74.
15. Et 9. bind *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* udkom i 1749. I serien The Classics of International Law, ed. by James Brown Scott, er dette bind genudgivet i 1934 tilligemed en oversættelse til engelsk.
16. Iuul i det i note 3 anførte arbejde (s.95).
17. Tilsammen udgør disse to bøger Kants *Metaphysik der Sitten.* I Karl Vorländers udgave indgår dette værk som bind 42 i det af Felix Meiner Verlag udgivne Philosophischen Bibliothek (Unveränderter Abdruck 1966 der 4. Auflage 1922).

som forelå trykt i 1742 under titlen *Et Menniskes og en Borgers Pligter efter Naturens Lov.* Bogen er forsynet med en versificeret dedikation til universitetets patron, gehejmekonferensråd J.L.Holstein, hvori det bl.a. betegnende hedder:

Saa mange som blant dem vil ved Justitzen være,
Og andet ey forstaae end deres Moders Sprog,
De kand i kort Begrib med Grund fuldkommen lære
Naturens hele Ret af denne liden Bog.

Allerede i 1716 havde der imidlertid foreligget en på modersmålet affattet fremstilling af natur- og folkerettens grundtræk, men det pågældende skrift havde ikke Hojers bevågenhed,[18] og det har aldrig været benyttet som begynderbog ved universitetet. Her er naturligvis tale om den *Introduction til Naturens og Folke-Rettens Kundskab,* hvormed *Ludvig Holberg* (1684-1754) har bidraget til den danske retslitteratur. Det er et kompilationsarbejde, »uddragen af de fornemste Juristers, besynderlig Grotii, Puffendorfs og Thomasii Skrifter«, således som det også angives på førsteudgavens titelblad.[19] Holbergs hovedkilde er Pufendorf, hvem han sine steder holder sig så tæt op ad, at det for en moderne betragtning betænkeligt nærmer sig til plagiat. Men for dem, som intet andet forstod »end deres Moders Sprog«, må Holbergs populære fremstilling have udfyldt et virkeligt behov, for skriftet kom i nye udgaver i 1728, 1734, 1741 og 1751.[20] Og efter Holbergs død kom der endnu en udgave i 1763, hvorimod Brugmans oversættelse af Pufendorfs begynderbog aldrig blev oplagt pany.

---

18. Jfr. *Erik Solem* i TfR 1946 s.432 og s.545.
19. Originaludgaven er optrykt i 1. bind af den såkaldte monumentaludgave af Holbergs Samlede Skrifter (1913 ff).
20. Den 5. edition fra 1751 er i 1969 blevet genoptrykt (med indledning og noter ved litteraturhistorikeren F.J.Billeskov Jansen) i 1. bind af Ludvig Holbergs Værker i tolv Bind.

I 1776 blev Holbergs »Introduction« imidlertid afløst af en af *Lauritz Nørregaard* (1745-1804) forfattet fremstilling af *Natur- og Folkerettens første Grunde.* En revideret udgave udkom i 1784 under titlen »Natur-Rettens første Grunde«. I forordet til denne udgave anfører 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 forskiellige Sprog havde læst.« Jeg siger det samme igien; thi det er Sandhed«. Hvad Pufendorf har været for Holberg, har Wolff da også været for Nørregaard.

Det tredje og sidste naturretlige system på dansk skyldes *Johan Friderich Wilhelm Schlegel* (1765-1836), der var stærkt påvirket af Kants filosofi. Således anmeldte Schlegel i universitetets lektionskatalog for sommersemestret 1797, at han ville læse over såvel den absolutte som den hypotetiske naturret samt folkeretten, alt efter filosofiens principper, således som disse er forbedret af Kant.[21] 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.[22] Dette skete også, idet Schlegels *Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger* udkom i 1798. Anden forbedrede udgave af dette værk, der forelå i 1805, betegner i en vis forstand slutstenen på denne epoke, selvom naturretten - som det vil fremgå af det følgende - holdt sig i live langt op i det 19. århundrede.

---

21. »JO. FRID. GUILIELMUS SCHLEGEL, J.U.D. & P.P.E. jus naturæ cum absolutum tum hypotheticum, alia autem hora jus gentium tradet secundum principia philosophiæ a Kantio reformatæ«.

    Ved absolut naturret forstår Schlegel læren om »de medfødte Rettigheder og Tvangspligter, ... som Fornuften umiddelbart foreskriver«, og ved hypotetisk naturret forstår han den lære, der fremstiller, »ved hvilke juridiske Handlinger nye Rettigheder i Naturstanden kunne stiftes og nye Forpligtelser paadrages«, jfr. 2. udgave (s.16-17).

22. »... publice jus publicum universale & jus gentium secundum ipsius systema jamjam typis excusum ...«.

Efter Hojers død i 1739 blev lærestolen i natur- og folkeret besat med Christian Ludwig Scheidt (1709-61), og sidstnævntes efterfølgere blev efter tur Henrik Stampe (1713-89), Balthazar Gebhard von Obelitz (1728-1806) og Jacob Edvard Colbiørnsen (1744-1808). Colbiørnsen var indehaver af naturrets-professoratet, da der ved universitetsfundatsen af 1788 indtrådte den ændring, at der med de enkelte juridiske lærestole ikke længere skulle være forbundet bestemte fag.[23] Af lektionskatalogerne fra 1788 til 1821 fremgår også, at i denne periode har det langt overvejende flertal af fakultetets medlemmer fra tid til anden anmeldt forelæsninger over naturretlige emner.

Ved forordning af 26. januar 1821 kom det juridiske studium til at bestå af otte fag, hvoraf et benævntes som den almindelige retslære (natur-, folke- og statsretten).[24] Der var dog blot tale om et navneskifte; selv om betegnelsen naturret blev udskiftet med almindelig retslære, forblev fagets substans uændret. Så sent som i lektionskatalogen for vintersemestret 1839/40 meddeles det, at »Matthias Hastrup Bornemann, Dr. og ord. Prof. i Lovkyndigheden« vil offentligt »hver Tirsdag og Løverdag fra 12-1 i Examinatorier gjennemgaae Naturretten i stræng Betydning, ...«.[25]

Matthias Hastrup Bornemann (1766-1840) er således Holbergs, Nørregaards og Schlegels arvtager. Selv forfattede han ikke noget naturretligt system, idet hans i 1832 udkomne fremstilling *Den almindelige Retslære. Første Deels første Afdeling: Indledningen og Moralens Grundlære* forblev et opus imperfectum.[26]

Når M.H.Bornemann således ikke mægtede at tilvejebringe et

---

23. *Ejvind Slottved:* Lærestole og lærere ved Københavns Universitet 1537-1977 (1978) s.88 f.
24. Se hertil *Ditlev Tamm:* »Træk af det juridiske studiums historie ved Københavns Universitet i 500 år«, UfR 1979 B s.169 ff. (s.178).
25. Naturret i streng betydning betegner her den naturlige privatret i modsætning til den naturlige statsret, jfr. *K.W. v. Gros:* Lærebog i den philosophiske Retsvidenskab eller Naturretten (1834) s.13.
26. At Bornemann selv satte lighedstegn mellem den almindelige retslære og na-

komplet naturretligt system, er det forståeligt, at man i stedet importerede et sådant fra udlandet. Den med Bornemann jævnaldrende *Carl Heinrich von Gros* (1765-1840) - en tid universitetslærer i Erlangen, siden kgl. württembergsk gehejmeråd i Stuttgart - havde i 1802 udsendt sin *Lehrbuch der philosophischen Rechtslehre oder des Naturrechts,* og L.J.Fribert besørgede en dansk bearbejdelse af denne, af samtiden højt værdsatte, begynderbog. Bearbejdelsen byggede på 5. udgave af v. Gros' bog og udkom i 1834 under titlen »Lærebog i den philosophiske Retsvidenskab eller Naturretten«. Lauritz Jacob Fribert (1808-62) var som 21-årig blevet juridisk kandidat, hvorefter han betrådte embedsbanen. Hans administrative virke vandt påskønnelse, således at han i 1840 tillagdes titel af virkelig kancelliråd. Jævnsides med sin embedsgerning udfoldede Fribert et juridisk forfatterskab, der bl.a. omfattede en »Haandbog i Lovgivningen om de danske Provindsialstænder« (1835). Herudover blev han i 1842 udgiver og redaktør af det københavnske konservative dagblad Dagen. Overtagelsen af privilegiet til udgivelse af Dagen blev imidlertid skæbnesvanger for Fribert; allerede det følgende år medførte den et totalt sammenbrud af hans økonomi, hvorefter han så sig nødsaget til at udvandre til USA, idet han - klemt af sine kreditorer - havde forgrebet sig på betroede midler.[27] I USA opholdt Fribert sig i flere år som »praktisk Landmand« i »en af de skandinaviske Kolonier«, og siden forlagde han sit opholdssted til Watertown i Wisconsin, hvor den fordums kancelliråd ernærede sig som købmand.[28] Med disse ord om Fribert har vi villet henlede opmærk-

---

turretten fremgår eksplicit af den allerførste sætning i dette arbejde, hvori det hedder: »Den almindelige Retslære, eller Naturretten, er Videnskaben om det almeengyldige Rette - om det Rette ifølge almeengyldige Love, altsaa, om de almeengyldige Retslove«.

27. Se herom *Poul Jensen:* Presse, penge & politik 1839-48 (1971) s.54 ff.
28. Citaterne hidrører fra den af Fribert i 1847 (i Christiania) udgivne »Haandbog for Emigranter til Amerikas Vest med Anviisning for Overreisen samt Beskrivelse af Livet og Agerdyrkningsmaaden nærmest i Viskonsin«.

somheden på en i den danske retslitteratur overset bog, hans bearbejdelse af v. Gros' lærebog, der udgør en nyttig indføring i det 19. århundredes naturret. Den danske udgave udmærker sig ved et af Fribert tilføjet afsnit »Nogle Træk af Naturrettens Historie« og bringer som »Anhang« en oversigt over »Naturrettens Litteratur«.[29]

Som nævnt var Grotius af den opfattelse, at der bestod to retssystemer: den ret, som gælder i staterne, og den ret, som gælder imellem staterne. Eller som James Brown Scott udtrykker det: »domestic law and the law between states«.[30] Om disse to former for ret fastslår Scott: »The first, the law proper of the state, is obligatory within; the second, the external law or law between states, is obligatory between the states«.

Denne distinktion vil vi i det følgende lade ligge og udelukkende have det interne aspekt for øje. I stedet vil vi gå lidt ind på et kardinalpunkt i naturretsdoktrinen, nemlig sondringen mellem på den ene side den evige og almengyldige *naturret* og på den anden side den af tid og sted afhængige *positive ret*. Naturretten udspringer af selve naturens orden, erkendes ved fornuftens hjælp og er uden videre gyldig. Den positive ret hidrører fra suverænens magtbud, erkendes ved erfaringens hjælp og er selvsagt gældende, men kun gyldig i det omfang den ikke strider imod naturretten. I sidste instans henter den positive ret sin gyldighed fra naturretten, nemlig fra samfundspagten.[31] Selv om man udelukkende har det interne aspekt for øje, består der altså alligevel to retssy-

---

29. I den indgående recension i Dansk Literatur-Tidende for Aaret 1834 (s.97 ff. og s.113 ff.) gøres det gældende, at bearbejdelsen i visse henseender ligefrem overgår originalen, herunder hvad de historiske og bibliografiske oplysninger angår.
30. Se henvisningen til Scott foran i note 7.
31. Jfr. *Karl Olivecrona:* Rättsordningen (1966) s.25, 30 og 34.

stemer. Heraf er naturretten det overordnede, og strider den positive ret imod naturretten, er det således den sidstnævnte, der har forrang.

Hermed har vi udtrykt det doktrinære standpunkt til *kollisionsproblemet,* hvorefter positiv ret altid må vige for naturret. Denne opfattelse hyldes herhjemme af Holberg og Nørregaard. Helt kompromisløst kommer den til orde hos Holberg[32] i det neden for anførte lærestykke:

Den naturlige Lov forbinder et Menneske, ikke egentlig, fordi den er nyttig, thi dersom vi alleneste i Henseende til Nytte skulde i agt tage Loven, vilde den ikke forpligte os meere end gode og nyttige Raad, som os kand gives, men den forpligter, efterdi GUD haver givet det Menneskelige Kiøn saadanne Love, og befalet Mennesket ved Kraft af dets medfødde Lys at være dem hørig.

At GUD har givet de naturlige Love, tilstaae endogsaa de viise Hedninger; Naturen selv viser os det paa saadan Maade, nemlig: Dersom GUD haver skabt Mennesket Sociable, omgiengeligt, og beqvemt til at kiende det, som tiener til saadan sociable og omgiengeligt Liv, saa følger ogsaa paa, at han har givet det Middel at komme til foresatte Ende, det er de naturlige Love, thi den, som foreskriver een et vist Maal og Ende, maa ogsaa give Vey og Middel at komme dertil.

Og, efterdi GUD saaledes har forordnet den naturlige Lov, og indprentet den udi Menneskernes Hierter, saa kand de udi ingen Maade forandre den, men ere stedse forbundne at leve derefter; den kaldes almindelig, efterdi den er given alle, og kand forstaaes og kiendes af Naturens Lys, hvorvel den klarligen og meere udtrykkeligen er given udi den hellige Skrift, besynderlig udi de 10 Bud-Ord.

Hos Nørregaard hedder det tilsvarende: »Eftersom Naturens-Ret er uforanderlig, saa kan den ikke ved positive eller borgerlige Love forandres; hvoraf igien følger: at intet ved disse Love kan befales eller forbydes, som er stridende mod Naturens-Ret«. Den eneste modifikation, som Nørregaard vil indvillige i, lyder i al sin ubetydelighed således: »Naar positive eller borgerlige Love tillade noget, som Naturens-Ret forbyder, saa kan disse Love egentlig ikke siges at være stridende mod Naturens-Ret, eftersom man kan

32. Citeret efter Billeskov Jansens udgave (s.80-81).

iagttage Naturens Bydende, uden at forsee sig mod den positive tilladende Lov«.[33]

En helt afvigende opfattelse møder vi derimod hos Schlegel, der alene vil give naturretten 1. prioritet i det omfang, det drejer sig om kollisionstilfælde, som det tilkommer private at opløse i det daglige liv. »Dommere, Øvrigheds-Personer rette sig derimod i deres offentlige Funktioner efter den borgerlige Lovgivning, hvis Organer de ere, og kunne ikke uden at usurpere en Myndighed, der ikke tilkommer dem, afgiøre Spørgsmaalet efter deres Samvittigheds Dom«. »Man seer heraf naar der giøres en rigtig og naar en urigtig Anvendelse af den Sætning: Guds Lov er høiere end Kongens Lov«.[34]

Ifølge Nørregaard tjener de positive Love nærmest til at udfylde naturretten. F.eks. er retsinstitutter som myndighed og hævd ikke meget bevendt i det daglige liv, førend myndighedsalderen og hævdstiden er fikseret. »Spørger man f. Ex. i Naturens-Ret: naar en Person er myndig? saa bliver Svaret: naar han haver saa megen Forstand, at han er i Stand til at bestyre sine Handlinger til sin Lyksaligheds Befordring; ikke: naar han er 18 eller 25 Aar. Ligeledes udfordrer Naturens-Ret til Hævd, ikke 20 Aars rolige Besiddelse, men saa lang Tid, som er tilstrækkelig til at troe, at den forrige Eier haver forladt sin Ting«.[35]

Den rationalistiske naturret frembyder – i modsætning til f.eks. thomistisk naturret – *et i enkeltheder gennemført retssystem.* Hvorfra hidrører da indholdet af dette retssystem? At sige at reglerne udspringer af selve naturens orden, og at de erkendes ved fornuftens hjælp, turde for moderne mennesker være lidet oplysende. Instruktiv er derimod den iagttagelse, at fornuftens stemme og romerrettens røst forbavsende ofte fører til samme

---

33. Citeret efter Nørregaard, 2. udgave (s.85).
34. Citeret efter Schlegel, 2. udgave (s.101-102).
35. Citeret efter Nørregaard, 2. udgave (s.85)

resultat.[36] Således konstaterer A.S.Ørsted i en af sine formueretlige afhandlinger: »Men dette Begreb om Ret i Tingen har man egentligen ganske vilkaarligen taget med sig fra den romerske Ret, hvorfra i Grunden det Meste af de sædvanlige Naturretters Indhold skriver sig ...«.[37] Og P.G.Bang hævder helt på linje hermed, at »vor Tids ældre Naturretter, forsaavidt angik de egentlige privatretlige Sætninger i samme, almindeligviis aldeles stemmede med Romerrettens positive Forskrifter«.[38]

Alf Ross har i sin afhandling »Nogle træk af naturrettens historie«[39] fremhævet, at naturretten i tiden forud for rationalismen havde en anden *adressat* end den positive ret. Oprindeligt antoges naturretten nemlig at indeholde de moralsk-retlige principper, der binder lovgiveren, og hvis overholdelse er en forudsætning for, at denne kan tilvejebringe gyldig ret, hvorimod adressaten for den positive ret selvsagt var borgeren. »Naturretten var altså af moralsk eller retspolitisk natur, selv om man ikke gjorde nogen principiel sondring mellem moral og ret, fordi det antoges at høre til rettens væsen også at være moralsk forbindende, forbindende i samvittigheden«.[40]

Som tidligere berørt er den skarpe adskillelse mellem ret og mo-

---

36. Til illustration af naturrettens forhold til romerretten har *Thøger Nielsen* i sin disputats: Studier over ældre dansk Formueretspraksis (1951) s.23 f. henledt opmærksomheden på en betydningsfuld udtalelse af Pufendorf. I et brev af 1/10 1688 til Thomasius skriver Pufendorf, at romerret - ret beset - ikke er andet end naturret, »weil die pandecten, wenn man davon separirte, was eigentlich ad jus naturale gehört, gar eine schlechte sache seyn würden«.
    Brevet er i sin helhed gengivet i Briefe Samuel Pufendorfs an Christian Thomasius, ed. Emil Gigas (1897) s.30-33.
37. Arkiv for Retsvidenskaben I (1824) s.501 ff. (s.505). Optrykt i Ørsteds Privatretlige Skrifter II (1930), hvor den citerede udtalelse findes s.233.
38. *Peter Georg Bang:* Lærebog i de til den Romerske private Ret henhørende Discipliner I (1833) s.306.
39. TfR 1953 s.6-39.
40. Ross i det i note 39 anførte arbejde (s.29).

ral netop en frugt af rationalismen.[41] Kåre Foss vil dog ikke tilskrive Thomasius æren herfor, i stedet betoner han Pufendorfs banebrydende indsats og sammenfatter forløbet af udviklingen således: »Det er ... Pufendorf som først med bestemthet har forsøkt å etablere dette skille, - Thomasius tok et skritt videre på samme vei, Kant endelig fullbragte det«.[42]

Samtidig med, at retten frigør sig fra religion og moral, indtræder der, hvad Ross i den oven for nævnte afhandling har betegnet som *en fordobling af retssystemet,* d.v.s. forestillingen om, at der bag ved eller over det positive retssystem eksisterer et naturretssystem, der direkte pålægger borgerne pligter og hjemler dem rettigheder. Pligterne var dem, man først havde øje for. At tale om borgernes rettigheder blev derimod først sædvanligt i årene op imod Nordamerikas frigørelse fra England og den franske revolution.

Al den stund naturretten er den ideale ret, bliver der ingen plads for retspolitik, således som vi opfatter dette begreb. For den rationalistiske naturret falder retten, som den er, sammen med retten, som den bør være. Dette indebærer dog ingenlunde, at naturretten indtager en afvisende holdning til *kodifikationsspørgsmålet.* Tværtimod kan indholdet af den naturgivne ret hensigtsmæssigt og autoritativt kommuniceres ved hjælp af en codex. De omfangsrige lovbøger, der i årene omkring 1800 træder i kraft i Prøjsen, Frankrig og Østrig er da også alle frugter af oplysningstidens naturret.[43]

Ved at lægge afgørende vægt på individernes oprindelige frihed og lighed kom naturretten til at spille en væsentlig rolle i den politiske ideologi. Den har simpelthen været en nødvendig forudsæt-

41. Jfr. Ross i det i note 39 anførte arbejde (s.30).
42. Foss i det i note 1 anførte arbejde (s.276).
43. Herom må henvises til retshistoriske fremstillinger, se f.eks. *Franz Wieacker:* Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1952) s.197 ff. og *Erik Anners:* Den europeiska rättens historia II (1980) s.43 ff.

ning for de frie forfatninger, som gennemførtes i løbet af det 19. århundrede.

Også for retsvidenskaben har naturretten haft umådelig betydning.[44] De i det foregående nævnte systemværker og kodifikationer har alle i høj grad bidraget til udviklingen af den juridiske systematik. Men på samme tid har naturretten været en hæmsko, idet de reale faktorer, som betinger en retsregels eksistens og udformning, let tilsløres, når man doktrinært insisterer på at ville deducere den pågældende regel fra overordnede normer.

Romantikken gjorde det af med oplysningstidens naturret. I tysk retsvidenskab har man en romantisk strømning, som går under navnet Die historische Schule,[45] og dens opgør med den rationalistiske naturret blev et endeligt opgør. End ikke i årene efter den anden verdenskrigs afslutning, hvor man oplevede en naturretlig renæssance,[46] har en tilbagevenden til det 17. og 18. århundredes retstanker været på tale. Med fuld føje har Torstein Eckhoff fremhævet, at »nåtidens naturrettstenkning« f.s.v. har »nærmere slektskap med middelalderens enn med oplysningstidens«,[47] og inden for moderne dansk retsvidenskab har man definitivt opgivet at operere med fornuften som en selvstændig form for erkendelse.

---

44. Thøger Nielsen har i det i note 36 anførte arbejde ydet vægtige bidrag til belysning af naturrettens betydning for retspraksis.
45. Se om den historiske skole f.eks. de i note 43 anførte arbejder: Wieacker s.217 ff. og Anners s.117 ff.
46. Jfr. *Alf Ross* i TfR 1963 s.497 ff.
47. *Torstein Eckhoff:* Retten og samfunnet (1976) s.150.

A.S. Ørsted og retskildelæren

... der gives næppe mange Forhold, hvor ikke Ørsteds mægtige Aand endnu tydelig kan spores.

H. Munch-Petersen[1]

1. Forestillingen om en af tid og sted uafhængig retsorden, naturret eller naturens ret, spillede en betydelig rolle i det syttende og attende århundredes Danmark, og endnu i det nittende århundrede var naturrettens indflydelse mærkbar.

Inspireret af hollænderen Hugo Grotius (1583-1645) samt tyskerne Samuel Pufendorf (1632-1694) og Christian Thomasius (1655-1728) skrev Ludvig Holberg (1684-1754) sin i 1716 udgivne *Introduction til Naturens og Folke-Rettens Kundskab*[2] Dette livfulde skrift slog an og oplevede nye udgaver i 1728, 1734, 1741 og 1751.[3] Og efter Holbergs død kom der endnu en udgave i 1763.[4]

I 1776 blev Holbergs »Introduction« imidlertid afløst af en af Lauritz Nørregaard (1745-1804) forfattet fremstilling af *Natur- og Folkerettens første Grunde.* En revideret udgave udkom i 1784 med titlen »Natur-Rettens første Grunde«.[5] Det fortjener at e-

1. H.Munch-Petersen: »Om Anders Sandøe Ørsted og hans Betydning for den danske Retsudvikling« UfR 1901 s.261-272 (s.271). Udover Munch-Petersens artikel kan som introduktion til Ørsted anbefales Frantz Dahl: Anders Sandøe Ørsted som Retslærd (1927).
2. Optrykt i 1913 i 1.bd. af monumentaludgaven af Holbergs Samlede Skrifter.
3. Den 5. edition fra 1751 er i 1969 blevet genoptrykt (med indledning og noter ved F.J.Billeskov Jansen) i 1. bd. af Ludvig Holbergs Værker i tolv Bind.
4. Se Billeskov Jansen anførte sted s.48 og den dér anførte litteratur, især Kåre Foss: Ludvig Holbergs naturrett på idéhistorisk bakgrunn (1934).
5. Jfr. Frantz Dahl i Festskrift i Anledning af Tohundrede Aars Dagen for Indførelsen af Juridisk Eksamen ved Københavns Universitet (1936) s.143 f. - Det tredje og sidste naturretlige system på dansk skyldes Johan Friderich

rindres, at det var ved læsningen af Nørregaards Naturret, at Anders Sandøe Ørsted (1778-1860) allerede i sine drengeår i Rudkøbing fik interesse for retsvidenskaben.[6] Den opvakte dreng studerede bogen med opladt sind og drøftede det læste bl.a. med den stedlige dommer, hvem det dog ikke lykkedes at overbevise ham om visdommen i - med Nørregaard - at antage, at der var færre betænkeligheder forbundet med indskrænkende end med udvidende lovfortolkning.

Samtidig med andenudgaven af Naturretten udgav Nørregaard endvidere første del af sit hovedværk *Forelæsninger over den Danske og Norske Private Ret,* hvori han hævdede, at »Natur-Retten ... er den eeneste almindelige subsidiaire Ret, til hvilken han [= en Dansk og Norsk Jurist] haver at henvende sig, naar som helst noget skal afgiøres, som i Lovene er uafgiort«.[7]

I 1804, 1806 og 1812 udsendte A.S.Ørsted (som dengang var dommer, fra 1801 i Hof- og Stadsretten og fra 1810 i Højesteret) trebindsværket *Supplement til afdøde Generalauditeur Nørregaards Forelæsninger over den Danske og Norske Private Ret.* Hvad naturret angik, indtog Ørsted i 1804 det standpunkt, at Danske og Norske Lovs »Ufuldstændighed og casuistiske Fremsættelses-Maade« gjorde det påkrævet, at en jurist havde opnået indsigt i naturretten.[8]

På Nørregaards »Forelæsninger« og på Ørsteds »Supplement« byggede Frederik Theodor Hurtigkarl (1763-1829) sin fremstilling

---

Wilhelm Schlegel (1765-1836), hvis *Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger* udkom i 1798 (2. udg.: 1805), jfr. Dahl anførte sted s.148 ff.

6. A.S.Ørsted: Af mit Livs og min Tids Historie, 1. bd. (1851) s.4 f. Samtlige Ørsteds biografer har da også hæftet sig ved dette træk, se f.eks. L.Koch: Anders Sandøe Ørsted (1896) s.3, Troels G.Jørgensen: Anders Sandøe Ørsted. Hans Liv og Arbejde (1933) s.17 og samme forf.: Anders Sandøe Ørsted. Juristen og Politikeren (1957) s.14.
7. Nørregaards »Forelæsninger«, 1. bd. (1784) s.44.
8. Ørsteds »Supplement«, 1.bd. (1804) s.95.

af *Den Danske og Norske Private Rets første Grunde.*[9] I første del af denne lærebog, der udkom i 1813, berører Hurtigkarl et par retskildeproblemer. Sædvaner ville han således ikke tillægge lovskraft, hvorimod han nok ville tilråde, at man i ulovbestemte tilfælde fulgte sædvaner som »Klogskabs eller Forsigtigheds Regler«. Med hensyn til præjudikater var han af den opfattelse, at det var »indlysende«, at der ikke tilkom sådanne lovskraft; dog ville det desuagtet altid være »raadeligst« for en underordnet dommer at rette sig efter Højesterets domme i tilsvarende sager.[10]

Det er på den oven for skitserede baggrund, at man skal se Ørsteds bidrag til retskildelæren. Hans skelsættende betragtninger over uskreven ret[11] blev offentliggjort i det første bind af den *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed,* som han begyndte at udgive i 1822. »Haandbogen«, der udgør et hovedværk i Ørsteds produktion, fremtræder formelt som en bindstærk kommentar til Hurtigkarls lærebog. I alt kom der i årene 1822-35 seks bind, alle skrevet jævnsides med en travl embedsgerning som deputeret i Danske Kancelli.

2. I afsnittet om uskreven ret tager Ørsted sit udgangspunkt i, at man ikke kan lovgive på en sådan måde, at lovene indeholder »enhver Sætning, som maatte gjælde i Rettergang« (s.91). Bestræbelser i så henseende karakteriserer han tværtimod som en meget mislig sag. »Med al Omhu og Vidtløftighed vilde vist og Adskilligt blive overseet, og, naar da et Tilfælde indtraf, hvorfor Loven ikke indeholdt en Regel, saa vilde i en Stat, hvor ingen anden Retskilde maatte gjelde end den skrevne Lov, en fuldkommen Retløshed indtræde« (s.94).

For at undgå at måtte havne i en sådan retsløshed udvikler Ørsted da den lære, at der i staten ved siden af den *positive* (eller vil-

9. Jfr. Dahl i det i note 5 anførte festskrift s.144 ff.
10. Hurtigkarls »Lærebog« 1.bd. (1813) §§ 11-12.
11. Optrykt i Anders Sandøe Ørsted: Privatretlige Skrifter i Udvalg. Første Afdeling (1930) s.24-51.

kårlige) ret gælder en *naturlig* ret. Det er herved vigtigt at mærke sig, at han med naturlig ret *ikke* sigter til den i indledningen nævnte naturret. Herom siges det udtrykkeligt: »Ved naturlig Ret forstaae vi her ikke en blot Retsmetaphysik, der, ved Begreber *a priori,* skulde ordne det hele Retsforhold efter en enkelt Grundsætning«. Og han fortsætter: »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« (s.83-84).

Ved »naturlig Ret« forstår Ørsted: »Det hele System af Regler for de gjensidige Fordringer, som Staten og Borgerne samt disse indbyrdes kunne gjøre mod hinanden, og som ikke hidledes fra en udtrykkelig Lovforskrift, men bestaaer uafhængig af nogen skreven Lov, ja for en stor Deel har dannet sig inden skreven Lov var til« (s.84). Om dette retssystem siger han andetsteds, at det »har dannet sig selv ved den naturlige Retsfølelse, den sunde Fornuft, det borgerlige Livs Trang, Retsgjenstandenes [Natur] og Folkets Sæder« (s.90).

Mellem den positive og den naturlige ret finder der et samspil sted, idet den positive ret bør søge at bevare, rette og forædle den naturlige ret. Lovgivningsmagten kan derfor ikke »lade det beroe ved den blot naturlige Udvikling og Erkjendelse af hvad der er Ret; dens Medvirkning vil, især i den mere cultiverede og kunstige, Tilstand, jevnlig være nødvendig. Snart haver Lovgiveren at berigtige et vrangt og skadeligt Begreb, som kan have indsneget sig; snart har han at afhjelpe en Retsuvished og Meningsulighed, som ikke paa anden Maade lader sig hæve; snart har han at give de naturlige Retssætninger den vilkaarlige Tilsætning, uden hvilken samme ikke vilde have den for Anvendelsen fornødne Bestemthed; snart behøves nye Lovforskrifter, for at opnaae et nyt og mere udvidet Øiemed, som Samfundet, under den fremskridende Udvikling, foresætter sig, eller for at afværge Misbrug og Farer for Retsordenen, som nye Forhold og Omstændigheder føre med sig« (s.90-91).

Af ovenstående citat fremgår på yderst anskuelig vis forskellen mellem Ørsteds naturlige ret og den nedarvede naturret. For det første har Ørsted et åbent blik for, at den naturlige ret langt fra er uafhængig af tid og sted. For det andet vil han ingenlunde tillægge den naturlige ret forrang frem for den positive ret.[12]

Et eksempel på en lære - som »ikke finder Plads i Naturretssystemerne, men dog, formedelst sin indlysende Naturlighed og Overeensstemmelse med det borgerlige Livs Tarv, bør gjælde, uden Hensyn til, hvorvidt den er bekræftet ved udtrykkelig Lov« - udgør den doktrin, »der angaaer uanmodet Bestyrelse af Andres Forretninger *(negotiorum gestio)*«. Herom hedder det: »Hvad end Naturretslærerne sige os om, at den, hvis Anliggender saaledes besørges, uden hans Samtykke, ikke derved forbindes, men at det maae beroe paa ham, hvorvidt han siden finder for godt at ratihabere hiint Foretagende, saa vilde neppe nogen Dommer kjende for Ret, at den, der, i en Andens Fraværelse, havde flyttet dennes Effecter, der vare truede med overhængende Ildsvaade, og derved havde viist al Redelighed og Forsigtighed, skulde have tabt de derpaa anvendte Udgivter, ja endog være pligtig til, at erstatte den Skade, som, ved Tyvehaand eller andet Uheld, var tilstødt Godset« (s.87).

Hvad sædvaner angik, havde Hurtigkarl - som tidligere nævnt - hævdet, at disse i ulovbestemte tilfælde kunne følges som klogskabs- eller forsigtighedsregler. Hurtigkarl forudsætter dog herved, at de handlinger, hvorpå sædvanerne grunder sig, besidder følgende egenskaber: de skal være 1) fornuftige, d.v.s. de må ikke stride mod naturretten, 2) gangbare og 3) bestandige, d.v.s. altid foretagne på samme måde. Hertil føjer Ørsted en yderligere betingelse - nemlig, at handlingerne skal være 4) »foretagne i den

---

12. Cfr. Holbergs »Introduction«, Første Part, Cap. III: »Og, efterdi Gud saaledes har forordnet den naturlige Lov, og indprentet den udi Menneskernes Hierter, saa kand de udi ingen Maade forandre den ...« (Billeskov Jansens udgave s.80-81).

Forestilling, at man dertil var forpligtet *(ex opinione obligationis)*«. Denne fjerde, og aldeles afgørende, betingelse begrunder Ørsted med følgende betragtning: »Om en Person, eller en heel Commune, i nok saa lang Tid, har indrettet en i sig aldeles vilkaarlig Handling paa en vis Maade, f. Ex. baaret Klæder af en bestemt Farve, saa kan heraf, paa ingen Maade, opstaae en bindende Sædvane« (s.112).

At det i visse tilfælde kunne være berettiget at følge sædvaner som klogskabs- eller forsigtighedsregler, beroede ifølge Hurtigkarl på, at sædvaner »som oftest ere grundede i Billighed og Vedkommendes stiltiende Samtykke«.[13] Heroverfor indvender Ørsted med rette, at det er retfærdighedens bud - og »ikke blot Klogskabens Raad, der ikke kan afgjøre Retssagers Udfald« - som bevirker, at »et contractmæssigt Forhold skal paakjendes efter det, hvorom Parterne udtrykkelig eller stiltiende have forenet sig«. Og Ørsted føjer til, at »det Sædvansmæssige ogsaa ofte har en Retsvirkning, som ikke kan hidledes af noget Slags Samtykke « (s.107).

Hvad præjudikater angik, havde Hurtigkarl - som allerede nævnt - udtalt, at selv om man ikke kunne tillægge sådanne nogen lovskraft, blev det dog desuagtet »altid raadeligst for en underordnet Dommer at rette sig efter de i Høiesteret afsagte Præjudicater«.[14] Heroverfor anfører Ørsted, at når selv Højesteret i vid udstrækning følte sig bundet ved »de forhen antagne Grundsætninger«, så måtte dette endnu mere være tilfældet med de underordnede dommere. Resultatet begrundes med følgende ræsonnement: »Den selvstændige dømmende Magt beroer jo dog alene hos den øverste Domstol. Retten skal vel ikke der søges strax og umiddelbar, fordi dette vilde føre til mange Uleiligheder; men omsider kommer det dog an paa, hvad den erkjender for Ret; dette er det, Staten gjør gjældende som endelig og afgjørende Regel.

---

13. Hurtigkarls »Lærebog«, 1. bd. (1813) s.31-32.
14. Sammesteds s.32.

Underdommerens Kjendelser have kun en provisorisk Gyldighed, og komme kun til at gjælde, forsaavidt de kunne erholde Høiesterets Bifald« (s.120).

3. I sit erindringsværk vendte den aldrende Ørsted tilbage til spørgsmålet om præjudikater som retskilde.[15] Det pågældende sted fortjener at citeres in extenso:

»Det var allerede, inden jeg indtraadte paa Embedsbanen, min Overbeviisning, at jeg som Dommer vilde have at underordne mine egne Meninger under det, der ved Landets øverste Domstol var erkjendt som en fast Retssandhed. Dette har og i Gjerningen altid været antaget, men vore Lovkyndige pleiede kun at fremstille det som et Klogskabsraad for de underordnede Dommere, og understøttede Samme med den Bemærkning, at disse derved ville betrygge sig for Ansvar. Dette kunde nu paa ingen Maade tilfredsstille mig; saafremt ikke andre og bedre Grunde havde talt herfor, vilde jeg have fundet det stridende mod Eed og Pligt, for min egen Sikkerheds Skyld at rette mig efter hvad der var antaget ved Høiesteret, naar min Retsgrandskning førte mig andetsteds hen. Men det var mig klart, at det vilde være høist fordærveligt og stride mod alle fornuftige Grundsætninger for Retspleien, om de underordnede Dommere ei vilde erkjende de i Høiesteret antagne Retssætninger, og at dette derfor vilde være uovereensstemmende med den sande Betydning af det Bud: at Ingen maa dømmes mod den Lov, som Kongen giver, og af den Eed, Dommeren aflægger paa at ville dømme retfærdigen efter Lov og Ret. Jeg har gjentagne Gange retfærdiggjort denne min Forestillingsmaade, og, som jeg troer, fuldstændigen gjendrevet enhver Indvending, som derimod er blevet fremsat.[16] Om end Grundene paa den Tid, jeg tiltraadte

15. A.S.Ørsted: Af mit Livs og min Tids Historie, 1. bd. (1851) s.190-191. Den citerede passus findes s.159-160 i den i 1951 optrykte forkortede udgave af Ørsteds livserindringer.

16. Hertil har Ørsted selv knyttet denne note: »See min Haandbog om dansk og norsk Lovkyndighed 1 B. S.118-122, samt Nyt jur. Archiv 12 B. S.234-241;

Dommer-Embedet, ikke have staaet for mig i samme Klarhed og Skarphed, som de senere have vundet, navnlig derved, at jeg fik den Opgave, at gjendrive en indsigtsfuld Jurists for den modsatte Mening anførte Grunde, saa har det dog i det Væsentlige været det Samme, der allerede den Tid bestemte min Overbeviisning. Men uagtet jeg saaledes var paa det Rene med mig selv, om at jeg tilfredsstillede min Dommerpligt ved at lægge den af Landets øverste Domstol vitterlig antagne Lovfortolkning til Grund, saa var det mig dog altid en uhyggelig Følelse, naar jeg ikke kunde forene den med min egen videnskabelige Overbeviisning. Det var mig derfor behageligt, at jeg for det Meste, ved den nøiere Eftertanke, som denne Følelse fremkaldte, kom til den Indsigt, at den i Praxis antagne Mening, som Theoretikerne pleiede at forkaste, dog var den rette.«

4. Som tidligere antydet indebar Ørsteds anskuelser om retskildeproblemer et betydningsfuldt brud med fortiden. Siden Ørsted har det været almindeligt erkendt, at der gives anden ret end den, som er nedskrevet.

Allerede i 1884 fremhævede Carl Ussing i sin disputats, at det var Ørsted, der havde lært juristen at se på lovene som fremtvungne af samfundsforholdenes krav og at indse, at kravene til en omfattende retsordning »ikke fyldestgjøres af de forholdsvis spredte og casuistiske Love, men at meget maa beherskes af en retslig Ordning, selv om ingen Lov udtrykkelig legitimerer det«. Og siden Ørsted har det stået juristen klart, at retten ikke er identisk med lovene, men er »et sammenhængende harmonisk Hele, behersket af Menneskehedens Totalformaal og kun løst skitseret i

---

17 B. S.227, 239-240. Cfr. Suppl. til Nørregaards System 1. S. 35-36.« – Begge henvisninger til Nyt juridisk Arkiv gælder Ørsteds bemærkninger i anledning af det af Bredo Henrich v. Munthe af Morgenstierne forfattede skrift: Hvilken Procesmaade i Høiesteret, den skriftlige eller mundtlige, opfylder bedst Fornuftens Fordringer paa en god Retspleie? (1815).

de positive Love. Med et Ord: Maalet bliver en *Retsvidenskab* ikke blot en *Lovkundskab*«.[17]

Hvad A.S.Ørsted og retskildelæren angår,[18] ligger Ørsteds fortjeneste altså deri, at han i sin Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed definitivt tog afstand fra naturretten. Efter Nørregaards system betegnede naturret »den eeneste almindelige subsidiaire Ret«; men fra og med Ørsted frigjorde dansk (og norsk) ret sig fra naturrettens spændetrøje, og retssædvaner, præjudikater og forholdets natur trådte i naturrettens sted.

Ørsteds begrænsning ligger i, at han ikke så det som sin opgave at analysere selve retskildebegrebet. Dette være sagt som en konstatering, ikke som en indvending, thi hans betydning for retskildelæren lader sig vanskeligt overvurdere.

---

17. Carl Ussing: Anders Sandøe Ørsted som Retslærd (1884) s.74. Også Ditlev Tamms vægtige afhandling, Fra »Lovkyndighed« til »Retsvidenskab« (1976), indeholder adskilligt til belysning af det her behandlede emne, se f.eks. om kodifikationsspørgsmålet s.344 ff., især s.352 f., om forholdet mellem lovgivning og dommerskabt ret s.367 ff., især s.371, og om »Sagens Natur« s.410 ff.

18. Se hertil Herman Scheel i TfR 1940 s.119 ff., hvor det (s.121) fastslås: »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 rettskildelære.«

Er forholdets natur en retskilde?

Hvorvidt forholdets natur er en retskilde, er et spørgsmål, som skiftende tiders retsteorier har givet højst forskellige svar på. Yderstandpunkterne indtages af naturretten og retspositivismen. For *naturretten* fremstod forholdets natur f.s.v. som den vigtigste retskilde, al den stund forholdets natur var det afgørende kriterium for, i hvilket omfang den positive ret - udover at være gældende ret - også var gyldig ret og dermed ret i det hele taget. Omvendt afviste *retspositivismen,* at forholdets natur overhovedet udgør nogen retskilde, idet det blev gjort gældende, at domstolene alene skulle tage hensyn til love og retssædvaner.[1]

Herhjemme hævdede *Fr. Vinding Kruse* - der 1930-1950 varetog faget almindelig retslære ved Københavns Universitet - følgende standpunkt: »At Sagens Natur eller den naturlige Ret er Retskilde, er forlængst fastslaaet hos os gennem en lang Retspraksis. ... Fra seneste Tid kan bl.a. fremhæves Dommen i UfR 1935, 286« (Retslæren I (1943) s.113 f.).[2]

---

1. Således beskrives det retspositivistiske svar på det i overskriften stillede spørgsmål af *Alf Ross,* se Theorie der Rechtsquellen (1929) s.430 og Om ret og retfærdighed (1953) s.126. Se også Ross' afhandling »Naturret contra retspositivisme« i TfR 1963 s.497 ff. (s.503). - Hvad Ross' eget standpunkt angår, henvises til teksten ovenfor.

   Anderledes *Frantz Dahl* i NTfS 1915, s.42: »Selv den krasseste Positivist opererer med Begrebet »Forholdets Natur«, til syvende og sidst dog vel et naturretligt Rudiment«.

2. I en anmeldelse af Vinding Kruses værk, UfR 1944 B s.255 ff., har *Torben Lund* tilsluttet sig dette standpunkt: »Det er et faktum, at adskillige retsafgørelser hviler på betragtninger, hentede fra sagens natur. Som et tilfældigt valgt eksempel, hvor dette er direkte udtrykt i dommen, kan fra nyere tid foruden den af forf. citerede afgørelse i UfR 1935, p.286, nævnes sagen i UfR 1928, p.989, ...« (s. 259).

Heller ikke *Alf Ross,* der overtog den almindelige retslære efter Vinding Kruse, var i tvivl om, at forholdets natur er en retskilde, se f.eks. afsnittet om kulturtraditionen (»forholdets natur«) i Om ret og retfærdighed (1953) s.116 ff. samt det tilsvarende afsnit i Indledning til retsstudiet (1956) s.101 ff. Sidstnævnte sted fastslår Ross (s.102): »Rets- og kulturtraditionen virker ... i retsudøvelsen først og fremmest 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, d.v.s. være det grundstof, der inspirerer dommeren til at formulere den regel, han lægger til grund for sin afgørelse«.

Et afvigende standpunkt indtages derimod af *Preben Stuer Lauridsen* i hans i 1977 udgivne lærebog Retslæren. I denne bog, hvormed forfatteren har villet markere sin overtagelse af lærestolen i almindelig retslære ved Københavns Universitet, finder man (s.374) det synspunkt fremsat, at vi »nødsages til at placere forholdets natur som en måde at fortolke de øvrige retskilder på, ikke som i sig selv en retskilde«.

En besvarelse af spørgsmålet, hvorvidt forholdets natur er en retskilde, forudsætter f.s.v., at begrebet retskilde defineres. Herom siger *Ross,* at ved retskilderne forstås »indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse«. I samme åndedrag tilføjer Ross dog, »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« (Om ret og retfærdighed s.92). Derimod indlader *Stuer Lauridsen* sig slet ikke på en analyse af retskildebegrebet.[3]

3. I så henseende er Stuer Lauridsen dog i det bedste selskab, idet Ørsted i sine

Naturligvis har Ross udformet sit retskildebegreb således, at det er i harmoni med hans gældebegreb. Hvis man om en bestemt regel vil hævde, at den er gældende ret i kraft af forholdets natur, vil dette - ifølge Ross - være ensbetydende med en prognose om, at domstolene vil lægge en regel af det angivne indhold til grund, såfremt de skal afgøre sager, for hvis udfald reglen er relevant.

Ikke helt sjældent støder man i retslitteraturen på passager, hvor forholdets natur eller almindelige retsgrundsætninger påberåbes til støtte for det af vedkommende forfatter antagne resultat. Sådanne udtalelser behøver man dog næppe altid at tage for retsvidenskabelige udsagn, idet de efter omstændighederne lige så godt lader sig tolke som retspolitiske råd til domstolene - eller udtrykt i Ross' terminologi som retspolitik *de sententia ferenda*. Se f.eks. *Bernhard Gomard:* Obligationsretten i en nøddeskal, 2. hæfte (1972) s.225, hvor det i forbindelse med en omtale af de finske, norske og svenske love, der hjemler håndværkere ret til at sælge en repareret, uafhentet og ubetalt ting 6 måneder efter, at vederlaget forfaldt til betaling, fastslås: »En tilsvarende lov er ikke givet i Danmark, men praksis har formentlig i almindelige retsgrundsætninger tilstrækkelig støtte til i det store og hele at følge disse rimelige og fornuftige regler«.[4]

Når Stuer Lauridsen afviser, at forholdets natur er en retskilde, betyder dette selvsagt ikke, at han på linje med retspositivisterne hævder, at domstolene udelukkende er retsanvendende og ikke

---

skelsættende betragtninger over uskreven ret helt har afholdt sig fra at komme ind på selve retskildebegrebet, se herom min artikel i TfR 1977 s.472 ff. (s.478). Ørsteds bidrag til retskildelæren finder man i Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed I (1822) s.81 ff.

4. Se også *Bernhard Gomard:* Civilprocessen (1977) s.346: »Reglen om vidnefritagelse i § 171 indeholder i modsætning til § 170, stk.3, om vidneudelukkelse ingen bestemmelse om vidnefritagelse for den fritagnes personale. I visse tilfælde, f.eks. hvor fritagelsen skal beskytte en forretningshemmelighed, må efter forholdets natur dog fritagelsen udstrækkes til den fritagnes medhjælpere«.

retsskabende. Af sammenhængen fremgår det klart, at Stuer Lauridsen anerkender eksistensen af frie faktorer i retsudøvelsen. Det, han gør gældende, er blot, at resultater, der siges at være baseret på forholdets natur, lige så vel kan støttes på en fortolkning af love, retssædvaner og præjudikater.

Hvorvidt en sådan opfattelse er holdbar, turde dog være tvivlsomt. At domstolene undertiden har følt sig fristede til at ty til »frihånds-tegning« er i hvert fald en kendsgerning. Den af Vinding Kruse påberåbte dom er i så henseende illustrerende. Ved denne dom blev det fastslået, at en 1. prioritetshaver, der ved ekspropriation af et areal af den pantsatte ejendom havde fået udbetalt en del af erstatningen, var pligtig til at afskrive det modtagne beløb på hovedstolen, og at han ikke uden samtykke fra efterpanthaveren kunne anvende beløbet til dækning af terminsydelser, selv om han for disse havde panteret forud for efterpanthaveren.

At der var tale om det, som jeg kalder for »frihånds-tegning«, fremgår eksplicit af en redaktionel tilføjelse til gengivelsen af den pågældende dom i UfR: »Ekspropriationslovgivningen giver flere Steder Udtryk for, at Ekspropriationssummen skal udbetales Panthaverne i den Orden, hvori de er panteberettigede, »til Afdrag paa deres Pantefordringer«, jfr. Fr 23 April 1845 § 6, »mod Afskrivning paa vedkommende Gældsbeviser«, jfr. Lov 14 December 1857 § 10, se Vinding Kruse Ejendomsretten I p 227; en sikker Vejledning ved Afgørelsen af det foreliggende Spørgsmaal giver denne Lovgivning dog ikke saa lidt som T L § 40, 4 Stk., og man er for saa vidt overladt til Betragtninger efter Forholdets Natur« (UfR 1935, s.286, note 1).

De til betragtninger efter forholdets natur overladte domstole har imidlertid *pligt* til at afgøre de tvister, der forelægges dem, selv om retstilstanden er uklar. En domstol kan ikke bringe en sag til afslutning ved at udtale et *non liquet*. Derimod kan domstolene nægte at give en part i en retssag medhold og motivere dette med, at der »ikke ses at være hjemmel« for at tage den nedlagte påstand til følge.

Hvor der er tale om et *livsområde, der er retligt reguleret* – som tilfældet var, hvad angår den af Vinding Kruse anførte retsafgørelse – vil manglende hjemmel dog blot medføre en retsregel af et andet indhold end den, der blev udfaldet. Havde Højesteret nægtet at give efterpanthaveren medhold med den begrundelse, at der ikke var hjemmel for kravet om afskrivning på hovedstolen, ville dette have været ensbetydende med, at retten havde anerkendt, at 1. prioritetshaveren havde været berettiget til at anvende ekspropriationserstatningen til dækning af terminsydelser, i hvert fald i det omfang han for disse havde panteret forud for efterpanthaveren.

Helt anderledes stiller sagen sig, hvor der er tale om et *livsområde, der ikke er retligt reguleret,*[5] f.eks. hvis en villaejer stævner naboen for at få ham tilpligtet at fjerne et i hans forhave opstillet solur under påberåbelse af, at isenkræmmer-kunstværket skæmmer det pæne villakvarter. Her vil udfaldet formentlig blive, at sagsøger taber sagen, idet retten antagelig vil nå til det resultat, at der »ikke ses at være hjemmel« for at tage sagsøgerens påstand til følge. Og på dette grundlag kan man ikke formulere en egentlig retsregel. Man kan blot drage den negative konklusion, at retsordenen ikke rummer noget værn imod forulempning af æstetiske følelser – hvilket er præcis det samme som at sige, at vi befinder os inden for et område, hvor retlig regulering savnes.

Det er dog ingenlunde givet, at en domstol altid vil nægte at tage en påstand til følge, blot fordi vi befinder os uden for det retligt regulerede område. Fra norsk ret kan således nævnes den velkendte dom i Rt. 1952 s.1217, hvor Høyesterett (med fire stemmer mod én) anså Norsk Film A/S for uberettiget til at fremvise filmen »To mistenkelige personer«, hvortil der var anvendt levende

5. Når det gælder retssædvaner, anlægger Ross samme sondring, idet han definerer en retssædvane som en sædvane på et livsområde, der er undergivet retlig regulering. Men Ross synes at have overset, at sondringen er lige så relevant, når det gælder forholdets natur.

model, idet retten fandt, at en fremvisning ville overskride grænsen for det tilbørlige og komme i strid med det almindelige retsværn for personligheden. At et sådant værn imidlertid ikke eksisterede i forvejen, men blev skabt af dommerne, fremhæves med fuld føje af Ross i hans omtale af sagen i Indledning til retsstudiet s.103 f. Se også Torstein Eckhoff: Rettskildelære (3. opplag, 1980) bl.a. s.177 f. og s.323 ff.

I en »Kort bemærkning om retskildelære«, TfR 1974 s.329 ff., har Ross som »retskildelærens centrale og pinagtige problem« peget på, at 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« (a.s. s.331-332).

Lige så lidt som jeg er i stand til at løse cirklens kvadratur, evner jeg at opløse ovenstående *circulus vitiosus*. Men hvad forholdets natur angår, er det min opfattelse, at en afgørelse som den af Fr.Vinding Kruse fremdragne udgør en anstødssten for at godtage Stuer Lauridsens synspunkt. Selv om det doceres på bjerget, kan det næppe være rigtigt, at forholdets natur bør placeres som *en måde at fortolke de øvrige retskilder på*. I UfR 1935 s.286 var der netop ikke nogen lovbestemmelse at fortolke – hverken ekspropriationslovgivningen eller tinglysningslovgivningen indeholdt relevante bestemmelser – lige så lidt som der forelå retssædvaner eller præjudikater af betydning for sagens afgørelse.[6] Og formår denne

6. Et andet illustrerende eksempel på de frie faktorers betydning inden for det

dom ikke at overbevise Stuer Lauridsen, burde han i hvert fald lade sig overbevise af den norske dom, Rt. 1952 s.1217, der udgør en »frihånds-tegning«, hvortil vi i dansk retspraksis savner sidestykke.

At der indgår frie faktorer i retsudøvelsen, er Stuer Lauridsen og jeg enige om; men enigheden bringes til ophør, når jeg præciserer, at jeg hermed mener, at der gives afgørelser, som *ikke* kan begrundes på tilfredsstillende måde med udgangspunkt i love, retssædvaner og præjudikater, ligegyldigt hvor megen flid og fortolkningskunst der lægges for dagen.

---

retligt regulerede område har man i UfR 1935 s.767 (H). Fhv. højesteretspræsident *Jørgen Trolle* omtaler den pågældende afgørelse i sin erindringsbog Ret og vrang (1977) s.53 ff. Trolle finder, at denne dom frembyder »det klareste eksempel på, at Højesteret har udtalt, at noget som ikke har skrevet hjemmel i lov, er gældende ret«. Og hans omtale af sagen giver ham anledning til at fastslå, at her talte Højesteret »for en gangs skyld« kraftfuldt *ex cathedra*.

Den uskrevne ret[1]

1. Retskildebegrebet

1.1. Efter ældre dansk retskildeteori består der et rangforhold imellem de forskellige retskilder, således at loven udgør den *principale* retskilde (og som sådan er forpligtende for dommeren), hvorimod de øvrige retskilder alene er *subsidiære* (eller vejledende for dommeren). Ifølge *Viggo Bentzon* (1861-1937) nærer dansk teori og praksis »ingensomhelst reel Tvivl om, at Loven *skal* være Rettesnor for Retshaandhævelsen, og at den som saadan har Fortrinet fremfor modstaaende Regler udledede af de saakaldte subsidiære Retskilder (Sædvane, Praksis, Analogi og Forholdets Natur)«.[2] Samme standpunkt indtager *Fr. Vinding Kruse* (1880-1963).[3]

1.2. Denne distinktion mellem én principal og flere subsidiære retskilder opgives imidlertid af *Alf Ross* (1899-1979), der hævder,

---

1. Se hertil *Anders Sandøe Ørsted:* Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed I (1822) s.81 ff. Optrykt i Privatretlige Skrifter i Udvalg. Første Afdeling (1930) s.24 ff.

   Af det 20. århundredes danske retslitteratur fremhæves: *Viggo Bentzon:* Retskilderne (1905) s.67 ff.; *Vinding Kruse:* Retslæren I (1943) s.148 ff., *Alf Ross:* Om ret og retfærdighed (1953) s.101 ff. og *Preben Stuer Lauridsen:* Retslæren (1977) s.361 ff.

   Af den righoldige udenlandske juridiske litteratur skal blot nævnes *Torstein Eckhoff:* Rettskildelære (3. opplag, 1980) og *Stig Strömholm:* Rätt, rättskällor och rättstillämpning (1981). For begge disse bøgers vedkommende gælder det, at de deri fremsatte synspunkter har virket inspirerende på nærværende fremstilling.
2. *Bentzon,* a.s. s.3.
3. *Vinding Kruse,* a.s. s.132 f.

at retskilderne principielt er ligestillede.[4] Efter den grad af objektivering, hvormed retskilderne fremtræder, inddeler Ross dem i tre kategorier:

(1) den fuldt objektiverede kildetype, d.v.s. loven,
(2) de delvis objektiverede kildetyper, d.v.s. retssædvanen og præjudikatet, samt
(3) den ikke-objektiverede kildetype, d.v.s. forholdets natur.

På denne baggrund finder Ross det vanskeligt og betænkeligt at indlade sig på at give en definition af selve retskildebegrebet. På forhånd må det forekomme som noget nær en umulighed at finde en fællesnævner for så heterogene størrelser. Retskildebegrebet må derfor »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«.[5]

Preben Stuer Lauridsen (f. 1940) tiltræder, at det næppe er muligt på fornuftig vis »at opdele retskilderne efter den tidligere læres kriterier«.[6] Også han vil altså opgive sondringen mellem retskilder af forskellig rang. Men dette er ingenlunde ensbetydende med, at han i alle enkeltheder kan tilslutte sig Ross' retskildelære. Som en betydningsfuld forskel imellem de to forfatteres synspunkter må i hvert fald mærkes, 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

---

4. *Ross,* a.s. s.120 ff., jfr. *Stuer Lauridsen,* a.s. s.347.
5. *Ross,* a.s. s.92.
6. *Stuer Lauridsen,* a.s. s.348.

direkte angår, hvorledes en retstvist skal løses, men som angiver, hvorledes dommeren skal gå frem for at finde det eller de direktiver, der er afgørende herfor«.[7] Ross opfatter altså retskildelærens genstand som normer eller regler for dommernes praktiske virksomhed (d.v.s. som en lære om, hvorledes de faktisk handler), hvorimod Stuer Lauridsen opfatter den som meta-normer, der angår retsdogmatikernes teoretiske virksomhed (d.v.s. som regler for regelbeskrivelser). En nuance imellem Ross' og Stuer Lauridsens anskuelser består dernæst i, at den sidstnævnte ikke anser forholdets natur for at udgøre en retskilde i sig selv, men alene »en måde at fortolke de øvrige retskilder på«.[8]

1.3. For mit eget vedkommende foretrækker jeg at bestemme retskildebegrebet således, at retskilderne defineres som indbegrebet af de faktorer, som enhver, der ønsker at udtale sig på kvalificeret måde om retsspørgsmål, *skal* eller *kan* tage i betragtning, forinden den pågældende afgiver sin udtalelse.

Af denne rummelige definition fremgår, at antallet af retskilder ikke kan angives eksakt. Under betegnelsen retskilder optræder hos Ross følgende faktorer: loven, retssædvanen, præjudikatet og forholdets natur. Men det siger 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 her givne definition ingenlunde en tilbagevenden til ældre teoris rangordning af retskilderne. For det første er det umuligt at drage nogen skarp grænse mellem de faktorer, der skal tages i betragtning, og de faktorer, der kan tages i betragtning. Definitionens betydning ligger først og fremmest i

---

7. *Ross,* a.s. s.91.
8. *Stuer Lauridsen,* a.s.s.374.

det negative, at den angiver, at der gives faktorer, som *ikke* kan tages i betragtning, f.eks. retspolitiske udtalelser i de politiske partiers programmer. For det andet følger det ikke af den omstændighed, at en retskildefaktor skal tages i betragtning, at den pågældende faktor *eo ipso* bliver udslaggivende for resultatet, idet denne faktor blot skal indgå i den pågældendes overvejelser, forinden han tager stilling til retsspørgsmålet. I den forbindelse bemærkes, at selv en klar lovbestemmelse undertiden må vige, hvor loven kolliderer med en af de andre retskildefaktorer,[9] jfr. herved det nedenfor (i afsnit 2.3) anførte. For det tredje går den traditionelle sondring mellem principale og subsidiære retskilder på, hvorvidt retskilden er forpligtende eller kun vejledende for dommeren, hvorimod den her foreslåede distinktion imellem - hvad man kunne betegne som - obligatoriske og fakultative retskildefaktorer ikke søger sit grundlag i gældende ret. Derimod rejser den foreslåede definition naturligvis spørgsmålet, hvad der nærmere ligger i, at man »skal« og/eller »kan« lægge vægt på forskellige faktorer - eller udtrykt på en anden vis: hvad sker der, hvis man lader hånt om retskildefaktorerne? Dette spørgsmål vender jeg tilbage til i det afsluttende afsnit (5).

I det følgende vil jeg omtale retskilderne *retssædvaner* (afsnit 2), *forholdets natur* (afsnit 3) og *præjudikater* (afsnit 4). Uagtet loven turde være langt den vigtigste retskilde, vil den ikke blive gjort til genstand for omtale i denne sammenhæng, idet jeg er af den opfattelse, at loven som retskildefaktor bedst fremstilles i snæver tilknytning til læren om lovfortolkning. Dermed har jeg afgrænset emnet for denne artikel til udelukkende at angå den uskrevne ret.

---

9. Heri er der i øvrigt intet som helst forunderligt. Hvor man foretager en indskrænkende fortolkning af en lovbestemmelse, tilsidesættes på lignende vis den mening, som umiddelbart fremgår af lovbestemmelsens ordlyd.

2. *Retssædvanen*

2.1. *Bentzon* definerer retssædvanen på følgende vis: »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«)«.[10]

At man også i retspraksis har lagt vægt på, »hvad der i Aarhundreder ubestridt har fundet Sted«, fremgår af en i Ugeskrift for Retsvæsen 1904 B s.287 gengiven højesteretsdom, jfr. N.Lassens kommentar i Tidsskrift for Retsvidenskab 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 Garnisonby, 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

10. *Bentzon*, a.s. s.84.

Øvelser. Det var tvertimod, hvad Indholdet af Sædvanen angaar, oplyst, at Militæretaten altid erstatter Formueskader.

2.2. *Ross* anlægger et helt andet syn på retssædvaner. Ifølge Ross er en retssædvane simpelthen »en sædvane på et livsområde, der er undergivet retlig regulering«.[11]

Om de af tidligere dansk teori opstillede betingelser for en retssædvanes opståen, hvorefter den pågældende handlemåde skulle være fulgt (a) almindeligt, (b) stadigt og (c) længe, bemærker Ross specielt, at der for dommeren ingen anledning er til at kræve, »at sædvanen skal være fulgt gennem lang tid, når de foreliggende omstændigheder blot giver tilstrækkeligt holdepunkt for, at en retsoverbevisning af en vis fasthed har sat sig igennem«.[12] Men sin generelle kritik retter Ross især mod betingelse (d), hvorefter handlemåden skal have været iagttaget i den overbevisning, at man var retligt forpligtet hertil.[13] Herom siger Ross, at følelsen af forpligtelse netop udgør det psykiske moment, der adskiller vaner fra sædvaner, og følgelig ikke kan anvendes som skelnemærke imellem sædvaner og retssædvaner. Vaner er de adfærdsformer som udvises, 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 denne forbindelse blot at tænke på adfærd som den at børste tænder efter hvert måltid eller at trække sit ur op, inden man går i seng om aftenen. Den form

11. *Ross,* a.s. s.110.

12. *Ross,* a.s. s.112-113. Selv en enkeltstående handling kan efter omstændighederne være tilstrækkelig til dannelsen af en retssædvane. I Dansk statsforfatningsret I (2. udg., 1966) s.119 hævder Ross således, at med systemskiftet i 1901 »var der skabt en ny retsopfattelse der ... havde forandret forfatningen og gjort parlamentarismen til sædvaneretlig bestanddel af denne«.
Se nu grundlovens § 15.

13. Som jeg har påvist i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1977 s.475 er det ingen ringere end A.S.Ørsted, der som den første i dansk teori hævder, at handlemåden skal være foretaget »i den Forestilling, at man dertil var forpligtet (*ex opinione obligationis*)«.

for vanemæssig adfærd, som vi føler os forpligtet til at udvise, kalder vi sædvaner. Til illustration af en typisk sædvane kan nævnes skikken, at man herhjemme møder 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 en følelse af forpligtelse, bliver den logiske konsekvens af denne erkendelse 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, der *ikke* er retligt reguleret, findes der nok sædvaner - jfr. eksemplet med den i Danmark gængse påklædning ved begravelser - men disse sædvaner kan aldrig antage karakter af retssædvaner. Hvis man tilslutter sig Ross' lære om retssædvaner - hvad jeg gør - må man acceptere, at inden for det område, som ikke er retligt reguleret, kan regeldannelse kun finde sted ved lovgivning og ved præjudikatsdannelse ud fra forholdets natur.

2.3. Ved en utrykt Østre Landsrets dom af 7. april 1981 (10. afd., a.s. nr. 48/1980) er det antaget, at en af Forenede Kreditforeninger anvendt metode, hvorefter der - i strid med tinglysningslovens § 40, stk.4, 2. pkt. - medregnes morarenter ved beregningen af prioritetskrav, har antaget karakter af en retssædvane. Ved denne afgørelse har retten lagt til grund, *at* denne fremgangsmåde i en lang periode har været almindeligt anvendt af alle realkreditinstitutter, *og 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«. Det bemærkes, at denne doms *resultat* er en underkendelse af Bentzons og Vinding Kruses teori om, at retssædvaner ikke har gyldighed *contra legem,* uden at dommens *begrundelse* ses at harmonere med Ross' udformning af sædvaneretslæren.[14]

---

14. Dommen er påanket til Højesteret, hvis afgørelse først kan forventes at foreligge i begyndelsen af 1983.

I et samfund som det danske - hvor næsten ethvert livsområde vil være lovreguleret eller på anden vis retligt reguleret - spiller sædvaneret en helt underordnet rolle. År efter år indgår stikordet »sædvane« 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 ingen trykte domme af nyere dato end den foran (i afsnit 2.1) refererede højesteretsdom af 17. juni 1904.

3. Forholdets natur

3.1. Om forholdets natur har *Stig Strömholm* (f.1931) engang sagt: »Ved første øjekast kunne det synes, som om påstanden, at en løsning »følger af forholdets natur«, indebærer et dræbende og endegyldigt argument. Man appellerer til alle oplyste tilhøreres indsigt i det selvindlysende. Men netop dette bevirker, at argumentet er spinkelt. Det, som ikke let kan modsiges, kan næppe heller bevises. Når udtrykket »forholdets natur« engang imellem dukker op i praktisk argumentation, kan man ofte ikke værge sig imod det indtryk, at der her er tale om et argument, som man tyr til, når alle andre glipper«.[15]

Retspositivismen anerkendte slet ikke forholdets natur som retskilde. »Om og om igen vil man afpresse »forholdets natur« en retsregel, som ikke eksisterer endnu«, tordner tyskeren Bergbohm, der af Stig Strömholm betegnes som »1800-talspositivismens ypperstepræst«.[16] Eftersom domstolene antoges alene at være retsanvendende, var dommeren henvist til udelukkende at

---

15. Citatet hidrører fra en promotionsforelæsning over emnet »Vad är sakens natur?«, holdt i Uppsala den 5. juni 1974 og trykt i JFT (Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland) 1974 s.221 ff. samt optrykt i Ideer och tillämpningar (1978) s.258 ff. Her gengivet i fri dansk oversættelse efter Rätt, rättskällor och rättstillämpning (1981) s.347-348.
16. JFT 1974 s.230, jfr. Ideer och tillämpningar s.266.

bygge på retskilderne love og retssædvaner *praeter legem*. Den praktiske konsekvens af dette krav måtte - som påpeget af bl.a. *Per Augdahl* (1889-1979) - uundgåeligt blive følgende: »Hvor der ingen hjemmel for et krav kunde påvises i det positivt givne - lov eller sedvanerett - var det ensbetydende med at kravet var uberettiget, og frifindelse måtte da bli følgen, uansett om dette resultat var rimelig og rettferdig eller ikke«.[17]

3.2. En helt anden stilling indtager retsrealismen til forholdets natur. Al den stund retsrealismen anerkender, at domstolene udover at være retsanvendende tillige - i vidt omfang - er retsskabende, nødsages man til at anerkende forholdets natur som retskilde. Efter retsrealismen er forholdets natur den retskilde, der legitimerer, at domstolene træffer afgørelser, hvori de går udover, hvad der har udtrykkelig hjemmel i love, retssædvaner eller præjudikater. Derimod »følger« der naturligvis aldrig andet af forholdets natur end det, som dommeren i det konkrete tilfælde *beslutter* skal følge af forholdets natur.

Ross er af den opfattelse, at forholdets natur eller kulturtraditionen først og fremmest får betydning derved, at den udgør den ånd, hvori dommeren læser og tyder loven. »Men den kan også virke som direkte »retskilde«, det vil sige være det grundstof der inspirerer dommeren til at formulere den regel der lægges til grund for hans afgørelse.[18]

Som allerede anført (i afsnit 1.2) tager *Stuer Lauridsen* skridtet fuldtud og hævder, at forholdets natur slet ikke er nogen retskilde, men at forholdets natur alene betegner »en måde at fortolke de øvrige retskilder på«.[19]

3.3. Som det fremgår af min artikel »Er forholdets natur en rets-

---

17. *Per Augdahl:* Rettskilder (3. utg., 1973) s.12.
18. *Ross,* a.s. s.118.
19. *Stuer Lauridsen,* a.s. s.374.

kilde?« besvarer jeg - for mit eget vedkommende - dette spørgsmål bekræftende, idet en analyse af velkendte domme fører mig til den konklusion, at der gives afgørelser, som *ikke* kan begrundes på tilfredsstillende måde med udgangspunkt i love, retssædvaner og præjudikater, ligegyldigt hvor megen flid og fortolkningskunst der lægges for dagen.[20]

Mine egne synspunkter på forholdets natur vil man finde fremsat i den nævnte artikel – herunder, at den sondring mellem et livsområde, der er retligt reguleret, og et, som ikke er det, der af Ross anlægges med henblik på retssædvaner, er akkurat lige så relevant, hvad forholdets natur angår. Det eneste, jeg har at føje til min tidligere givne fremstilling, er, at jeg ikke kan være enig med Stig Strömholm, når han hævder, at man nødsages til at anerkende forholdets natur som en selvstændig retskildefaktor, fordi domstolene nu engang ikke kan skyde »ett tvivelaktigt fall« fra sig ved at udtale et *non liquet*.[21] Som allerede anført frembød sådanne tvivlsomme tilfælde heller ikke noget problem for retspositivismen, idet manglende (positiv) hjemmel blot førte til frifindelse for det fremsatte krav.

4. Præjudikatet

4.1. I England har der udviklet sig en præjudikatlære – læren om *stare decisis*[22] – hvorefter tidligere domme udgør tungtvejende argumenter i retssager. *Ross* resumerer hovedpunkterne i den engelske doktrin således:

---

20. Ugeskrift for Retsvæsen 1981 B s.414 ff. (s.416).
21. *Stig Strömholm:* Rätt, rättskällor och rättstillämpning (1981) s. 348. Se hertil min anmeldelse af dette værk i Ugeskrift for Retsvæsen 1982 B s.269 ff. (s.272).
22. »Stare decisis et non quieta movere«, d.v.s. »Hold fast ved tidligere retsafgørelser og lad være med at lave om på fæstnet retsopfattelse«. Se om denne sætning *Ernst Andersen* i Ugeskrift for Retsvæsen 1955 B s.210 ff.

»(1) Hver domstol er bundet af overordnede domstoles afgørelser, og the House of Lords[23] og the Court of Appeal er bundet af egne afgørelser.

(2) Enhver relevant dom afsagt af en hvilken som helst domstol er et stærkt argument der har krav på at blive taget i betragtning med respekt.

(3) En dom er kun forbindende, for så vidt angår dens *ratio decidendi.*

(4) Et præjudikat forældes ikke, men meget gamle præjudikater vil som regel ikke være anvendelige på moderne forhold«.[24]

Som det fremgår af ovenstående sammenfatning er det altså ikke enhver bestanddel af en dom, der har præjudikatvirkning. For det første er det dommens præmisser - ikke dens konklusion - der i så henseende påkalder sig vor interesse. For det andet er ikke enhver udtalelse i præmisserne lige betydningsfuld. Der må nemlig sondres imellem dommens *ratio decidendi* og et eventuelt *obiter dictum.* Ved *ratio decidendi* forstås den almindelige retsregel, hvorpå dommeren må antages at have baseret sin afgørelse i den konkrete sag. Et *obiter dictum* betegner derimod en udtalelse vedrørende et retsspørgsmål, som ikke er nødvendig med henblik på afgørelsen af den foreliggende sag. Tidligere har danske domstole været meget tilbageholdende med at afgive sådanne udtalelser, men noget kunne tyde på, at Højesteret er i færd med at anlægge en anden stil. Et godt eksempel på et *obiter dictum* finder man i hvert fald i den i Ugeskrift for Retsvæsen 1982 s.24 ff. gengivne højesteretsdom, hvori det (s.29) hedder:

> Om statens modregningsret skal Højesteret efter den ved sagen givne anledning i øvrigt udtale:
>
> Ved Højesterets dom af 5. november 1954 (Ugeskrift for

---

23. House of Lords har i 1966 modificeret dette standpunkt, se herom *Ingeborg Wilberg* i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1967 s.390.
24. *Ross,* a.s. s.102.

Retsvæsen 1955 s.13) blev det fastslået, at staten i denne henseende må betragtes som en enhed. Denne dom har siden været afgørende for retstilstanden på dette område. Det kan dog - som anført i den retsvidenskabelige litteratur - under hensyn til den samfundsmæssige udvikling forekomme tvivlsomt, om standpunktet bør fastholdes fuldtud. Spørgsmålet om, i hvilket omfang statskassens interesser på dette område bør tilgodeses, er imidlertid - som tilfældet var ved ophævelsen af statens konkursprivilegium for skatter m.v. - i væsentlig grad af politisk art, og det må antages at frembyde betydelige problemer, hvorledes grænserne for statens modregningsret i givet fald skal drages. I alt fald giver den foreliggende sag ikke Højesteret grundlag for at foretage en sådan grænsedragning. Modregningsretten måtte derfor for så vidt anerkendes i denne sag.

Ifølge den engelske doktrin har en dom kun præjudikatvirkning, f.s.v. angår dens *ratio decidendi*. Tilsvarende virkning tilkommer der ikke et *obiter dictum*.

4.2. I dansk ret opstiller man ikke nogen tilsvarende ufravigelig regel om højesteretspræjudikaters afgørende betydning; men det turde på den anden side være hævet over enhver tvivl, at der tilkommer højesteretsdomme en vis præjudikatvirkning. De reale grunde, der ligger bag dette standpunkt, sammenfattes af en erfaren højesteretsdommer - *Victor Hansen* (1889-1974) - således:

> Retslivet har brug for ensartethed, således at man kan indrette sin handlemåde og være sikker på eller i hvert fald have stor sandsynlighed for at få den godkendt som juridisk rigtig i påkommende tilfælde. Advokaters rådgivning vil blive umuliggjort eller besværliggjort, hvis der ikke kan regnes med, at de linier, der er lagt fast i Højesterets domspraksis, også fremtidig normalt bliver fulgt.
>
> Hertil kommer, at ensartetheden virker procesbesparende

og skåner såvel borgerne som domstolene og derigennem samfundet for en lang række retssager om det samme emne.

Og endelig er ensartetheden af betydning for domstolenes omdømme. En tilstand, hvor ensartede sager snart afgøres på den ene, snart på den anden måde, vil ikke blot skabe en følelse af forurettelse hos dem, hvem den nye kurs går ud over, men vil også i almindelighed svække tilliden til og respekten for domstolene. Til borgernes begreb om retfærdighed hører utvivlsomt - og med god grund - som en dybt rodfæstet bestanddel den ligelige behandling af ensartede tilfælde.[25]

Men disse reale grunde fører 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 afvejelse 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 afvejelse udtaler Victor Hansen, »at Højesteret føler sig frit stillet, selvom man i reglen tager som udgangspunkt, at et klart præjudikat bør følges, uanset den enkelte dommers personlige opfattelse«.[26]

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

4.3. I forhold til retssædvaner og forholdets natur indtager præjudikater en særstilling i retskildelæren. Denne særstilling beror på, at i og med det ved dom anerkendes, at en retssædvane eller forholdets natur afgiver den fornødne hjemmel for en bestemt retsregel, får den pågældende regel automatisk status af præjudikat.

---

25. *Victor Hansen:* Retsplejen ved Højesteret (1959) s.204-205.
26. *Victor Hansen,* a.s. s.206.

Ingen vil herefter hævde, at reglen har hjemmel i sædvaneret eller i forholdets natur.

5. Retskildelærens centrale og pinagtige problem

Ross lægger betydelig vægt på at betone, at retskildelæren som al anden lære om gældende ret er norm-deskriptiv, ikke norm-expressiv, en lære *om* normer, ikke *i* normer.[27]

Ifølge Ross består »retskildelærens centrale og pinagtige problem« i følgende: »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«.[28]

En sådan *circulus vitiosus* turde faktisk være den uundgåelige konsekvens af at opfatte retskildelærens meta-normer som retspligter. Men Ross' udgangspunkt er formentlig også forkert. Vel er det umiddelbart indlysende, at man ved at lade hånt om disse meta-normer ikke udsætter sig for retlige sanktioner af nogen art. Men på den anden side forekommer det mig akkurat lige så indlysende, 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 videnskabs*etik*.

For »en rettroende rossianer« er dette standpunkt imidlertid uacceptabelt, al den stund det indebærer den for Ross uantagelige

---

27. *Ross*, a.s. s.91.
28. *Ross* i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1974 s.331-332.

konsekvens, at retskildelæren opløser sig i moralfilosofi, og dens indhold bliver »en samvittighedssag«.[29] Ikke destomindre forekommer denne anskuelse mig at udgøre det eneste tænkelige alternativ til Ross' opfattelse.

---

29. *Ross*, a.s. s.124.

Om begrebet 'gældende ret' hos Alf Ross

Den følgende redegørelse for, hvordan Ross opfatter begrebet 'gældende ret', er baseret på fremstillingen i *Om ret og retfærdighed (1953),* hvor han i de to indledende kapitler bl.a. beskæftiger sig med gældebegrebet.

Allerede af forordet til bogen fremgår det med al ønskelig tydelighed, at Ross' program går ud på at tolke begrebet om rettens *gælden* »i udtryk af sociale kendsgerninger«. Forfatteren gør front imod såvel *naturret* som *Kelsens rene retslære,* idet han på samme tid afviser både »tanken om en specifik »gyldighed« af apriorisk natur« og »tanken om en specifik normativ bør-være-erkendelse«. Som etiket for en på denne vis afgrænset retsfilosofi vælger Ross *den realistiske retslære.*

Indledningsvis påpeger Ross »den radikale forskelligartethed af lovens og retsvidenskabens sætninger«. Lovens sætninger er at opfatte som *direktiver,* d.v.s. 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,* d.v.s. ytringer med repræsentativ mening. Eller udtrykt på en anden måde: retsvidenskabens sætninger er teoretiske udsagn, der enten er sande eller falske.

Begrebet 'gældende ret' anvendes 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.*

Ifølge Ross er retten på samme tid såvel idé 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 tydningsskema, gør det muligt at forstå retsfænomenerne (retslivet) som en meningsfuld sammenhæng af retshandlinger og indenfor visse grænser at forudsige retslivets forløb«. Retsnormerne har således ingen selvstændig eksistens, men tjener alene som et *tydningsskema,* 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, d.v.s. 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 (= eksternt følges), fordi det opleves som socialt forbindende (= internt accepteres), bliver direktivet

til en *norm,* der kan fungere som tydningsskema i den ovenfor omtalte forstand.

Hvordan forestiller Ross sig nu, at de retsvidenskabelige påstande kan gøres til genstand for efterprøvelse? På dette punkt i fremstillingen skelner han imellem (1) efterprøvelse af retsvidenskabelige sætninger vedrørende forholdsnormer og (2) efterprøvelse af retsvidenskabelige sætninger vedrørende kompetencenormer.

(1) 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 (d.v.s. 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 afgørelsen. 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, behæftet med adskillige usikkerheder. For det andet fremhæver han, at forudsigelsen (prognosen) ikke går på afgørelsen, men udelukkende på, at forholdsnormen vil indgå som integrerende bestanddel af dommerens beslutningsgrundlag, idet en anden forholdsnorm efter omstændighederne meget vel kan blive udslaggivende for sagens udfald.

(2) Hvad *kompetencenormer* angår, er det mere kompliceret at

lade disse indgå som elementer i det ovenfor beskrevne tankeeksperiment. Ross opfatter kompetencenormerne som indirekte udtrykte forholdsnormer, d.v.s. 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 retskarakter.

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 dansk ret, uden reel interesse, 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 fremtidige retsafgørelser ... På den anden side virker

de med samme moralsk-ideologiske kraft som ellers knytter sig til gældende rets regler«.

Af foranstående redegørelse 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 en sådan opfattelse er, at retsbevidstheden er et individual-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 gældebegrebet anser Ross for udelukket, al den stund det er umuligt at forudsige dommeres 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 synsmåder.

Ovenfor har jeg tilstræbt at give et pålideligt resumé af, hvad der ligger i Ross' på en gang enkle og komplicerede teori om begrebet 'gældende ret'. Prognoseteorien opleves som enkel, når man læser Ross' egen engagerede fremstilling. Hvor kompliceret den i virkeligheden er, går først rigtigt op for en, når man selv forsøger at formulere den.

Afslutningsvis kan jeg dog ikke afholde mig fra at påpege, at der for mig at se består et svælg imellem Ross' programerklæring – at ville tolke begrebet om rettens gælden i udtryk af sociale kendsgerninger – og hans prognoseteori, hvori der i tankeeksperimentets form opereres med en imaginær dommer, som skal tage stilling til et hypotetisk retstilfælde. Men det er jo den pris, der må betales, når man som Ross insisterer på, at spørgsmålet om, hvad der er gældende ret, aldrig går på noget historisk, men »altid på den fremtid der åbner sig, idet nupunktet forskyder sig fremad i tiden«.

Anvendte forkortelser:

JFT = Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
NTfS = Nordisk Tidsskrift for Strafferet
Rt. = Norsk Retstidende
TfR = Tidsskrift for Rettsvitenskap
UfR = Ugeskrift for Retsvæsen

Billedet på omslaget er malet af Nicolaj Abildgaard og forestiller Retfærdigheden. Det tilhører Statens Museum for Kunst.