

## U.2013B.1

*Almindelige emner 1.9 og 9***Hvad er en retskilde?**

*Først opstilles syv selvfølgerlige krav, som enhver definition af begrebet retskilde skal tilfredsstillere. Ingen af de mange definitioner af begrebet i dansk retsteori opfylder dem alle. Dernæst formuleres en ny definition, som gør. Den henser til retskildebegrebets formål, som er at gøre det muligt at sondre mellem ret og moral som midler til styring af adfærd og mellem rigtige og forkerte (hjemlede og uhjemlede) domme og forvaltningsafgørelser. Den nye definition tager udgangspunkt i den kendsgerning, at kvaliteten af en dom eller forvaltningsafgørelse ikke beror på dens tilblivelse men på dens begrundelse. Til illustration af definitionen drøftes spørgsmålet, om den juridiske teori er en retskilde. Spørgsmålet besvares benægtende.*

*Af fhv. advokat (H), dr.phil. Jens Ravnkilde*

**1. Skandalen**

Retsdogmatikkens opgave er at fastlægge indholdet af gældende ret. Det er en definitionssandhed, at gældende ret er produceret af retskilderne, hvorfor uklarhed om retskildernes art og antal kan føre til uvished om, hvad der er gældende ret: en hvilken som helst fantasi derom kan begrundes ved henvisning til en retskilde, som er opfundet til lejligheden. Det følger, at en aktivitet, som fortjener navnet retsdogmatisk forskning, må forankres i en definition af retskildebegrebet, som gør det muligt en gang for alle at fastslå, hvad der på et givet tidspunkt er en given retsforfatnings retskilder. Det er en intellektuel skandale, at en sådan definition ikke for længst er tilvejebragt. Fraværet reducerer retsdogmatikken til en kolos på lerfodder.

Forsøgene på at definere retskildebegrebet i dansk og nordisk retsteori er endt uden resultat, fordi der ikke har været tilstrækkelig bevidsthed om en række elementære og indiskutable krav, som må stilles til en sådan definition. Som det vil fremgå, er kravene ikke specifikke for definitionen af retskildebegrebet eller for retsdogmatisk forskning men gælder tværtimod for enhver form for rationel tænkning, hvorfor de må anerkendes af enhver retsdogmatisk forsker uanset den pågældendes synspunkter om retskildebegrebet, juridisk metode og retsfilosofi i det hele taget. Når kravene er forstået, har vi for hånden en metode til af-testning af de forskellige foreliggende definitionsforslag og et grundlag for formuleringen af et bæredygtigt alternativ.

**2. Syv krav til en definition af retskildebegrebet**

En definition skal for det første respektere banaliteten, at retskilder producerer gældende ret. Dette beror på, at der i modsat fald ikke er grundlag for at påstå, at det overhovedet er retskildebegrebet, som defineres.[1] En definition, som ikke tilgodeser dette krav, skyldes *Preben Stuer Lauridsen*, som udtaler, at »... retskilderne er en betegnelse for reglerne eller normerne for korrekt retsdogmatisk beskrivelse, og retskildelæren er en lære om disse regler eller normers nærmere indhold.«[2] Imidlertid kan gældende ret ikke være produceret af regler for korrekte beskrivelser af gældende ret, lige så lidt som en elefant kan være frembragt af regler for korrekte beskrivelser af elefanter. Reglerne for korrekt retsdogmatisk beskrivelse indgår i juridisk metode, og den citerede passage definerer i virkeligheden dette begreb og ikke begrebet retskilde eller retskildelære. *Henrik Zahle* udtaler, at »... ved retskilder forstås ... i almindelighed argumenter, der er egnede til at fungere som begrundelse for, hvad der er gældende ret.«[3] Tilsvarende definerer *Peter Blume* retskilder som »... normative argumenter, der er egnede til at indgå i en begrundelse for, hvad der er gældende ret på et bestemt område.«[4] Argumenter kan uden tvivl være egnede til at

indgå i en begrundelse for, hvad der er gældende ret. Dette vil nemlig være tilfældet, hvis argumenterne henviser til retskilderne. Forholdet gør imidlertid ikke argumenterne selv til retskilder. Juridisk argumentation frembringer ikke retsregler men

**2** belyser deres indhold, ligesom astrofysisk argumentation ikke frembringer solpletter men analyserer deres årsager og konsekvenser. Tilsvarende giver det mening at spørge, om f.eks. folkekirken er en retskilde, mens det er uden mening at hævde, at folkekirken er et argument.

Et yderligere krav går ud på, at definitionen skal føje noget til truismen, at retskilder er kilder til gældende ret. Visse definitioner tager med rette udgangspunkt i truismen, men svigter ved ikke at bestå af andet. Således definerede *Bentzon* retskilderne som »kendsgerninger, der oplyser om, hvad der er retsreglen i hvert enkelt tilfælde.«[5] Ifølge *W.E. v. Eyben* er retskilderne »faktorer, der danner grundlag for formulering af retsregler.«[6] *Thorstein Eckhoff* udtaler, at der i retskildelæren gøres rede for, hvad man bygger på og hvordan man ræsonnerer, når man tager standpunkt til, hvilke regler, der gælder, og hvilket indhold de har. Dette er det nærmeste, *Eckhoff* kommer til en definition af retskildebegrebet.[7] Det fremgår, at han ved retskilder forstår det, som man bygger på, når man tager stilling til indholdet af gældende ret. Tilsvarende udtaler *Ruth Nielsen*, at »retskildelæren angiver, hvilket kildemateriale der er relevant for at fastslå, hvad der er gældende ret,«[8] hvoraf følger, at hun ved retskilder forstår det materiale, som er relevant for at fastslå, hvad der er gældende ret. Disse definitioner svarer til en definition af »kernefri appelsiner« som »appelsiner uden kerner«. At en sådan definition er uden værdi fremgår af det forhold, at den kan bringes på bane af en person, der ikke ved, hvad »appelsin« eller »kerne« betyder, blot han er klar over, at »fri« i sammensatte adjektiver på dansk betyder »uden«, dvs. at »X-fri« betyder »uden X«. Tilsvarende kan en udlænding med rudimentært kendskab til dansk omformulere »ostehøvl« som »høvl til ost« uden at vide, hvad »ost« eller »høvl« betyder, eller omforme »retskilde« til »kilde til ret« og samtidig mene, at retskilder er drikkevandsfontæner opstillet i retsbygningerne. Et barn, der spørger sin far, hvad en solformørkelse er, bliver ikke klogere, hvis svaret lyder, at det er en formørkelse af solen.

Et tredje krav går ud på, at definitionen ikke må gøre brug af begreber, der er lige så gådefulde som begrebet retskilde selv. Dette skyldes naturligvis, at en sådan definition ikke løser men blot ændrer problemet. Efter at have sat os ind i definitionen er vi stadig forvirrede, blot om noget andet. *Fr. Vinding Kruse* forstod ved de »formelle« retskilder »de offentlige viljeserklæringer, der stifter, forandrer eller ophæver rettigheder, [altså] love, anordninger, domme og lign.«[9] Vi er ikke

kommet meget videre, før vi får at vide, hvad der menes med en offentlig viljeserklæring. *Kn. Illums* definition lyder, at retskilderne først og fremmest er »udtryk for de forskellige fremtrædelsesformer, hvorunder retsforskrifter fæstnes i retsoverleveringen på en måde, der muliggør tilegnelsen af deres indhold.« [10] Dette er kun en hjælp, hvis vi oplyses om, hvad det vil sige at være udtryk for en fremtrædelsesform. F.eks. er det uklart, om de uskrevne retskilder - retssædvaner og forholdets natur - har en fremtrædelsesform, hvori denne i givet fald består, og hvordan den udtrykkes.

Det fjerde krav går ud på, at definitionen skal gøre det muligt at fastslå, *hvad* der er retskilder. Definitionen specificerer begrebets meningsindhold, og specificationen bør som minimum vejlede om, hvordan man fastlægger begrebets omfang, altså fastslår, om et givet fænomen - f.eks. økonomisk effektivitet - er en retskilde eller ej. Dette beror på, at definitionen i modsat fald er ufrugtbar: den vil være uden værdi for retsforskningen og det praktiske retsliv, fordi den efterlader det som et kontroversielt spørgsmål, hvilke retskilder man skal anerkende, hvis man godtager den pågældende definition. Teoretikere og praktikere vil derfor ikke være bedre stillet, end hvis definitionen aldrig havde set dagens lys. Ingen af de i nærværende fremstilling citerede definitioner tilgodeser dette fjerde krav. Således lader f.eks. den truistiske definition, at retskilder er kilder til gældende ret, os i stikken med hensyn til, om højesteretsdommeres samvittighed er en retskilde, ligesom definitionen af retskilder som argumenter, der er egnede til at lede til en fastlæggelse af gældende ret, ingen ledetråd yder med hensyn til identifikationen af de argumenter, der besidder denne evne. *Sv. Gram Jensen* definerer retskilder som »indbegrebet af de faktorer, som enhver - der ønsker at tage stilling til retlige spørgsmål på kvalificeret vis - skal eller kan tage i betragtning, forinden den pågældende træffer sin afgørelse.« [11] Definitionen efterlader os uden ide om, hvordan vi skal bære os ad med at fastslå, om penge er en retskilde i dansk ret eller imamer udgør en retskilde i Iran.

### 3

*Alf Ross* definerede retskilder som »indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse.« [12] Tilsvarende udtaler *Morten Wegener*: »Ved retskilder forstås . . . samtlige faktorer, som i forbindelse med afgørelsen af konkrete retsspørgsmål øver indflydelse på de retsanvendende myndigheder ved disses valg og/eller formulering af den for afgørelsen relevante retsregel.« [13] Denne definition gør det umuligt at fastslå, hvad der er retskilder, eftersom end ikke den pågældende dommer selv kan identificere de omtalte faktorer med sikkerhed.

*Preben Stuer Lauridsen* udtaler, at »de sædvanligt anerkendte retskilder indeholder . . . retsvidenskabens kildemateriale, og retskildelæren er læren om reglerne for dette materiales udfinding og anvendelse.« [14] Vi henvises således til at studere den juridiske litteratur og fastslå, hvad der er forfatterens kildemateriale, altså hvad de opfatter som dokumentation for deres synspunkter om gældende ret. Man kunne mene, at denne definition yder vejledning om, hvordan man skal identificere retskilderne. Indtrykket er imidlertid misvisende, eftersom forfatterne ofte har forskellige opfattelser af retskildernes art og antal. [15] Hvis en teoretiker hævder og en anden bestrider, at retsfølelsen er en retskilde i nugældende dansk ret, må en af dem nødvendigvis have ret, men definitionen hjælper os ikke til at konstatere hvilken. Ifølge *Mads Bryde Andersen* er en retskilde »den præmis i en konklusion om gældende ret, som foreligger i autoritativ form . . .« [16] En redegørelse for den autoritative form er nødvendig, hvis definitionen skal hjælpe os til at identificere retskilderne.

Et femte krav går ud på, at definitionen skal rubricere de fænomener som retskilder, som der er enighed eller dog overvejende enighed om at opfatte sådan. En definition er uden videre forkert, hvis den fejlrubricerer ukontroversielle eksempler. Grunden er også her, at der i modsat fald ikke er holdepunkter for at påstå, at det er retskildebegrebet,

som defineres. En definition skal forankres i de ukontroversielle eksempler (f.eks. lovgivning) og på den baggrund yde en begrundet frugtbar stillingtagen til de kontroversielle (f.eks. retsfølelsen). Blandt danske jurister råder altovervejende enighed om, at lovgivning, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur skal regnes for retskilder, og at barometertrykket, blodtrykket og skatte trykket ikke skal. *Ross'* allerede omtalte definition gør - hvilket *Ross* erkendte [17] - dommerens aversion mod dit eller forkærlighed for dat til mulige retskilder, eftersom det er tænkeligt, at disse faktorer i en eller anden udstrækning øver indflydelse på hans formulering af de retsregler, hvorpå han baserer sine afgørelser. F.eks. kan det tænkes, at en modvilje mod velhavere udløser det fejlsyn, at dansk skatteret indeholder en almindelig grundsatning om, at enhver fortolkningstvivl skal afgøres til fordel for statskassen. Et yderligere eksempel på en definition, der gør stort set hvad som helst til en retskilde, er *Peter Blumes*: »Retskilder er information, der kan eller skal tages i betragtning i forbindelse med juridiske dispositioner.« [18] En juridisk disposition er f.eks. indgåelse af en købsaftale. I forbindelse dermed kan sælger overveje, om køber er god for pengene. Han undersøger sagen og finder ud af, at svaret er ja. Denne information er ikke en retskilde. Ifølge *Aleksander Peczenik* er retskilder de tekster, som kan påberåbes som juridiske autoritetsgrunde, og som skal, bør eller i det mindste kan anføres eller forudsættes i juridisk argumentation. [19] Denne definition er for snæver, eftersom retssædvaner og forholdets natur ikke udmøntes i tekster. *Preben Stuer Lauridsens* definition medfører, at juridisk metode er den eneste retskilde. Faktisk er alle andre danske jurister enige om, at der findes adskillige, og at juridisk metode ikke er blandt dem. Definitionen er derfor på en og samme tid for bred og for snæver. *Sv. Gram Jensens* definition er for snæver ved at indebære, at forholdets natur ikke er en retskilde. Han fremhæver med rette, at forvaltningen hverken kan eller skal tage forholdets natur i betragtning, eftersom dette ville stride mod princippet om lovmæssig forvaltning. [20] Det følger, at kravet om, at *alle*, der ønsker at tage stilling til et retligt spørgsmål på kvalificeret vis, skal eller kan tage faktoren i betragtning, ikke er opfyldt. Denne vanskelighed imødegår *Gram Jensen* ved at beskrive forholdets natur som en uegentlig retskilde. [21] Dette fjerner imidlertid ikke vanskeligheden. Påstanden, at alle svaner er hvide, kan ikke reddes fra modeksempler i form af sorte svaner ved at udråbe sorte svaner til at være uegentlige. Dette er ikke mindst tydeligt, så længe det ikke forklares, hvad der menes med uegentlig. Er en kuglepen en uegentlig blyant? Er der forskel på at hævde, at en hund er en uegentlig kat, og at en kat er en uegentlig hund? *Fr. Vinding Kruses* definition, hvorefter (formelle) retskilder er offentlige viljeserklæringer, er ligeledes for

### 4

snæver, eftersom forholdets natur umuligt kan være en viljeserklæring, og det er vanskeligt at se det offentlige ved retssædvaner.

Det sjette krav er det helt selvfølgelig, at definitionen ikke må være cirkulær. *Preben Stuer Lauridsens* definition opfylder ikke dette krav, eftersom den i realiteten beløber sig til at definere retskilder som det, retsdogmatikere opfatter som retskilder, hvilket svarer til at definere heste som det, zoologer opfatter som heste. *Aleksander Peczeniks* definition gør brug af begreberne juridisk autoritetsgrund og juridisk argumentation, som ikke lader sig definere uden brug af begrebet retskilde: således er det eneste grundlag for at holde H.C. Andersens eventyr ude af kredsen af juridiske autoritetsgrunde den, at H.C. Andersen ikke er en retskilde. *Kn. Illum* og *Mads Bryde Andersen* må forklare, hvordan de vil definere begrebet retsforskrift, henholdsvis autoritativ form, uden at gøre brug af retskildebegrebet. *Sv. Gram Jensens* definition fastslår, at kun de faktorer har betydning for identifikationen af retskilderne, som man kan eller skal tage i betragtning, hvis man vil udtale sig om gældende ret på kvalificeret vis. Dette svarer til at definere kulstof som det, man kan eller skal tage i betragtning, hvis man vil udtale sig om organisk kemi på kvalificeret vis. Forskellen på kva-

licerede og ukvalificerede udtalelser om gældende ret kan kun bero på, at de kvalificerede bygger på viden om retskilderne. Definitionen beløber sig derfor til, at retskilder er det, som man kan eller skal tage i betragtning, hvis man vil udtale sig om gældende ret på grundlag af kendskab til retskilderne. Dette svarer til at definere kulstof som det, man kan eller skal tage i betragtning, hvis man vil udtale sig om organisk kemi på grundlag af kendskab til kulstof.

Det syvende og sidste krav adskiller sig fra de seks allerede nævnte ved at henvise til et nærmere bestemt synspunkt om retskilderne, som de fleste men ikke alle retsforskere vil tiltræde. Kravet må følgelig tillægges mindre vægt end de seks andre. Dette syvende krav går ud på, at definitionen skal tage højde for retskildebegrebets relativitet, dvs. den kendsgerning, eller formodede kendsgerning, at retskilderne kan variere over tid og sted. Hvad der er retskilder i Danmark behøver ikke at være retskilder i Bukina Faso, og hvad der var retskilder i Danmark på enevældens tid er ikke nødvendigvis retskilder her i landet i dag. Imidlertid anerkender en naturretstænkning ikke, at der er tale om en kendsgerning, idet han i stedet mener, at visse uforanderlige moralprincipper er den eneste retskilde, som til forskellige tider og på forskellige steder omsættes til konkret virkelighed med varierende grader af succes. Kravet rammer således kun den, som forkaster naturretten. Ingen af de ovenfor citerede definitioner opfylder med sikkerhed kravet. Således lader en definition, der efterlader tvivl om retskildernes art og antal, det henstå som et åbent spørgsmål, hvorvidt retskilderne kan variere over tid og sted. Det samme gælder klart nok f.eks. de truistiske og cirkulære definitioner. Detaljerne udelades.

Et ottende krav skal omtales men kan ikke drøftes nærmere, da det vil falde uden for rammerne af nærværende artikel. Eftersom retskilder er regelproducenter, hvis produkter er gældende ret, skal en definition af retskildebegrebet stemme med en definition af gældebegrebet, hvorfor retskildebegrebet ikke er belyst, før man også forstår gældebegrebet. Samtidig må det - hvad man end forstår ved en gældende retsregel - være klart, at en retsregel, som indgår i gældende ret, er *frembragt*, hvilket kun kan betyde produceret af en retskilde. Det er derfor udelukket at analysere gældebegrebet uden at supplere med en analyse af retskildebegrebet. At to vanskelige problemer således skal løses samtidig gør selvsagt ikke nogen af opgaverne lettere. Problemet intensiveres af, at en retsteoretisk analyse af gældebegrebet forudsætter en afklaring af forskellen på retsregler og andre regler.[22]

Det skal gentages, at de seks først anførte krav til en definition af retskildebegrebet følger af almindelige principper for anvendelsen af definitioner i dagligdagen såvel som i forbindelse med videnskabelig forskning. At forlange af en definition af retskildebegrebet, at den tilfredsstillende de seks krav, er derfor neutralt i den forstand, at man ikke derved tager stilling til noget som helst retsdogmatisk spørgsmål vedrørende retskilderne eller retsfilosofisk spørgsmål vedrørende begrebet retskilde. De seks krav kan således opfyldes af de mest forskelligartede definitioner deraf, som indgår i de mest varierede - herunder helt outerede - synspunkter om juridisk metode og retsfilosofi. Som eksempel kan nævnes, at det forhold, at jeg ovenfor har forfægtet kravene, ikke tillader nogen som helst konklusion med hensyn til, om jeg er tilhænger eller modstander af, eller indifferent over for, strømninger såsom retspositivisme, retsøkonomi, hård jura, blød jura, maoistisk jura eller transcendentalthermeneutisk retsforskning. Af samme grund er den eneste konsekvens, der kan udledes af de defekter, som de kritiserede definitioner lider under, den konsekvens, at de er ubrugelige, uanset hvilket retsdogmatisk eller retsfilosofisk projekt, de indgår i. Projekterne selv er meget muligt bæredygtige, så snart den involverede retskilde-definition erstattes af en, som tilfredsstillende kravene.

### 3. Konventionalisme er ingen udvej

Enkelte forfattere har reageret på vanskelighederne forbundet med at definere begrebet retskilde ved at lægge sig fast på en konventionalistisk opfattelse, hvorefter det

#### 5

er vilkårligt, hvad man udnævner til retskilder. Således udtaler Sv. Gram Jensen, at begrænsningen til lovgivning, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur ». . . 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.«[23] Dette rejser spørgsmålet, hvad der da er til hinder for at anse Marx' Det kommunistiske Manifest for en retskilde i dansk ret. Hvorfor er det forkert at hævde, at dette værk *kan* anses for at skulle inddrages i enhver fagligt forsvarlig stillingtagen til retsspørgsmål?[24] Den konventionalistiske opfattelse er ligeledes blevet kombineret med Ross' opfattelse, hvorefter retskilder er hvad som helst, der påvirker en dommers retsforståelse. Dommeren påvirkes både af lovgivning og måske også af en aversion mod fynboer, og det konventionalistiske standpunkt går ud på, at det er konventionelt bestemt, at vi kalder førstnævnte en retskilde men ikke sidstnævnte; det kunne lige så godt være omvendt. Indtager man dette standpunkt, fritages man for at præcisere, hvilke kausalfaktorer, der udgør retskilder, og skal ikke længere forklare, hvorfor netop disse har denne særlige status. Således anser Peter Blume i tilslutning til Augdahl det for at være et »principielt rigtigt« synspunkt, at det i sidste ende ». . . er et terminologisk spørgsmål, hvad man kalder en retskilde. Det afgørende må være, hvad der rent faktisk motiverer domstolene.«[25]

Opfattelsen er uholdbar. Det er et konventionelt anliggende, at vi holder til højre i trafikken; det gør ingen forskel at holde til venstre, blot alle gør det samme. Valget mellem de to muligheder kan lovgivningsmagten derfor på rationelt grundlag træffe med et slag af en mønt. Ingen kan med fornuft hævde, at det på samme måde er et konventionelt anliggende, hvad der skal regnes for retskilder. Eftersom gældende ret er frembragt af retskilder, medfører synspunktet, at det ligeledes er vilkårligt, hvad vi anser for gældende ret, og at det er en smagssag, om man under jurastudiet sætter kræfterne ind på at studere lovgivning og retspraksis, m.v. eller bruger tiden på at gisne om dommerstandens aversion mod dit og forkærlighed for dat. Som det fremgår umiddelbart nedenfor, udmønter retskilderne et krav om, at judicielle afgørelser skal have en hjemmel. Forskellen på retmæssige og uretmæssige (hjemlede og uhjemlede) domstolsafgørelser er ikke et spørgsmål om blot og bar sprogbrug. Valget af retskilder i et givet samfund afspejler dets politiske ideologi, og der er ikke tale om en rent terminologisk sondring, når vi skelner mellem et samfund, hvor en tyrans dekret er retskilder, og et samfund, hvor retskilderne består af lovgivning frembragt af personer med demokratisk mandat og præjudikater udformet af uafhængige domstole.

### 4. Retskildebegrebet defineret

Det er nødvendigt med en frisk start. For at fastslå hvilken kan vi spørge, hvad der er retskildebegrebets funktion. Hvad bruger vi begrebet til; hvilke aspekter af retslivet skal vi abstrahere fra, før retskildebegrebet bliver overflødig eller meningsløst? Svaret afhænger af den forudsatte grundholdning til retsdogmatikken.

For en naturretsjurist er den eneste kilde til ret et eller flere objektive moralske principper, som forklarer, hvad der er ret, og hvad der er uret. Retsdogmatikkens opgave anses for at være den at holde den positive eller satte ret op mod disse principper med det formål for øje at godkende eller forkaste den alt efter den udstrækning, i hvilken den implementerer moralprincipperne. Ingen naturretstænkning har nogensinde dokumenteret, at der gives moralske kendsgerninger, og hvad de i be-

kræftende fald går ud på. De principper, der gennem århundrederne har været fremført som de eneste rigtige, har da også været meget forskelligartede og herunder varieret politisk fra ekstrem liberalisme til leflen for den totalitære samfundsopfattelse. Naturretstænkere manifesterer sjældent nogen bevidsthed om, at deres hovedfjende i samme udstrækning ikke er retsfilosoffer, der - som f.eks. *Ross* i nordisk retsfilosofi - helt forkaster naturretstænkningen, men derimod andre naturretsfilosoffer med afvigende synspunkter om indholdet af de objektive moralprincipper. At naturretstænkningens virkelige formål er at fremme den pågældende forfatters egne moralske og politiske værdier kommer for en dag i kraft af den kendsgerning, at ingen naturretstænkere gennem to tusind år nogensinde har kundgjort, at hans undersøgelser af den moralske stjernehimmel har afsløret, at de evigtgyldige moralsandheder er af et indhold, som han finder forkastelig.

For en videnskabeligt arbejdende retsdogmatiker har retskildebegrebet to funktioner. Den første er at gøre det muligt at indkredse retsdogmatikkens genstand i kraft af en sondring mellem på den ene side ret og på den anden side moral og etikette som instrumenter til styring af adfærd. De tre regelsæt har til fælles, at man fastslår overtrædelser af en given regel ved at henføre nogle faktiske

## 6

omstændigheder under reglens faktumbeskrivelse, hvorefter sanktionen udløses. Forskellen mellem retsregler og de to andre regelsæt består deri, at de særegent retlige sanktioner, f.eks. bøde eller fængsel, til forskel fra blot og bar moralsk bebrejdelse, social udstødning, osv., kun kan iværksættes, dersom dette følger af en retsregel; og det gælder *per definition*, at en regel kun er en retsregel, hvis den er frembragt af en retskilde. Retskildebegrebet tjener således i første række til at sondre en retlig orden fra andre former for adfærdstyring ved for førstnævntes vedkommende at opstille et krav om hjemmel produceret af en retskilde for sanktioner i anledning af overtrædelser af reglerne.[26]

Retskildebegrebets anden hovedfunktion kan vi blotlægge ved at overveje de to grundlæggende krav, der stilles til en doms begrundelse.[27] Hvis begge kravene er opfyldt, er dommen rigtig; hvis ikke, er den forkert, i hvert fald i begrundelsen. Der er tale om et logisk og et retligt krav.

Det logiske krav går ud på, at domspræmisserne skal indeholde et argument, hvis konklusion (a) svarer til domskonklusionen og (b) følger logisk af præmisserne,[28] som (c) alle sammen er sande. Kun hvis alle tre betingelser (a)-(c) er til stede, udgør ræsonnementet et bevis for konklusionen. Sådanne ræsonnementer kaldes tvingende. Stort set alle danske domme opfylder dette krav, som en dommer vil beskrive som den selvfølghelighed, at domspræmisserne skal begrunde domskonklusionen.[29]

*Preben Stuer Lauridsen* mener, at betingelse (b) aldrig er opfyldt. Efter hans opfattelse følger konklusionen i en dom aldrig af præmisserne, idet præmisserne indeholder »et direktiv, dvs. en sætning i præskriptiv form«.[30] Dette er en misforståelse. Et ræsonnement kan godt være logisk gyldigt, selvom en af præmisserne indeholder et direktiv; dette kræver blot, at konklusionen også gør det. Hans eksempel er »Tyveri er strafbart; Hansen har begået tyveri; ergo skal Hansen straffes.« Dette kan gengives som: »For alle x, hvis x har begået tyveri, da bør x straffes; Hansen har begået tyveri; ergo bør Hansen straffes.« Dette ræsonnement er logisk gyldigt.[31] At en præmis udtrykker en norm (dvs. vedrører, hvad der *bør* eller *skal* ske i situationer af en nærmere angiven karakter), er således uden betydning for argumentets logiske gyldighed, naturligvis forudsat, at konklusionen ligeledes har normativ (præskriptiv) karakter. Denne betingelse er opfyldt i eksemplet.[32] Man kan fjerne det præskriptive element under bevarelse af ræsonnementets logiske gyldighed, blot modifikationen finder sted både i den normative præmis og i konklusionen. Herefter lyder ræsonnementet f.eks. som følger: »Følgende er gældende dansk ret: for alle x, hvis x har begået tyveri, da bør x straffes. Hansen har begået tyveri;

ergo er følgende gældende dansk ret: Hansen bør straffes.« Dette ræsonnement er naturligvis logisk gyldigt og illustrerer den logiske struktur i enhver dom.[33]

Det retlige krav går ud på, at domspræmisserne skal indeholde et ræsonnement, der angiver en hjemmel for resultatet ved at henføre sagens faktum under en regel, der er produceret af en regelproducent, hvis produkter tillades påberåbt som hjemmel for judicielle afgørelser. Sådanne blåstemplede regelproducenter kalder vi retskilder. Det retlige krav til en domsbegrundelse går med andre ord ud på, at den påberåbte hjemmel skal være en regel, som er frembragt af en retskilde. Retskildebegrebets anden hovedfunktion er at gøre det muligt at formulere dette krav. En definition af retskildebegrebet, der ikke indfanger denne funktion, er uden værdi. Vi kan i stedet tale om, at begrebet skal muliggøre sondringen mellem hjemlede og uhjemlede domme, hvilket - hvis vi et øjeblik ser bort fra, at en dom kan være forkert grundet en misforståelse af faktum - svarer til sondringen mellem rigtige og forkerte domme. Udsagnet, at lovgivning er en retskilde i gældende dansk ret, er ensbetydende med påstanden, at det er tilladt for danske dommere at begrunde deres afgørelser med henvisning til love som hjemmel. Påstanden, at scientology ikke er en retskilde, er tilsvarende ensbetydende med udsagnet, at begrundelserne ikke som hjemmel må henvises til *L. Ron Hubbards* publikationer. På denne baggrund foreslår jeg følgende definition:

*En given retsforfatnings retskilder på et givet tidspunkt er de regelproducenter, hvis produkter på det pågældende tidspunkt anerkendes som hjemmel for domstolenes afgørelser der på stedet.*

Definitionen opfylder de syv krav formuleret i afsnit 2 ovenfor. Den tager udtrykkeligt højde for, at

## 7

retskildebegrebet har at gøre med produktion af retsregler og føjer noget til truismen, at retskilder er kilder til gældende ret, idet den hertil lægger en stillingtagen til retskildebegrebets funktion, nemlig at gøre det muligt at forlange af en dom, at den skal hjemles i regler, som er produceret på en nærmere angiven autoritativ måde. Definitionen gør endvidere kun brug af ord, der har en gængs betydning, ligesom den vejleder om, hvordan man fastslår, hvorvidt et eller andet er en retskilde i en eller anden retsforfatning. Den henviser os jo til at studere begrundelserne for domstolsafgørelser afsagt der på stedet. Når man har identificeret de forhold, som i præmisserne påberåbes som hjemmel, ved man, hvad der er retskilder i den pågældende lokalitet. Et konkret spørgsmål, f.eks. hvorvidt retsfølelsen er en retskilde i dagens Danmark, eller ledende artikler i *Washington Post* er en retskilde for de føderale appel-domstole i USA, lader sig uden videre besvare. Definitionen er endvidere korrekt i begrebsomfang, eftersom domstolsafgørelser her i landet som hjemmel henviser til lov, retspraksis, retssædvaner og forholdets natur og intet andet, hvilket svarer til de almindeligt anerkendte retskilder.[34] Dette sammenfald dokumenterer, at definitionen er korrekt. At definitionen tager højde for retskildebegrebets relativitet og ikke er cirkulær er åbenbart.

Med ordet »anerkendes« i definitionen sigtes til den faktiske omstændighed, at domme, der som hjemmel for resultatet henviser til en regel produceret af en retskilde, ikke mødes med kritikken, at de er uhjemlede og derfor forkerte i hvert fald i begrundelsen.[35] De personer, hvis anerkendelse eller manglende anerkendelse spiller en rolle i så henseende, er de, som har magt til at bestemme retskildernes art og antal. I en retsorden som den moderne danske har lovgivningsmagten - i sidste ende befolkningen - enekompetence til at bestemme dette. Ganske vist har Højesteret adgang til efter forgodtbefindende at indføre nye retskilder, f.eks. af egen drift inddrage »hermeneutiske« betragninger i rets anvendelsen, men lovgiver kan med virkning for fremtiden tilintetgøre en sådan nydannelse i kraft af lovgivning.[36] Dette skal sammenholdes med, at Folketinget efter forgodtbefindende kan indføre supplerende retskilder, f.eks. Sharia.

Ordet retskilde er tvetydigt for så vidt som det i daglig tale anvendes i flæng om regelproducenten (lovgiver), regelproduktionen (lovgivningsprocessen) og produktet (den vedtagne og ikrafttrådte lov). Tve-tydigheden er uden betydning. Den ovenfor formulerede definition tager sigte på producenten men kan modificeres, således at den i stedet tager sigte på processen eller produktet. Lægger man vægt på regelproduktionen, lyder definitionen som følger:

*En given retsforfatnings retskilder på et givet tidspunkt er den regelproduktion, som udøves af regelproducenter, hvis produkter på det pågældende tidspunkt anerkendes som hjemmel for domstolenes afgørelser der på stedet.*

Foretrækker man i stedet at lade retskildebegrebet knytte an til produktet, lyder definitionen således:

*En given retsforfatnings retskilder på et givet tidspunkt er de produkter, som produceres af regelproducenter, hvis produkter på det pågældende tidspunkt anerkendes som hjemmel for domstolenes afgørelser der på stedet.*

## 5. Forvaltningens retskilder

Ovenfor har jeg af nemhedsgrunde hele tiden kun talt om domstolsafgørelser. Det er imidlertid klart, at en definition af retskildebegrebet skal tage højde for afgørelser truffet af forvaltningen. Dette krav imødekommer definitionen ovenfor, blot leddet »anerkendes som hjemmel for domstolenes afgørelser« ændres til »... domstolenes og forvaltningens afgørelser«. De retskilder, der står til rådighed for forvaltningen, adskiller sig på to punkter fra dem, der er for hånden for domstolene. Der er tale om en indskrænkning og en udvidelse. For det første kan forvaltningen ikke anvende retskilden forholdets natur, da dette ville stride mod princippet om lovmæssig forvaltning.[37] For det andet kan forvaltningen i modsætning til domstolene anvende retskilden forvaltningspraksis (herunder kendelser afsagt af råd og nævn, ombudsmanden og Landsskatteretten). Forvaltningen har pligt og dermed ret til at anvende den af hensyn til kravet om formel retfærdighed, dvs. til kravet om, at ensartede sager behandles ensartet. Det følger heraf, at forvaltningen skal henholde sig til den retsforståelse, der udtrykkes i afgørelser fra overordnede forvaltningsinstanser såsom råd og nævn, osv. Dette er domstolene afskåret fra, eftersom forvaltningspersonalet mangler demokratisk mandat til at stifte ret. Når en forvaltningsafgørelse oprettholdes af domstolene, er det således ikke blot fordi den stemmer med, hvordan forvaltningen plejer at gøre, men yderligere med begrundelsen, at den pågældende praksis er i overensstemmelse med retskilderne. Domstolenes prøvelsesret bringer indrømmelsen til formel retfærdighed i harmoni med kravet om et demokratisk mandat ved at gøre det muligt for domstolene at tilintetgøre den regeldannelse, der ligger i

### 8

forvaltningens ret til at afgøre en sag ved at henvise til, at sådan plejer man at afgøre den slags sager.

Det følger af forvaltningens og domstolenes hierarkiske opbygning, at retskildebegrebet er til dels relativt. Praksis fra et ankenævn er en retskilde for nævnet, men ikke omvendt, og domme afsagt af landsretten er en retskilde for byretterne, mens det omvendte ikke gælder. Ingen forvaltningsafgørelser eller domme afsagt af by- og landsretterne er en retskilde for Højesteret. Derimod er højesteretsdomme en retskilde for alle, herunder Højesteret selv.[38][39] Definitionen ovenfor er forenelig med denne relativitet.

## 6. Gældende dansk rets retskilder

Domstolsafgørelser i moderne dansk ret henviser i første række til en hjemmel i form af lovgivning og retspraksis,[40] hvortil kommer to yderligere retskilder af mere marginal betydning i form af retssædvaner og forholdets natur. At denne korte liste udtømmer domstolsafgørelsernes hjemmelgrundlag kan selvsagt kun imødegås med henvisning til

modeksempler. Forvaltningsafgørelser henviser som netop nævnt ikke til forholdets natur men supplerer domstolenes retskilder med henvisninger til afgørelser truffet af overordnede forvaltningsorganer.

Forskellige forfattere har anset en eller flere af følgende for at være retskilder i gældende dansk ret: »almindelige retsgrundsætninger, den juridiske doktrin, administrativ praksis, trykte og måske også utrykte lovforarbejder, voldgiftskendelser, handelskutymmer, fremmed ret, foreningsvedtægter og foreningspraksis, testamenter og partskontrakter, m.v.«[41] Sandheden er, at ingen af disse er retskilder, bortset fra almindelige retsgrundsætninger, som er en anden betegnelse for forholdets natur. For at kunne opfattes som retskilder måtte *aftaler* indgå på jussiden i tvister. Faktisk figurerer de på faktumsiden og skal følgelig dokumenteres under en hovedforhandling. Aftalen har ikke betydning for sagens resultat som bestanddel af hjemmelen men ved at udgøre en del af det faktum, der henføres under den. At denne del af faktum ofte skal underkastes juridisk fortolkning, hvis principper tilhører jus-siden og har en hjemmel, er i den forbindelse uden betydning, da det blot er et særligt udtryk for det almindelige forhold, at sagens faktiske omstændigheder kun foreligger for domstolen i kraft af retsregler om proces, bevis, bevisbyrde, fortolkning, etc. Dertil kommer under alle omstændigheder, at aftaleindgåelse for at regnes for en retskilde måtte producere regler. Faktisk indeholder aftaler yderst sjældent regler. Dette er kun tilfældet i forbindelse med aftaleregulering af tilbagevendende begivenheder, f.eks. delleverancer.[42] Aftaleindgåelse producerer uden tvivl ret, eftersom aftaler fordeler pligter og rettigheder mellem parterne, som kan håndhæves ved domstolenes mellemkomst, men som nævnt kan adfærd stifte ret uden at være retskilder. Det netop sagte gælder tilsvarende *testamenter* og *vedtægter*. *Voldgiftskendelser* og *fremmed ret* kan ikke figurere som hjemmel for retsafgørelser men højst tjene som visdomsbøger ligesom f.eks. doktrinen. *Kutymmer* og *sædvaner* er kun retskilder, hvis der er tale om retssædvaner, eller kutymmerne forlenes med retskildestatus af lovgivning som f.eks. købelovens § 1. En *praksis* kan være retsstiftende, men dette skyldes i givet fald, at den udmønter indgåelse af en stiltiende aftale mellem de pågældende personer om indholdet og afviklingen af deres indbyrdes forpligtelser, og aftaler er som netop nævnt ikke retskilder. *Henrik Zahle* hævder, at *tradition* i sig selv er retsstiftende.[43] Imidlertid skaber selv rodfæstede traditioner ikke retspligter. Retsstiftelse udløser derimod per definition altid en retlig forpligtelse. En borger forpligtes retligt af lovgivning uberoende på, om han vælger at forpligtes eller ej, og en dommer er ikke frit stillet med hensyn til at anlægge den retsforståelse, som kommer til udtryk i en relevant højesteretsdom. En dommer, der afgør en sag i lyset af et præjudikat, handler ikke af respekt for en tradition, og en borger, som agerer i overensstemmelse med en retssædvane, motiveres af pligtfølelse, ikke af et ønske om at respektere en tradition. Hans adfærd er alene retsstiftende, fordi den bidrager til at skabe eller bevare en retssædvane, hvilket den ikke ville gøre, hvis hans motivation var respekt for en blot og bar tradition. Den hjemmel, som påberåbes i en judiciel afgørelse, er altid en fortolket lov eller et fortolket præjudikat; f.eks. en lov fortolket i lyset af forarbejder, efterarbejde og/eller en modsætnings- eller analogislutning. Når det ikke fremgår, er det fordi fortolkningen er selvfølgelig.

### 9

*Forarbejder* indgår således i domstolsafgørelser altid i forbindelse med lovforklaring. Når forarbejder påberåbes, er retskilden ikke forarbejderne men lov *L* fortolket sådan-og-sådan i overensstemmelse med dem. Tilsvarende kan *efterarbejder* i form af en ministers udtalelser om, hvordan en vedtaget lov skal forstås, ikke stå alene men anvendes som bidrag til fortolkning af en lov. Hverken forarbejder eller efterarbejder er derfor i sig selv retskilder. Det samme gælder analogi- og modsætningslutninger.[44]

Flere forfattere arbejder med en sondring mellem fakultative og obligatoriske retskilder alt efter om domstolene kan eller skal inddrage

dem i deres afgørelser.[45] Mit forslag ovenfor udelukker ikke en sådan sontring, men sontringen er grundløs. En dommer, der skal afgøre en sag, har pligt til at inddrage alle retskilder, som han med rette eller urette finder har betydning for sagen. Disse retskilder kan figurere i begrundelsen. Han kan i sine overvejelser om sagen inddrage, hvad han har lyst til, og er i den forbindelse kun ansvarlig over for sin samvittighed. Afgørende er imidlertid, at intet af det, som han måtte inddrage, selvom det ikke er retskilder - f.eks. retspolitiske skrifter forfattet af en udenlandsk højesteretsdommer - kan optræde i præmisserne som begrundelse for resultatet. Der er således intet i en dansk doms præmisser, som på en og samme tid henviser til en retskilde og er udtryk for noget, som dommeren har ret til at inddrage eller udelade efter forgodtbefindende. Der findes med andre ord ingen fakultative retskilder.

## 7. Den juridiske teori er ikke en retskilde

Når man læser UfR, efterlades man nu og da med det indtryk, at domstolene henviser til den juridiske teori som hjemmel for afgørelsen. Dette ville i givet fald betyde, at teorien i medfør af den nye definition af retskildebegrebet må opfattes som en retskilde. Indtrykket er imidlertid misvisende. Danske domstole anvender *aldrig* doktrinen som hjemmel. Lad os antage, at domstolen udtaler »Som anført af den toneangivende teori har EMRK direkte virkning i forholdet mellem private. Der må derfor gives sagsøger medhold.« Dette ræsonnement kan gives som følger:

Teorien hævder, et EMRK har direkte virkning i forholdet mellem private.

Sagsøger skal have medhold, hvis men kun hvis EMRK har direkte virkning i forholdet mellem private.

Ergo skal sagsøger have medhold.

Som argumentet står, følger konklusionen ikke af præmisserne. Den følger kun, hvis man tilføjer præmissen *Alt, hvad teorien hævder, er sandt*. [46] Imidlertid er denne supplerende præmis naturligvis falsk, hvorfor ræsonnementet fortsat ikke er tvingende og følgelig ikke tilfredsstillende det logiske krav til en dom. Den supplerende falske præmis er en omformulering af påstanden, at teorien er en retskilde, eftersom den udsiger, at påstanden *Retsreglen R er gældende ret* er sand, blot den hævdes af en juridisk forfatter. Dette er tydeligvis ikke tilfældet i dansk ret. Juridiske forfattere kan ikke skabe og ændre gældende ret; de juridiske fakulteter er ikke Folketingets andetkammer.

Ræsonnementet ovenfor bliver kun tvingende, hvis det ændres til følgende:

EMRK har direkte virkning i forholdet mellem private.

Sagsøger skal have medhold, hvis men kun hvis EMRK har direkte virkning i forholdet mellem private.

Ergo skal sagsøger have medhold.

Nu er henvisningen til teorien forsvundet. At ræsonnementet først bliver tvingende i det øjeblik henvisningen til teorien udelades dokumenterer, at henvisningen alene er tænkt som information om, at dommeren er kommet til samme retsforståelse som teorien. Information er ikke en del af begrundelsen for domskonklusionen men en læsevejledning. Sådanne vejledninger ses nu og da. Det anføres lejlighedsvis i en dansk doms præmisser, at den retsforståelse, som retten lægger til grund, svarer til eller finder støtte i den, som teorien, ombudsmanden eller Landsskatteretten er kommet frem til. Udtalelser af den art er nyttig information, der tilsigter at give kort udtryk for, hvad retsforståelsen går ud på, og hvordan den skal begrundes i retskilderne. »Som anført af Ussing . . . « betyder noget i retning af »Læs mere hos Ussing.« Når en dommer giver udtryk for, at den retsforståelse, som han lægger til grund, svarer til doktrinen, giver han med andre ord kortfattet udtryk for, at han er kommet til samme retsforståelse som doktrinen. Han hævder derimod ikke, at han er kommet til denne retsforståelse, *fordi* den forfægtes af doktrinen. [47] Der er således intet til hinder for, at

det i præmisserne hedder »Som anført af den toneangivende teori skal retsreglen *R* fortolkes sådan-og-sådan, hvorfor der må gives sagsøger

### 10

medhold«. Hvad der er utilladeligt for en dansk dommer er at skrive »Eftersom den toneangivende teori er af den opfattelse, at *R* skal fortolkes sådan-og-sådan, må der gives sagsøger medhold«. Jeg har aldrig set en dansk dom, der indeholder denne forbudte udtryksform og konkluderer på denne baggrund, at teorien ikke er en retskilde i dansk ret.

Imidlertid lægger domstolene uden tvivl vægt på at vide, hvad der står i den juridiske teori om de retsspørgsmål, som en sag rejser, og lader sig påvirke (belære) af det i deres forståelse af gældende ret. Det må anses for naturligt og af tidsbesparende grunde uundværligt i praksis, at advokater i deres procedure orienterer dommerne om, hvad specialister inden for retsområdet lægger i retskilderne. At en advokat underbygger sin procedure ved at dokumentere, at hans retsforståelse deles af en eller anden anerkendt teoretiker gør imidlertid ikke teoretikeren til en retskilde - heller ikke hvis advokaten får medhold, fordi retten finder, at retsforståelsen er korrekt. I mit arbejde som advokat har jeg været ude for, at den afgørende passus i en domsbegrundelse vedrørende opsigeligheden af et tidsbestemt løbende kontraktforhold var en ordret gengivelse med moderniseret stavning af nogle linjer fra *Lassens Håndbog*, 3. udgave. [48] Lassen blev imidlertid ikke nævnt. Denne affattelse er udtryk for, at landsretten fandt, at Lassens standpunkt er korrekt. At han ikke nævnes beror på et ønske om ikke at skabe indtryk af, at retsforståelsen anses for korrekt, *fordi* Lassen forfægtede den. Affattelsen gav således udtryk for, at Lassen efter landsrettens opfattelse havde ret i sin forståelse af gældende ret men ikke er en retskilde.

Konklusionen bliver, at domstolene uden tvivl ofte lader sig belære af teorien. Desuagtet er teorien ikke en retskilde. Der er flere grunde hertil. For det første har professorerne ikke noget folkeligt mandat til at stifte ret, hvorfor det ville være et anslag mod en demokratisk retsorden, dersom domstolene forlænte dem med retsstiftende evne, hvilket domstolene per definition ville gøre, hvis de fandt en hjemmel for retsafgørelserne i deres bøger. Sagen ville selvsagt stille sig anderledes, hvis denne praksis blev blåstemplet af lovgivning. [49] For det andet ville det være udtryk for en ansvarsforflygtigelse fra dommerens side, hvis de henviste til teorien som retskilde. En dommer der selv ansvarlig for den retsforståelse, han lægger til grund, og kan ikke give andre skylden for eventuelle fejl. Det ville han imidlertid gøre, hvis han anvendte teorien som hjemmel. Gik præmisserne i en dom ud på, at denne eller hin regel er gældende ret, fordi Ussing siger, at den er det, ville dommeren i realiteten indtage det standpunkt, at det er Ussings skyld, hvis dommen grundet en retsvildfarelse får det forkerte udfald. For det tredje har domstolene ikke behov for at studere teorien vedrørende trivielle spørgsmål om gældende ret. Imidlertid er teoretikerne, når de undtagelsesvist hæver sig over det trivielle, ofte uenige - et forhold, der maskeres, når de akademiske forfattere omtales under ét som »doktrinen«. Imidlertid kan der ikke for en dommer være grundlag for at tillægge én forfatters synspunkter vægt frem for andres. Hvis teorien var en retskilde, ville den derfor være ubrugelig, idet den altid tørrer ud, netop som dommeren ønsker at nippe af den. For det fjerde ville der, hvis teorien var en retskilde, bestå en regelkrydsning i gældende ret, hver gang to retsforskere er uenige, eftersom de givet antagelsen begge måtte anses for at have ret. Så mange regelkrydsninger findes imidlertid næppe, ikke engang inden for skatteretten. For det femte er akademiske retsdogmatikere vistnok de eneste, der anser teorien for at være en retskilde. I den forbindelse tænker de imidlertid kun på deres egne værker. Andre professorers afvigende synspunkter opfatter de ikke som retskilder men som mislykkede analyser deraf. Sandheden er, at teorien ikke er en retskilde, fordi domstolene med rette betragter de akademiske fremstillinger på samme måde, som teoretikerne med rette betragter hinandens værker, nemlig som mere eller mindre vellyk-

kede redegørelser for retskilderne, ikke som retskilder selv. Betragt følgende to udsagn: (1) Retsreglen *R* indgår i gældende dansk ret, fordi Ussing siger, at den gør det. (2) Retsreglen *R* indgår formentlig i gældende dansk ret, eftersom Ussing siger, at den gør det. (1) er den falske påstand, at Ussing er en retskilde, mens (2) er den sande påstand, at Ussing er retslærd. Domstolene forkaster med rette (1) og tilslutter sig med rette (2).

1. Der menes nærmere bestemt produktion af ret i form af *retsregler*. Adfærd som f.eks. aftaleindgåelse, værkskabelse og skadesforvoldelse er retsstiftende i den forstand, at den bringer rettigheder og pligter til eksistens; men allerede fordi der ikke produceres retsregler, er adfærden ikke en retskilde. Generelt gælder, at nogle faktiske omstændigheder ikke udgør retskilder, blot fordi en regel, der indgår i gældende ret, lader omstændighederne udløse en retsfølge i form af tilblivelse af pligter eller rettigheder. Ret skilder kommer kun ind i billedet i forbindelse med skabelsen af den pågældende regel, der f.eks. kan være ophavsretsloven eller den almindelige erstatningsregel.
2. *Preben Stuer Lauridsen*, Om ret og retsvidenskab (*Stuer Lauridsen 1992*), Kbh. 1992, s. 105.
3. *Henrik Zahle*, Rettens kilder (*Zahle 1999*), Kbh. 1999, s. 12.
4. *Peter Blume*, Juridisk metodelære. En indførelse i rettens og juraens verden, 2. udg., Kbh. 2002, s. 24.
5. *Viggo Bentzon*, Ret skilderne, Kbh. 1907, s. 82.
6. *W.E. v. Eyben*, Juridisk ordbog, 8. udg., Kbh. 1991, s. 208. Definitionen må antages nærmere bestemt at sigte til de retsregler, der indgår i gældende ret.
7. *Thorstein Eckhoff*, Ret skildelære, Oslo 1972, s. 11.
8. *Ruth Nielsen*, Ret skilderne, 5. udg., Kbh. 1997, s. 18. Ruth Nielsen definerer ikke begrebet retskilde. Heller ikke *Ruth Nielsen* og *Christina D. Tvarnø*, Ret skilder & Retsteorier, Kbh. 2005, indeholder en definition. *Ørsted* definerede ikke retskildebegrebet i Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, bd. I, Kbh. 1822, som indeholder hans betragtninger over retskildelæren.
9. *Fr. Vinding Kruse*, Ret slæren, Kbh. 1943, s. 107. De »materielle« retskilder er ifølge *Vinding Kruse* kilder til naturretten. Sondringen mellem materielle og formelle retskilder er efter min opfattelse grebet ud af luften, men spørgsmålet kan ikke forfølges her.
10. *Knud Illum*, Lov og ret, Kbh. 1945, s. 67.
11. *Sv. Gram Jensen*, Alm. Ret slære: en introduktion (*Gram Jensen 1993*), 2. udg., Kbh. 1993, s. 93. Se også *Sv. Gram Jensen*, »Om forholdets natur og denne retskildes relation til selve retskildebegrebet« (*Sv. Gram Jensen 2009*), U 2009B.95, s. 97.
12. *Alf Ross*, Om ret og retfærdighed (*Ross 1953*), Kbh. 1953, s. 92.
13. *Morten Wegener*, Juridisk metode, 2. udg., Kbh. 1994, s. 31.
14. *Preben Stuer Lauridsen*, Ret slæren (*Stuer Lauridsen 1977*), Kbh. 1977, s. 349.
15. Se f.eks. debatten om Tvind-dommen U 1999.842 H mellem *Jens Peter Christensen* og *Michael Hansen Jensen* i U 1999B.227 og U 1999B.531 og *Steen Rønsholdt* i U 1999B.333 og U 2000B.94.
16. *Mads Bryde Andersen*, Ret og Metode, Kbh. 2002, s. 132.
17. Hvilket Ross erkendte; se f.eks. *Alf Ross*, »Kort bemærkning om retskildelæren« (*Ross 1974*), TfR 1974, s. 331, og nedenfor.
18. *Peter Blume* TfR 1990, s. 869.
19. *Aleksander Peczenik*, Rätten och förnuftet: en lärobok i allmän rättslära, Stockholm 1986, s. 199.
20. Forvaltningsafgørelser tages op i afsnit 5 nedenfor.
21. *Gram Jensen 2009:97*.
22. Mine synspunkter om gældbegrebet er skitseret i *Jens Ravnkilde*, »Hvad er en retsdogmatisk kendsgerning«, Juristen 2002, s. 281 ff.
23. *Sv. Gram Jensen 1993:94*. Citatet er i strid med Gram Jensens definition af retskildebegrebet, citeret ovenfor. Han må selv sagt være af den opfattelse, at alt, der opfylder definitionen, er en retskilde. Definitionen efterlader ikke noget spillerum for et arbitrært valg. I stedet for at hævde, at begrænsningen til de fire retskilder er arbitrær, burde Gram Jensen således hævde, at den er fejlagtig.
24. Et svar vanskeliggøres af det forhold, at sondringen mellem obligatoriske og fakultative retskilder er uholdbar. Jf. afsnit 6 nedenfor *in fine*.
25. *Peter Blume*, »Teorien i retspraksis«, Juristen 1985, s. 118.
26. Det netop sagte vedrører ret i den gængse betydning af ordet. Naturretten forkaster sondringen mellem ret og moral, og såkaldt uformel ret forkaster sondringen mellem ret og tone, idet f.eks. uskrevne regler for kollegialitet på store arbejdspladser anses for at være af interesse for retsdogmatikken. Tilhængere af disse strømninger vil derfor forkaste den netop formulerede karakteristisk af retsregler.
27. Af nemhedsgrunde udelades i det følgende henvisninger til forvaltningsafgørelser. De inddrages i afsnit 5 nedenfor.
28. At en konklusion følger af præmisserne vil sige, at det er en selvmodsigelse at hævde alle præmisserne og bestride konklusionen. Andre definitioner er mulige, f.eks. at Q følger af P, hvis men kun hvis »Hvis P så Q« er en tautologi.
29. Jeg er kun stødt på en enkelt dansk domstolsafgørelse, der ikke opfylder kravet, nemlig dissensen i en højesteretsdom fra midten af 1960'erne. Jeg har desværre ikke været i stand til at finde dommen. Fejlen bestod i en forveksling af nødvendige og tilstrækkelige betingelser.
30. *Stuer Lauridsen 1977:379*.
31. Det er et eksempel på den grundlæggende slutningsform inden for prædikatlogik, som kaldes *universal instantiation* (UI).
32. *Stuer Lauridsen 1977:379 linje 4-9 fra oven* overser, at udsagnet »Hansen skal straffes« udtrykker et direktiv.
33. Se nærmere om UI f.eks. Wikipedia under stikordet Universal Instantiation, med henvisninger.
34. Jf. nedenfor afsnit 6.
35. En domfældelse af en person, der bygger på slag med en mønt i dommerværelset, er ikke et justitsmord, dersom manden faktisk er skyldig i taltalen. Dommen er kun forkert i begrundelsen.
36. Lovgivning med tilbagevirkende kraft er ikke udelukket i dansk ret, men den retroaktive virkning kan næppe omfatte omgørelsen af en afsagt højesteretsdom.
37. Således *Gram Jensen 1993:116*.
38. Denne særstatus for højesteretsdomme sikrer retsenhed i riget og er baggrunden for, at gældende ret ikke er »polycentrisk«.
39. Det sker, at Højesteret begrunder en afgørelse ved at henvise til andre højesteretsdomme. Se f.eks. U 2003.55 H, U 2003.1380 og U 2003.2523 H, som henviser til U 2003.54/2 H vedrørende stiltiende ankeafkald.
40. Med lovgivning og retspraksis menes enhver lovgivning og alle domstolsafgørelser, der forpligter danskere, herunder overnational lovgivning såsom EU-Traktaten, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, mv., og domme afsagt af EU-Domstolen, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, osv.
41. Opremsningen er citeret fra *Preben Stuer Lauridsen*, »Quousque Tandem«, Juristen 1992, s. 6. Som nævnt er *Stuer Lauridsens* eget synspunkt, at juridisk metode er den eneste retskilde.
42. Da aftaler har til formål at styre adfærd i kraft af fordeling af pligter og rettigheder, er aftaleindgåelse nu og da blevet set som en slags privat lovgivning gældende for aftalens parter (jf. f.eks. *Hans Kelsen, Reine Rechtslehre*, 2. oplag, s. 261 ff. Se også f.eks. *Bjarup 1974:151-52*). Heroverfor må indvendes, at lovgivning er en retskilde, og at aftaler derfor, for at kunne regnes for en slags lovgivning, ligeledes må være en retskilde. Som nævnt er denne betingelse ikke opfyldt.
43. *Zahle 1992*.
44. *W.E. v. Eyben* tæller analogi- og modsætningslutninger blandt retskilderne.
45. Således *Alf Ross (Ross 1974)*, *Peter Blume*, *Alexander Peczenik* og *Sv. Gram Jensen*; jf. definitionerne citeret ovenfor.
46. Eller præmissen: *Alt, hvad teorien hævder om EMRK, er sandt*.
47. I U 1994.488 hedder det »Ved anvendelsen af patentlovens § 3, stk. 3 bør det imidlertid også tillægges vægt, at bestemmelsens ordlyd er i overensstem-

melse med det traditionelle retsteoretiske standpunkt«. Denne delbegrundelse for en bestemt fortolkning sigter efter min opfattelse til lovgivers hensigter. Domstolens tanke er, at det forhold, at lovgiver vælger en ordlyd svarende til den juridiske teoris standpunkt, må tages som udtryk for lovgivers ønske om, at lovbestemmelsen skal forstås i overensstemmelse med denne teori. Domstolen sigter til, at *lovgiver* siger »Læs mere i teorien«.

48. Kbh. 1917-20.

49. Statutten for den Internationale Domstol inddrager i art. 38 de forskellige nationers mest ansete forfatteres mening i en opremsning af tilladte hjælpemidler til udfindelse af gældende folkeret. Det er uklart, om dette er udtryk for, at teorien anses for et hjælpemiddel eller for en retskilde. Spørgsmålet kan ikke forfølges her.