

## U.2013B.400

## Almindelige emner 1.9 og 9

## Hvad er en retskilde? (3)

Artiklen drøfter først forbindelsen mellem retskildelæren og statsretten. Dernæst imødegås *Jacob v. H. Holtermann og Henrik Palmer Olsens artikel »En definitionssandhed med modifikationer - kommentar til Jens Ravnkildes retskildebegreb«* i U 2013B.301, der kritiserer den definition af retskildebegrebet, som forfatteren foreslog i UfR tidligere på året. Afslutningsvis uddybes, hvorfor Alf Ross' retskildefinition og prognoseteori kun har historisk interesse.

Af forh. advokat (H), dr. phil. Jens Ravnkilde

### 1. Hvad bruger vi retskildebegrebet til?

For at kunne definere begrebet retskilde, således som det anvendes af danske jurister, må vi forstå begrebets funktion i det praktiske retsliv og retsforskningen i en retsforfattning, der i hovedtræk svarer til nutidens danske.

Det første skridt på vejen til en brugbar definition består i erkendelsen, at behovet for retssikkerhed, forudsigelighed og lighed for loven bevirker, at man i et samfund som nutidens danske kræver, at retsanvendende myndigheders afgørelser er begrundet med henvisning til en regel. Derved sikres, at alle, der opfylder betingelserne i reglens retsfaktum, behandles ens, og at enhver, der sætter sig ind i reglerne, ved, hvad han har at rette sig efter. Imidlertid kan ikke en hvilken som helst regel bringes i anvendelse. Jurister anvender ordet retskilde som betegnelse for de regelproducenter, hvis produkter kommer i betragtning, dvs. anerkendes som hjemmel for de retsanvendende myndigheders afgørelser. Alle produkterne under ét kalder jurister for gældende ret. Retskildebegrebet tjener således til at gøre det muligt at formulere et krav om, at myndighedsafgørelser skal være hjemlet i gældende ret. På denne baggrund har jeg foreslået at definere retskilder som producenter af regler, der anvendes som hjemmel i myndighedsafgørelser.[1]

Begrebsmæssigt er der intet til hinder for at tale om en retsorden, der indeholder den ene retskilde, at alt, hvad Tyrannen befaler og intet andet, er gældende ret. Selv i et tyranni kan der sondres mellem regler, som det er tilladt henholdsvis forbudt at anvende som begrundelse for myndighedsafgørelser. Sondringen mellem et tyranni og en retsstat beror på valget af retskilder. Dette valg udmønter det pågældende samfunds politiske ideologi, fordi det udtrykker dets svar på spørgsmålet, hvordan man retfærdiggør statens brug af tvang over for borgerne.

Efter min opfattelse henviser danske domstole til lovgivning, præjudikater, retssædvaner og forholdets natur som hjemmel for deres afgørelser.[2] Dette har været tilfældet gennem generationer og er ikke for tiden under forandring af retsteoretisk betydning.

### 2. Retskildelære og statsret

Ingen sådan forandring vil indtræde, før den danske statsforfatning eventuelt udsættes for en omvæltning.[3] Dette skyldes den forbindelse mellem retskilderne og statsforfatningen, som fremgår af retskildernes fordeling på statsmagterne nævnt i grundlovens § 3. Alle de tre statsmagter er regelproducenter og dermed retskilder. Folkevalgte lovgivere frembringer love, og uafhængige domstole producerer præjudikater. Den tredje statsmagt, forvaltningen, udsteder retsregler i form af bekendtgørelser og afgør sager ved at tage stilling til ansøgninger mv. Forvaltningen har således både en lovgiverlignende og en domstolslignende funktion. Desuagtet er forvaltningens betydning som regelproducent forsvindende ud fra en retsteoretisk betragtning, fordi produk-

tionens grænser er fastlagt af lovgiver og produkterne udsat for domstolens censur. En yderligere regelproducent er befolkningen, som frembringer retssædvaner.[4]

Min retskildefinition fører således til konklusionen, at de fire retskilder i nugældende dansk ret er de fire hovedaktører i den danske statsforfatning: befolkningen og de tre statsmagter i grundlovens § 3.

#### 401

Min definition gør det muligt at identificere retskilderne i ethvert samfund til ethvert tidspunkt, forudsat, at der er tale om samfund, hvis retsorden på det pågældende tidspunkt er så tilpas avanceret, at det giver mening at tale om, at den omfatter retsanvendende myndigheder, hvis afgørelser kræves begrundet. Definitionen skaber som følge heraf basis for en begrundet stillingtagen til spørgsmålet, hvorvidt en given retsdogmatisk eller retshistorisk påstand vedrørende gældende ret i det pågældende samfund - f.eks. »Det er gældende ret i Californien i 2013, at kvinder har ret til fri abort« eller »Wisconsin afskaffede dødsstraffen i 1853« - stemmer med retskilderne eller ej, dvs. om påstanden er sand eller falsk. I fraværet af en holdbar definition er man afskåret fra at tage stilling til retsdogmatiske eller retshistoriske fremstillinger, der bygger på en tese om, at f.eks. retsøkonomiske overvejelser, arbejderklassens interesser eller *Jürgen Habermas'* synspunkter om demokratisk offentlighed er eller har været retskilder i gældende dansk ret.

### 3. Holtermann og Olsens kritik

For nylig har *Jacob v. H. Holtermann og Henrik Palmer Olsen* kritiseret min retskildefinition.[5] I dette afsnit imødegår jeg deres mere perifere indsigelser. En mere interessant uenighed om Ross' retskildefinition tages op i afsnit 4, og prognoseteorien drøftes i afsnit 5.

Mørket sænker sig allerede i titlen, da Holtermann og Olsens artikel er benævnt »En definitionssandhed med modifikationer - kommentar til Jens Ravnkildes retskildebegreb«, uden at det nogetsteds fremgår, hvilken definitionssandhed der sigtes til, eller hvilke modifikationer den har behov for. Jeg stiller mig derfor tilfreds med følgende bemærkninger:

1. Jeg kalder det en intellektuel skandale, at der ingen brugbar definition af retskildebegrebet findes i dansk og nordisk retsteori.[6] Da Holtermann og Olsen beskriver standpunktet som fiktivt,[7] forventer man, at de ville omtale en fyldestgørende definition, som jeg har overset. Dette sker imidlertid ikke. Særligt påfaldende er det, at de ikke peger på Ross' definition som et modeksekempel, idet de senere i artiklen tager den i forsvar. De henter heller ikke noget eksempel i den velkendte engelsksprogede litteratur, som de opremser,[8] hvilket gør det svært at forstå, hvorfor de mener, at den burde have været inddraget. Der er heller ingen brugbar definition at finde i *Astrid Lindgrens* bøger om Pippi Langstrømpe, hvilket forklarer, hvorfor også de lades uomtalt. Selv formulerer Holtermann og Olsen ingen definition. Det strejfer

dem åbenbart ikke, at dette gør skandalen endnu mere åbenbar. De beskriver det dusin af definitioner, som jeg drøfter, med ordene, at der »efter moden overvejelse og åben udveksling af argumenter« blandt de pågældende forfattere fortsat findes uenighed om fundamentale spørgsmål.[9] De synes at godkende, at overvejelserne og argumenterne resulterer i definitioner, der for samtliges vedkommende er cirkulære eller lider af andre ganske åbenbare og ødelæggende defekter. At Holtermann og Olsen stiller så beskedne krav gør det endnu vanskeligere at forstå, hvorfor de selv holder sig tilbage - de forsøger end ikke at opstille kriterier, der kan hjælpe med at afgøre, om definitionsforslag er gode eller dårlige.[10]

2. Holtermann og Olsen finder uden argument, at min retskildedefinition er kassabel.[11] Samtidig mener de også, at den er afskrift af H.L.A. Harts synspunkter om såkaldte anerkendelsesregler (*rules of recognition*) i hans epokeskabende monografi *The Concept of Law*. [12] De forklarer ikke, hvordan disse to kritikpunkter lader sig forene. Det er imidlertid vanskeligt at forstå, hvordan definitionen kan være værdiløs og samtidig identisk med tanker, som udgør analytisk retsfilosofis måske bedst kendte og mest indflydelsesrige doktrin. Hart beskriver doktrinen som følger:

»One of the central theses of this book is that the foundations of a legal system consist not in a general habit of obedience to a legally unlimited sovereign but an ultimate rule of recognition providing authoritative criteria for the identification of valid rules of the system. This thesis resembles in some ways Kelsen's conception of a basic norm . . .«[13]

Jeg har udtalt, at enhver retskildedefinition skal kunne tjene som en anerkendelsesregel.[14] Min tese er, (1) at en retskildedefinition skal gøre det muligt at udpege retskilderne, (2) at udpegningen vil sætte os i stand til at sondre de regler, som indgår i gældende ret, fra dem, som ikke gør det, og (3) at min retskildedefinition opfylder disse krav i modsætning til de definitioner, som jeg kritiserer. Disse synspunkter rubricerer ikke Harts doktrin som en retskildedefinition eller gør min definition til afskrift af hans doktrin. At hverken Hart selv eller hans tallose kommentatorer omtaler doktrinen som en definition af retskildebegrebet nævner Holtermann og Olsen ikke.

#### 402

3. Holtermann og Olsen mener, at de krav, som jeg opstiller til enhver definition af retskildebegrebet, er et forsøg på at formulere, hvordan man skal drage grænsen mellem videnskab som astronomi og pseudovidenskab som astrologi.[15] Faktisk er kravene nødvendige men ikke tilstrækkelige for en tilfredsstillende definition af begreber, der skal anvendes i forskning. Det er grebet ud af luften at påstå, at jeg med kravene - som en filosofistuderende kan opstille hurtigere, end det tager at drikke en kop kaffe - hævder at have fundet løsningen på problemet om grænsedragningen, der gennem det sidste halve århundrede uden afgørende held har optaget en række af teoretisk filosofis mest eminente skikkelser. At grænsedragningen ikke kommer ind i billedet fremgår af den omstændighed, at selv en tilhænger af clairvoyance eller tyding af kaffegrums vil kunne tilslutte sig, at cirkeldefinitioner er uden værdi, eller at en definition skal gøre det muligt at finde ud af, hvad der falder under begrebet.

5. Holtermann og Olsen opfatter [16] mine synspunkter om retsordenens grundlag som et eksempel på en såkaldt naturalistisk fejlslutning.[17] Dette er en misforståelse. En teori om retsordenens grundlag har følgende struktur:

*Samfundet S er karakteriseret ved de-og-de faktiske træk T. Fordi T optræder i S, anser borgere og myndigheder i S sig for at være forpligtet af de-og-de regler, f.eks. en regel, som forbyder drab.*

Dette udsagn indeholder ikke noget ræsonnement og dækker allerede af denne grund ikke over en naturalistisk fejlslutning. Det gør det heller ikke, selvom vi for argumentets skyld antager, at mine synspunkter indeholder et ræsonnement. Slutningen tager sig nemlig i givet fald ud som følger:

(1) *Samfundet S er karakteriseret ved de faktiske træk T.*

(2) *Ergo anser borgere og myndigheder i S sig for at være forpligtet af de-og-de regler, f.eks. en regel, som forbyder drab.*

(2) er en sand eller falsk påstand. Hvorvidt befolkningen føler sig forpligtet af en regel, der forbyder drab (dvs. overvejende efterlever reglen og skrider ind over for overtrædelser), kan konstateres på objektivt empirisk grundlag, ganske som en konstatering af befolkningens middelalder eller religiøse vaner. Overgangen fra (1) til (2) er således ikke en slutning fra *er* til *bør* men fra *er* til *er*. Det tilsvarende gælder ethvert forsøg på at forklare eksistensen af en retsorden ved henvisning til ikke-retlige omstændigheder, dvs. gælder, uanset hvad T står for.[18][19]

#### 4. Ross' retskildedefinition

Ross definerede en retskilde som hvad som helst, der øver indflydelse på dommerens retsopfattelse.[20] Jeg har indvendt, at denne kausale synsvinkel afskærer os fra at identificere retskilderne og dermed efterlader os uden grundlag for at hævde, at f.eks. lovgivning er en retskilde, og at dommerens morgenmad ikke er det.[21] Dette skyldes naturligvis, at vi ikke for tiden ligger inde med indsigt i de kausale forhold. Indtil videre må det bedømmes som ønsketænkning at mene, at det nogensinde vil være muligt at fastslå årsagerne (til forskel fra *grundene*) til, at dommer Jensen finder, at en lovbestemmelse skal fortolkes som retsreglen *R*, mens dommer Hansen mener, at den udtrykker retsreglen *R\**. Dette gælder, hvad enten det udsigtsløse forskningsprojekt stiller sig tilfreds med psykologiske resultater eller nærer en ambition om at blottlægge årsagsforholdene på dybere (biokemisk, fysiologisk, neurologisk) niveau.[22]

Den simple kendsgerning, at retsforskningen og det praktiske retsliv ikke ligger stille i den lange ventetid, viser, at den kausale synsvinkel på retskildebegrebet er fundamentalt forfejlet. Retsteorien forsøger at kaste lys over begreber såsom retsregel, retskilde, pligt osv., som jurister anvender, når de bemander domstolene, forvaltningsorganerne, juridiske fakulteter og de øvrige sociale institutioner, som under ét kaldes retsordenen. Hvis ikke den filosofiske analyse, f.eks. af begrebet retskilde, udmunder i begreber, som aktørerne kan genkende, er de henvist til at fortsætte som før, eftersom forskningsresultaterne ikke giver dem noget, som kan varetage de

#### 403

funktioner, som de varetager med de analyserede begreber. I det praktiske retsliv vil alting derfor fortsætte som hidtil: det psykologiske, neurologiske, sociologiske eller antropologiske studium af morgenmads indflydelse på dommergerningen vil have samme betydning for domstolsvæsenet, juraundervisningen og retsforskningen som et studium af jordmagnetismen eller napoleonskrigene. Enhver nytænkning af retlige begreber, herunder på grundlag af ny videnskabelig viden, er underlagt den begrænsning, at den skal udmunde i begreber, der kan genkendes af de retlige aktører, eftersom det er deres brug af begreberne, som vi forsøger at forstå. Som *Joseph Raz* udtrykker det:

»Unlike concepts like »mass« or »electron«, »the law« is a concept used by people to understand themselves. We are not free to choose any fruitful concepts [inden for retsfilosofien]. It is a major task of legal theory to advance our understanding of society by helping us understand how people understand themselves.«[23]

Alt dette indså Ross til slut, og det burde Holtermann og Olsen også. Hvis de fastholder tankegangen, må de oplyse, hvordan retssamfundet skal omkalfatres, hvis det en dag viser sig, at dommernes retsopfattelse er en kausal følge af deres fordøjelse men ikke af deres læsning af UfR og Karnov. Vi har behov for at vide, om retsdogmatiske fremstillinger og domstolsafgørelser i givet fald fortsat kan begrundes under henvisning til lovgivning. Svaret *ja* løber ind i problemet, at lovgivning ikke (længere) er en retskilde, hvorfor begrundelsen lige så godt kan henvise

til gamle numre af Anders And & Co., som heller ikke er det. Svaret *nej* rejser spørgsmålet, hvordan begrundelserne da skal tage sig ud. Herom oplyser Holtermann og Olsen indtil videre ingenting.

### Eksplikationer

I stedet stiller de sig tilfreds med at hævde, at min kritik af Ross' retskildedefinition kan imødegås med iagttagelsen, at den ikke er tænkt som en ordbogsdefinition men som en eksplikation (rationel rekonstruktion). Dette må fuldstændigt afvises.

Et begreb og en eksplikation deraf kan sammenlignes med to delvis overlappende cirkler, hvor overlapningen udtrykker, at der skal være et vist sammenfald i indhold og begrebsomfang, idet man ellers ikke ved, hvilket begreb der defineres. At overlapningen ikke er fuldstændig udtrykker, at eksplikationer (i modsætning til ordbogsdefinitioner) kan ignorere visse træk ved det definerede begreb og tilføje andre, alt sammen i et forsøg på at nå frem til et begreb, der er mere frugtbar i en videnskabelig eller filosofisk sammenhæng end det tilvante.

Ved at kontrastere ordbogsdefinitioner med stipulationer[24] havde jeg i tankerne, at en definition af retskildebegrebet skal gøre det muligt at fastslå, at det er dette begreb, som defineres. Dette krav gælder, som det er fremgået, både for ordbogsdefinitioner og eksplikationer. Det er korrekt, at Ross' definition - ligesom formentlig alle de øvrige, jeg drøfter - er tænkt som en eksplikation. Forholdet er uden betydning, eftersom Ross' eksplikation ikke opfylder kravet om overlappning. *Den lader det jo henstå som et åbent spørgsmål, om lovgivning, præjudikater osv. er retskilder, idet svaret ifølge Ross beror på en endnu ikke tilvejebragt videnskabelig erkendelse om årsagerne til dommernes retsopfattelse.* Indtil denne erkendelse er for hånden, må vi stille os afventende med hensyn til, hvad der er retskilder i nugældende dansk ret. Hvis de påkrævede indsigter i dommernes psyke eller centralnervesystem nogensinde tilvejebringes, kan det vise sig, at dommernes retsopfattelse er den kausale følge af hypertension, racisme, livsglæde, gammelmands-sukkersyge, penge og begrebsforvirring - eller med Ross' egne ofte citerede eksempler, den individuelle dommers »humør, fordøjelse og aversion mod blondiner.«[25]

### En statsretlig overraskelse

At disse eventuelle fremtidige forskningsresultater skal tillægges retlig betydning ville have slået grundlovsfædrene med forbauselse. Da de henlagde den dømmende magt til domstolene og bestemte, at dommere i deres virke alene har at rette sig efter loven, har de naturligvis forudsat, at der dømmes efter de regler, som er fastsat af den lovgivende magt. De har lagt til grund som en selvfølge, at Folketinget er den retskilde, der frembringer de regler, som domstolene lægger til grund for deres afgørelser. I medfør af min retskildedefinition er dette da netop også, hvad der faktisk sker. At der i virkeligheden skulle være tale om, at der dømmes efter regler, der kommer til dommerne som en kausal følge af deres morgenmad, ville betyde, at folkestyret er blændværk og illusion - og tilmed uden at nogen har bemærket det. Dette resultat må afvises som helt grundløst.

Ross tilsluttede sig som bekendt den logiske positivisme. Denne filosofiske skole forsøgte at fremme idealet om en *enhedsvidenskab*, altså en videnskab, der forklarer alt, inklusive menneskelig adfærd, på grundlag af naturvidenskabens (i sidste ende fysikkens) begreber og forskningsmetoder. Ross' retskildedefinition var formgivet til at harmonere med dette verdensbillede. Verdensbilledet er imidlertid for længst forladt, eftersom alle har forstået, at det er uanvendeligt på

#### 404

menneskelig adfærd. Denne erkendelse var en hovedårsag til den logiske positivismes død. En forklaring af menneskelig adfærd, der henviser til aktørernes grunde til at handle, som de gør, kan aldrig erstattes af en, der udelukkende henviser til årsagerne. En lavine har ikke nogen

grund til at handle, som den gør, men det har en dommer. En forklaring på hans adfærd kan derfor aldrig tilvejebringes udelukkende ved hjælp af begreber, der finder anvendelse på lavinen.

Sammenfattende kan Ross' retskildedefinition ikke indgå i en bæredygtig retsteori, og Ross kan ikke komme uden om problemet ved at henvise til, at hans retskildedefinition er en eksplikation, eftersom problemet er, at eksplikationen er fejlagtig.[26]

### Barnet og badevandet

Dertil kommer under alle omstændigheder, at eksplikationen spænder ben for Ross' retsfilosofiske projekt. Eksplikationen bevirker, at hans dengang fortsat tiltrængte og anerkendelsesværdige bestræbelse på at godtgøre, at retsdogmatik er en samfundsvidenskab, som kan bedrives uden inddragelse af naturretlige tankefigurer, dvs. metafysisk vrøvl og fordækt moraliseren, leder til de åbenbart uholdbare skeptiske konklusioner, at retsdogmatisk erkendelse er en umulighed, at domstolsvæsenet er en maskerade og folkestyret en illusion. Ross' retskildedefinition bevirker således, at han betaler en høj pris for opgøret med naturetten. Prisen er, at barnet skylles ud sammen med det snavsede badevand.

Disse nævnte konklusioner om retsforskningen, domstolsvæsenet og folkestyret er skeptiske i den forstand, at de udtrykker synspunktet, at vi ikke har noget rationelt grundlag for at mene, at retsuniverset på disse tre afgørende punkter forholder sig således, som vi går rundt og tror. At konklusionerne følger af Ross' kausale synsvinkel på retskildebegrebet erkendte han først i sine sidste leveår. Erkendelsen var bitter, idet Ross indtog en vifte af synspunkter, som var uforenelige med skepticismen. Erkendelsen fik ham derfor til at erstatte sin hidtidige kausale retskildedefinition med en anden.[27] Han var af den overbevisning, at retsdogmatik er forskning om visse sociale kendsgerninger, og indtog følgelig det eneste mulige standpunkt, som stod åbent for ham, nemlig at retsdogmatisk viden i hovedtræk kan erhverves med samme grad af sikkerhed som al anden viden om samfundsforhold.[28] En generel skepticisme om vores mulighed for at erhverve viden om retlige kendsgerninger interesserede ham ikke, hvilket også ville overraske, i betragtning af at han skrev adskillige lærebøger i dogmatiske fag, der tilmed var karakteriserede af en betydelig selvtilid med hensyn til holdbarheden af de fremførte synspunkter. Den generelle filosofiske skepticisme - synspunktet, at ingen ved noget om noget - interesserede ham ikke.[29]

Det ændrer intet ved den netop skitserede fortolkning, at Ross var non-kognitivist, dvs. bestred, at der gives moralske kendsgerninger. Han mente ikke, at der gives en kendsgerning med hensyn til, om f.eks. dødsstraf er moralsk forkastelig eller demokrati bedre end diktatur, men antog, at spørgsmålet, hvorvidt der i Danmark er dødsstraf og demokrati eller ej, kan konstateres med samme grad af sikkerhed - stor eller lille - som alle andre spørgsmål om det danske samfund. På begge punkter indtog han filosofiske standpunkter, der i dag deles af stort set alle.[30] Standpunkterne er naturligvis forenelige med hinanden, eftersom retsdogmatisk forskning er norm-deskriptiv, ikke norm-ekspressiv. Han ville tilslutte sig *H.L.A. Harts* ofte citerede bemærkning: »Description may still be description, even when what is described is an evaluation.«[31]

### 5. Prognoseteorien

*H.L.A. Harts* indvending mod prognoseteorien henviste Ross til glemslen i den engelsksprogede analytiske

#### 405

retsfilosofi.[32] Holtermann og Olsen lader forstå, at de kan gendrive indvendingen, som efter deres opfattelse beror på en fejlversættelse af udtrykket »gældende ret« i Om ret og retfærdighed.[33] De synes på denne baggrund at nære en forventning om, at Ross' retsfilosofi med

et halvt århundredes forsinkelse med deres bistand vil erobre den plads i international retsfilosofi, som den fortjener.

Disse tanker er ren ønsketænkning. Harts indvending beror ikke på en oversættelsesfejl, og Holtermann og Olsen forklarer ikke, hvordan indvendingen skal imødegås.

### Harts indvending

Indvendingen går ud på, at prognoseteorien er en semantisk analyse af udsagn om gældende ret, som er fejlagtig, fordi regler ikke er forudsigelser om konsekvenserne af overtrædelser. Dette fremgår af følgende overvejelse: en dommer afgør en sag ved at henvise den under en regel og ikke ved at subsumere den under en forudsigelse; heller ikke en forudsigelse om sin egen eller andre dommers adfærd i eventuelle fremtidige sager, der på relevante punkter ligner den, som er til afgørelse. F.eks. kan dommeren ikke begrunde en domfældelse for drab ved at henvise til, at dommere fremover vil anvende reglen, at drab er strafbart. En begrundelse for en domfældelse af drabstaltale Olsen lyder som følger:

*Det er gældende dansk ret, at drab skal straffes. Olsen har begået drab; ergo er det gældende dansk ret, at Olsen skal straffes.*

Dette oversætter prognoseteorien til følgende:

1. *Hvis danske dommere i fremtiden skulle blive stillet over for drabssager, vil de anvende reglen, at drab skal straffes;*
2. *Olsen har begået drab;*
3. *Ergo er det gældende dansk ret, at Olsen skal straffes.*

Dette er ikke nogen begrundelse, eftersom det forhold ignoreres, at Olsen har overtrådt en regel. Overtrædelsen er imidlertid grunden til, at han straffes.

### Indvendingen anvendt på domskonklusionen

Jeg følger til Harts indvending det yderligere kritikpunkt, at efter den prognoseteoretiske oversættelse følger domskonklusionen 3. ikke længere af præmisserne 1. og 2. Oversættelsen har således som konsekvens, at ingen dansk dom nogensinde er blevet begrundet, idet domskonklusionen ikke følger af dommens præmisser. Det oversatte ræsonnement bliver først logisk gyldigt, når prognoseteorien også anvendes på domskonklusionen, som herefter lyder

*Ergo vil dommere i eventuelle fremtidige drabssager konkludere, at Olsen skal straffes.*

Denne oversættelse er imidlertid uden mening. (a) Konklusionen i en fældende straffedom er ikke en forudsigelse om, at tilsvarende sager i fremtiden vil udmunde i domfældelser. (b) Dommerne i de fremtidige hypotetiske sager vil ikke dømme Olsen, da de ikke er dommere i *hans* sag, som de end ikke behøver at kende til, og som for længst er afsluttet, når de skal dømme i deres egne sager. (c) Hvis Ross indvender, at henvisningen til Olsen skal udelades i domskonklusionen, når den oversættes *ad modum* prognoseteorien, bliver konklusionen endnu mere meningsløs. For begrundelsen for at straffe Olsen lyder nu, at straffebuddet og Olsens lovetrædelse medfører, at tiltalte *Jensen* i den fremtidige sag skal dømmes. Dette kan ikke tjene som begrundelse hverken i Olsens eller Jensens sag. (d) Den oversatte domskonklusion er en forudsigelse om domfældelser i fremtidige sager, som *eventuelt* kommer til pådømmelse. Prognoseteorien opfatter med andre ord domskonklusionen i en aktuel domfældelse som et udsagn om hypotetiske sagforhold.

To yderligere kritikpunkter er, (1) at den prognoseteoretiske oversættelse ændrer henvisningen til noget vi ved, med en henvisning til noget, vi blot antager. At det er gældende dansk ret, at drab skal straffes, er en kendsgerning, og noget vi ved med fuldstændig sikkerhed. Men at dommere i eventuelle fremtidige lignende sager vil anvende drabsreglen er ikke noget, vi kan vide med tilnærmelsesvis samme grad af sikkerhed, allerede fordi der er tale om noget fremtidigt og hypotetisk. Denne

forskel godtgør i sig selv, at prognoseteorien eksplikation af gældebegrebet er ubrugelig. Dertil kommer (2) absurditeten forbundet med at hævde, at hjemmelsgrundlaget for domfældelsen udgøres af noget vedrørende gældende ret, som vi blot antager. Hvis man fortalte Olsen, at hjemmelen for at dømme ham for drab er visse velbegrundede hypoteser om fremtidig retsanvendelse, kunne han med fuld ret svare, at hvis der ikke er tale om viden, består der en mulighed for, at vi tager fejl; og hvis vi gør, er domfældelsen et justitsmord.

Disse indvendinger kan ikke tilbagevises ved en henvisning til, at Ross' definition er en eksplikation. Det ved vi godt, at den er. Indvendingerne går ud på, at eksplikationen er absurd. Det er således uden betydning for indvendingens bæredygtighed, at prognoseteorien ikke er et »forsøg på at indkredse den mening, som begrebet [*gældende dansk ret*] almindeligvis har for den praktiserende jurist« [34]. Dette mener Holtermann og Olsen, at

#### 406

både Hart og jeg har oversat.[35] De udtaler, at »den eksisterende engelske oversættelse ikke tilfredsstillende får formidlet Ross' synspunkt på dette afgørende punkt«.[36] Måske ikke; men det er uden betydning for Harts indvending, om udtrykket »gældende ret« oversættes til »valid law« som i den gamle oversættelse, eller til »law in force«, som forventeligt i den kommende nyoversættelse. En retsregels semantiske indhold er ikke en forudsigelse om konsekvenserne af overtrædelser, uanset om man er interesseret i retsreglers overensstemmelse med anerkendelsesregler (»valid law«) eller i det forhold, at de er omsat til samfundsmæssig virkelighed (»law in force«).

Holtermann og Olsen udtaler, at det ikke kan undskyldes, at en danskaltende person som undertegnede mener, at Harts indvending rammer prognoseteorien.[37] Det er åbenbart efter deres opfattelse *helt evident*, at fejlversættelsen er hele baggrunden for, at indvendingen gjorde det af med Ross og prognoseteorien på den internationale scene. På denne baggrund er det vanskeligt at forstå, hvorfor de ikke med et ord antyder, hvordan indvendingen skal imødegås. Der må være tale om et fremtidigt forskningsprojekt. *Good luck with that*. Før de bruger for mange kræfter på projektet, bør de overveje, hvorfor indvendingen kan formuleres på dansk, jf. ovenfor.

### 6. Alf Ross' aktuelle retsfilosofiske betydning

Holtermann og Olsens kritik af min retskildedefinition er uden værdi.[38] Men deres artikel efterlader det indtryk, at de ønsker at rehabilitere Ross: at trække ham ud af den slagskygge, som Harts indsigelse kastede over ham, og som under hjemlige himmelstrøg blev ledsaget af en bastonade af ukvalificerede indsigelser fra forskellige juristers side. Hvis dette er Holtermann og Olsens bestræbelse, må den hilses velkommen. At få Ross ud af glemslen i den engelsksprogede analytiske retsfilosofi er til overflod berettiget. Hans retsteoretiske arbejder belønner rigeligt et nærstudium den dag i dag og vil efter min opfattelse bevirke, at han - formentlig som den eneste nordiske jurist fra det tyvende århundrede - vil blive læst om 100 år.

Imidlertid må man se i øjnene, at Ross, uagtet han fortjener en plads i retsfilosofiens *Hall of Fame*, ikke kan indgå i nutidens analytiske retsfilosofi som andet end en historisk skikkelse. En rehabilitering af Ross på baggrund af noget, der kan genkendes som hans tanker og samtidig gør ham til en levende, aktuel skikkelse i analytisk retsfilosofi, er en umulighed. For det første vil det kræve en rehabilitering af den logiske positivisme, idet en væsentlig del af de bærende tanker i Ross' retslære forudsætter logisk positivistiske synspunkter.[39] For det andet vil der selv efter en eventuel rehabilitering af den logiske positivisme stadig blive et større oprydningsarbejde tilbage, idet et omtrent tilsvarende antal teser hos Ross er *i strid med* den. At Ross' retsfilosofi således er præget af en række selvmodsigelser skyldes, at den forsøger at sammentænke den logiske positivisme og Kelsens rene retslære. Dette

er umuligt, da den logiske positivismes omdrejningspunkt, verifikationsprincippet, stempler den rene retslære som abracadabra. For det tredje må både Ross' retskildedefinition og prognoseteorien opgives.[40] Da disse er de to skuldre, som hans retsfilosofi hviler på, bliver der ikke meget tilbage[41] Skuldrene er i øvrigt ikke i kontakt med hinanden. Ross etablerer ikke nogen forbindelse mellem retskildebegrebet og begrebet gældende ret og kommer derfor ikke i kontakt med det forhold, at gældende ret er skabt af retskilderne. Dette gælder, uanset om man lægger hans egen eller en anden (f.eks. min) retskildedefinition til grund. At gældende ret er skabt af retskilderne er imidlertid en tautologi og blev opfattet som sådan af Ross. Han opfatter det jo ikke som en tanke, der kan anfægtes og har behov for nærmere begrundelse. Den manglende kontakt bevirker, at hans retsteori brækker over på midten.

1. *Jens Ravnkilde*, »Hvad er en retskilde?«, U 2013B.1 (*Ravnkilde 2013a*); *samme*, »Hvad er en retskilde? (2)«, U 2013B.231 (*Ravnkilde 2013b*).
2. Det betyder imidlertid intet for bæredygtigheden af definitionen, hvis det eventuelt viser sig formålstjenligt at regne f.eks. forarbejder for en selvstændig retskilde. Dette er en strid om ord. Da forarbejder kun indgår i hjemmelsgrundlaget for myndighedsafgørelser som fortolkningsbidrag vedrørende lovgivning, er den nævnte sprogbrug ikke formålstjenlig.
3. *Peter Blume* mener derimod, at retskilderne i moderne tid er blevet stadig mere sammensat og differentierede. Se *Peter Blume* »Findes der præjudikater?«, *Retfærd* 2007, s. 65-66. Han giver ingen eksempler.
4. Som nævnt i *Ravnkilde 2013a*:7 består der en tvetydighed i retskildebegrebet, da det i daglig tale blandt jurister både anvendes om regelproducenterne (f.eks. Folketinget), om produkterne (lovene) og tilmed nu og da om produktionen (lovgivningen). Uklarheden er harmløs, da det altid fremgår, hvad der menes, og jeg skal heller ikke i den foreliggende artikel tilstræbe fuldstændig præcision.
5. *Jakob v. H. Holtermann* og *Henrik Palmer Olsen*, »En definitionssandhed med modifikationer - kommentar til Jens Ravnkildes retskildebegreb«, U 2013B.301.
6. *Ravnkilde 2013a*:1.
7. S. 307.
8. Note 4.
9. S. 303.
10. Hvis der virkelig var en bæredygtig definition i fremmed teori, ville det være en skandale, at de danske og nordiske forfattere ikke tog notits af forholdet.
11. S. 308.
12. *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law* (*Hart 1994*) Oxford 1961, 2. udg., Oxford 1994.
13. *Hart 1994*:292.
14. *Ravnkilde 2013b*:232.
15. S. 304.
16. S. 307-08.
17. Dvs. en slutning fra rent deskriptive præmisser til en foreskrivende konklusion.
18. Det må tilføjes, at ræsonnementet heller ikke tilskriver en naturalistisk fejlslutning til borgere og myndigheder i S. Påstanden er, at det faktiske træk T forklarer, hvorfor de føler sig forpligtet af reglen, der forbyder drab. Påstanden er ikke, at de *slutter* fra T til det forkastelige ved at dræbe.
19. Se om dette såkaldte reduktionismeproblem f.eks. *Andrei Marmor*, *Philosophy of Law*, Princeton 2010, kapitel 2 og 3, og *John Gardner*, »Why Law Might Emerge: Hart's Problematic Fable«, *University of Oxford Legal Research Paper Series*, Paper no. 61/2013, maj 2013.
20. *Alf Ross*, *Om ret og retfærdighed*, Kbh. 1953, s. 92.
21. *Ravnkilde 2013b*:237-40.
22. Hvad der er tilgængeligt for empirisk forskning, er spørgsmålet, hvordan dommere tænker, når de når frem til en afgørelse i en sag, f.eks. i hvilken udstrækning deres overvejelser er styret af en mavefølelse for den rigtige afgørelse. Der findes herom en omfattende især amerikansk forskning inden for psykologi og politisk videnskab, jf. oversigtsartiklen *Barbara Spellman & Frederick Schauer*, »Legal Reasoning« i K.J. Holyoak & R.G. Morrison (red.), *The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning* (2nd ed.), New York 2012. Den klassiske formulering af tesen, at dommere tager udgangspunkt i deres mavefølelse, er *Joseph C. Hutcheson, Jr.*, »The Judgment Intuitive: The Function of the »Hunch« in Judicial Decision«, *Cornell Law Quarterly* vol. 4, 1929, s. 274-88.
23. *Joseph Raz*, *Ethics In The Public Domain: Essays On The Morality Of Law and Politics*, 2. udg., Oxford 1995, s. 237.
24. *Ravnkilde 2013b*:234.
25. *Alf Ross*, »Kort bemærkning om retskildelæren«, *TfR* 1974, s. 331-32.
26. Holtermann og Olsen tilstræber formentlig at inkorporere Ross i det forskningsprojekt om »naturalisering« af retsfilosofien, som *Brian Leiter* lancerede for 15 år siden, og som i dag er en af de mest diskuterede strømninger i analytisk retsfilosofi. Projektet går ud på at opgive filosofisk begrebsanalyse til fordel for brugen af de begreber, der anvendes i den til enhver tid mest succesrige empiriske forskning om retsfænomenerne. I den forbindelse vil Leiter være determinist og fysikalist, men betoner samtidig, at en naturaliseret retsfilosofi i afgørende grad vil bygge på hermeneutisk tankegang. Dette er fuldstændigt selvmodsigende. Se *Brian Leiter*, *Naturalized Jurisprudence*, Oxford 2007, s. 135, henholdsvis s. 188. Leiters projekt, der indtil videre ikke kan fremvise væsentlige resultater, er gjort til genstand for omfattende kritik. Se f.eks. *Mark Greenberg*, »Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law«, *Law and Philosophy* 2011 (skrevet 2001); *samme*, »Implications of Indeterminacy: Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law II«, *UCLA School of Law Research Paper No. 11-18*, 2011.
27. Jf. *Ravnkilde 2013b*:239-40, hvor det omtales, hvorfor også den anden er ubrugelig.
28. De nødvendige modifikationer kan ikke tages op her.
29. Ross betvivlede ikke, at retsregler gør en forskel, og var overbevist om, at menneskehedens problemer kan afhjælpes ved hjælp af lovgivning. *Ole Krarup* udtaler: »I praksis var Ross en stærk tilhænger af formaliseret retlig regulering. Et karakteristisk udtryk finder vi i hans begejstring for EF . . . og den overordnede formaliserede regulering. Ross er den rationelle juridiske teknologis talsmand.« *Ole Krarup*, »Fra gyldighed til virkelighed: Om Alf Ross og Torstein Eckhoff, Lov og Rett, 1995, side 87-99 efter note 19. *Brian Leiter* har for nylig med rette påpeget, at det reducerer den filosofiske interesse, der knytter sig til Ross' tanker, at gøre ham til generel skeptiker. Se *Brian Leiter*, »Legal Realisms, Old and New«, *Valparaiso Law review* 2013, note 17.
30. Undtagen *Ronald Dworkin*, der indtog det fantastiske standpunkt, at man ikke kan studere en ideologi uden at tilslutte sig den. Dette betyder f.eks., at man ikke kan forske i antisemitismens historie uden at være antisemit.
31. *Hart 1994*:244.
32. Se *H.L.A. Hart*, »Scandinavian Realism«, *Cambridge Law Journal* 1959, genoptrykt i *samme*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983 (anmeldelse af den engelske oversættelse af *Om ret og retfærdighed*). For en sammenfatning af konsekvenserne, se *Brian Leiter*, »Naturalism In Legal Philosophy« i *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, afsnit 5, hvor det hedder, at Hart »famously demolished« prognoseteorien.
33. Note 33.
34. Note 33.
35. Således fejler jeg atter i fornemt selskab.
36. *Ibid.*
37. *Ibid.*
38. Holtermann og Olsen har derfor ret i, at der er en lapsus i *Ravnkilde 2013a*:6. Hvad der gælder næsten undtagelsesløst, er, at domskonklusionen følger af dommens præmisser. Om ræsonnementet er tvingende og dommen derfor rigtig, kan ingen - med sagens parter som en lejlighedsvis undtagelse - vide, da vi ikke kan afgøre, om domstolens opfattelse af de faktiske omstændigheder svarer til kendsgerningerne. Denne lapsus er uden betydning for tankegangen det anførte sted.

39. Allerede af samme grund kan Ross' tanker ikke i noget, der bare ligner hans egen udformning af dem, blive en del af en »naturaliseret« retsfilosofi.
40. Jeg taler her (lige som ovenfor) om prognoseteorien som en stillingtagen til retsdogmatiske udsagns sandhedsbetingelser. Betraget som en analyse af deres *efterprøvelsesbetingelser* (dvs. den metode, som vi anvender for at fastslå, om udsagnet er sandt eller falsk) indeholder prognoseteorien *i modificeret form* en afgørende sandhed.
41. Yderligere aspekter af Holtermann og Olsens artikel kunne have været inddraget, herunder de dunkle overvejelser i note 30, som synes at udtrykke det standpunkt, at Ross i 1974 skiftede til en norm-ekspressiv (dvs. foreskrivende) retskildelære. To kendsgerninger må fremhæves vedrørende Ross' standpunkt i Ross 1953. (1) Ross mente, at retskildelæren er norm-deskriptiv, idet dens opgave er at fastlægge hvilke retskilder, der faktisk anvendes i et retssystem. En foreskrivende retskildelære tilhører retspolitikken, jf. Ross 1953:91. Dette standpunkt fastholdt han i 1974, jf. Ravnkilde 2013:239. (2) Han havde i 1953 for længst opgivet tanken fra artiklen om den rene retslæres 25 års jubilæum (1936), at regler udtrykker følelsesudbrud og er uden semantisk indhold. Denne tanke må opgives, da den er uholdbar. Ingen kan bestride, at reglerne i f.eks. aftalelovens §§ 7 og 8 har forskelligt indhold. Reglerne må derfor have semantisk mening, idet man ellers ikke ville kunne sondre dem fra hinanden.