

U.2014B.177

*Almindelige emner 1.9 og 9*

## Afsluttende kommentar til Jens Ravnkildes tre artikler om retskildebegrebet

*I UfR 2013B.400 tager Jens Ravnkilde til genmæle over for en række kritiske bemærkninger, forfatterne har fremsat i UfR 2013B.301 vedr. hans forsøg på at opstille en definition af begrebet retskilde (se UfR 2013B.1 og UfR 2013B.231). I lyset heraf oplyser forfatterne enkelte dele af deres kritik yderligere.*

*Af lektor, ph.d. Jakob v. H. Holtermann og professor, dr.jur. Henrik Palmer Olsen, iCourts - Centre of Excellence for International Courts*

### 1. Definition og skandale

I sin første artikel »Hvad er en retskilde?«, hvori han forsøgte at opstille en universel definition af retskildebegrebet, udnævnte Jens Ravnkilde det til »en intellektuel skandale, at en sådan definition ikke for længst er tilvejebragt. Fraværet reducerer retsdogmatikken til en kolos på lerfodder.«(1) I sit svar på vores kritik beklager han, at vi kritiserer denne skandalepåstand for at være en fiktion, uden at vi selv opstiller en alternativ definition eller henleder opmærksomheden på en allerede eksisterende sådan. Ravnkilde synes imidlertid helt at overse, at vores afvisning af skandalepåstanden knyttede sig til præmisserne for hans diskussion snarere end til konklusionen. Og det gjorde vi, fordi den reelle nyhedsværdi af Ravnkildes konklusion efter vores vurdering er så godt som ikke-eksisterende. I sin kerne har den retskildefinition, Ravnkilde opstiller, været kendt og diskuteret i over et halvt århundrede. Vi koncentrerede os derfor om at tilbagevise de dele af Ravnkildes argumentation, der efterlod det indtryk, at han med sine artikler havde sat en uomgængelig ny dagsorden, som fremtidig retsfilosofi nødvendigvis måtte forholde sig til.

For det første kritiserede vi således den målestok, som han opstillede for at godtgøre skandalen, når han hævdede, at der eksisterer syv generelle definitions-kriterier, som nødvendigvis »gælder [...] for enhver form for rationel tænkning«(2) og som derfor sætter scenen for enhver diskussion også af retskildebegrebet. Vi argumenterede for, at forestillingen om sådanne selvindlysende, universelle definitions-kriterier er grebet ud af den blå luft, idet der findes en række definitionstyper, der legitimt kan anvendes til forskellige videnskabelige formål.(3) Når man som Ravnkilde kritiserer definitioner af én type ud fra en anden types kriterier, så er det derfor, som vi skrev, lige så meningsløst som at kritisere en hund for at være en dårlig kat.

I sit svar nøjes Ravnkilde imidlertid med uanfægtet at genfremsætte de syv universelle kriterier, nu blot med den tilføjelse at de er så indlysende, at »en filosofistuderende kan opstille [dem] hurtigere, end det tager at drikke en kop kaffe«(4) Nu er der som bekendt mange ting, filosofistuderende mener at kunne klare over en kop kaffe, men når man først har moret sig et antal gange med at trylle Morlil om til en sten eller modbevise

178

omverdenens eksistens, så sker der jo gerne det, at besindelsen indfinder sig sammen med erkendelsen af, at alvorlige filosofiske problemer sjældent har indlysende entydige løsninger, som alverdens forgængere blot har overset. På denne baggrund tillader vi os alligevel at fastholde vores skepsis med hensyn til, om det virkelig skulle være lykkedes Ravnkilde her i *Ugeskriftet* at identificere selve den rationelle tænkningens grundbetingelser. Skal man endelig

udtale noget generelt om brugen af definitioner i videnskabelig sammenhæng, forekommer der os at være mere fornuft i eksempelvis Alf Ross' betragtninger i *Lærebog i folkeret*:

»En definition er en erklæring om, hvad den talende vil forstå ved et vist ord. En definition er derfor ikke sand eller falsk, men mere eller mindre hensigtsmæssig, den bevises ikke, men retfærdiggøres ud fra forskellige synspunkter. Der er to formelle krav en definition ubetinget må opfylde:

1. den må ikke være selvmodsigende,
2. den må ikke være cirkulær.

Er disse betingelser opfyldt bedømmes dens hensigtsmæssighed ud fra to synspunkter:

1. dens relevans, dvs. dens værdi som instrument for den videnskabelige fremstilling. En forudsætning herfor er, at definitionen fremhæver sådanne sagforhold der er afgørende ved formuleringen af visse videnskabelige sætninger. Værdien måles efter definitionens evne til at give den videnskabelige fremstilling dens simplest mulige formulering; og

2. dens adækvans, dvs. dens overensstemmelse med traditionel opfattelse i den forstand, at definitionen i hovedsagen dækker netop de fænomener, der sædvanligvis indenfor vedkommende videnskab betegnes ved det definerede begreb.

Disse to vurderinger kan føre i forskellig retning. Hensynet til definitionens relevans kan gøre det nødvendigt at afvige fra den traditionelle forståelse. Fremskridt i videnskab beror for en stor del på forfinet begrebsjustering med hensyn til begrebernes relevans.«(5)

Antager man et sådant udgangspunkt, bliver det klart, at der ikke er nogen genvej til det »rigtige« retskildebegreb via nogle ufravigelige definitions-kriterier, der autoritativt frasortere »forkerte« begreber. Vi lader det være op til læseren at vurdere, om dette udgangspunkt er mere hensigtsmæssigt end Ravnkildes syv »universelle« kriterier.

For det andet bemærkede vi, at selv hvis man abstraherede fra diskussionen af definitions-kriterierne, så var hans konkrete belæg for skandalepåstanden påfaldende idiosynkratisk, fordi det med et par undtagelser fra vore nordiske nabolande udelukkende udgjordes af danske retsteoretikere. Særligt påpegede vi, at det kunne have været nærliggende at orientere sig i den engelsksprogede litteratur for at godtgøre skandalen.

I sit svar stiller Ravnkilde sig imidlertid komplet uforstående over for en sådan indvending, idet han bemærker, at der »er heller ingen brugbar definition i Astrid Lindgrens bøger om Pippi Langstrømpe, hvilket forklarer, hvorfor også de lades uførtalt«(6) Her som flere andre steder i hans gensvar tænker man over, om Ravnkilde med en mindre polemisk læsestrategi kunne være nået længere i retning af en barmhjertig fortolkning af sine kritikeres indvendinger til gavn for diskussionens fremdrift. For tanken med henvisningen til den udenlandske kanon var selvfølgelig den, at hvis der vitterlig

skulle være tale om en skandale af et omfang, der »reducerer retsdogmatikken til en kolos på lerbædder«, så forekom det rimeligt at antage, at det i givet fald måtte være, fordi retsteorien ikke forud for Ravnkildes første artikel indeholdt noget tilfredsstillende retskildebegreb *full-stop*; ikke at den ikke indeholdt noget sådant begreb *på dansk*. Det er trods alt mere reglen end undtagelsen, at moderne videnskab anerkender, at indsigt kan hentes andre steder end i forskerens eget hjemland.

At Ravnkilde nu ikke har andet end hån til overs for denne indvending forekommer særligt ubegribeligt i betragtning af, at det i hans anden artikel blev helt tydeligt, at han jo rent faktisk selv er af den opfattelse, at den internationale litteratur, som vi henviste til, *alle-rede indeholdt* en sådan brugbar definition - og at den havde gjort det i over et halvt århundrede! Efter i den første artikel bogstaveligt talt ikke at have nævnt H.L.A. Hart med ét ord, vedstod Ravnkilde således i den anden artikel, at det retskildebegreb, han i sidste ende selv tilslutter sig for at udbedre den postulerede skandale, i alt væsentligt er sammenfaldende med det centrale begreb i Harts version af retspositivismen, nemlig begrebet om anerkendelsesreglen.

I den seneste artikel synes Ravnkilde imidlertid ikke at mene, at det rækker det fjerneste ved skandalepåstanden, idet han henviser til, at »hverken Hart selv eller hans talløse kommentatorer omtaler doktrinen [om anerkendelsesregler, *rules of recognition*] som en definition af retskildebegrebet.«(7) Vi skal altså tro, at det er tilføjesen til den formodentlig mest velkendte, gennemdiskuterede og indflydelsesrige teori om rettens grundlag overhovedet af netop disse to ord - *definition* og *retskildebegrebet* - der udbedrer skandalen og redder retsdogmatikken fra at være en kolos på lerbædder.

Igen må vi fastholde vores skepsis. For det første er sammenkoblingen af Harts anerkendelsesregel med det skandinaviske retskildebegreb ikke ligefrem en ny opfindelse. Allerede Ross gjorde i sin anmeldelse af

### 179

Harts *The Concept of Law* opmærksom på forbindelsen,(8) og senest har fx Svein Eng gjort det samme.(9) For det andet er det svært at se, at tilføjesen af ordet »definition« giver os noget afgørende nyt i forhold til, hvad Ravnkilde mener, at retskildebegrebet skal kunne tilbyde. Således skriver han selv om Harts anerkendelsesregel:

»Eftersom retsreglerne er skabt af retskilderne, kan en *rule of recognition* beskrives som en regel, der udpeger retskilderne, og derved fungerer som det pågældende retssystems grundlag. I fraværet af en sådan regel kan ethvert fantasiprodukt om gældende ret hævdes at udmønte retsdogmatisk indsigt på højeste plan.«(10)

Tilsvarende skriver fx Brian Leiter på basis af netop Harts anerkendelsesregel følgende om den hartianske anerkendelsesregels rolle:

»The centerpiece of Hartian positivism is the idea that in any society in which law exists there must exist a certain complex social fact (per the social thesis) constituting a rule of recognition that determines the criteria any norm must satisfy to count as a legal norm. [...] With respect to a rule of recognition, we are interested in the patterns of convergent behavior evinced by relevant officials: for example, How do judges decide questions about what the binding legal standards are? In the United States, for example, we find that arguments like »this statute is invalid because it conflicts with the First Amendment« or »this will is enforceable having been duly enacted in accord with the applicable state statute« accurately state criteria of legality, while the argument »this statute is void because it is inconsistent with the principles set out in Book 4 of Plato's *Republic*« does not. What we learn, in other words, by examining official practice is that the rule of recognition for our legal system identifies the federal Constitution and state statutes as valid sources of law (among many others), while it accords no such significance to Plato's *Republic*. The Positivist

answer, then, to the conceptual question, »What is law?« is, in essence, »whatever satisfies the criteria of a society's rule of recognition.«[. . .]«(11)

Bortset fra at Leiter ikke bruger ordet *definition*, må læseren selv vurdere, hvor langt denne *mainstream* retspositivistiske udlægning af Harts anerkendelsesregel lægger sig fra Ravnkildes retskilde-definition.

Med al respekt nåede vi til den konklusion, at nyskabelsen er temmelig beskeden, hvorfor vi i realiteten står tilbage med en diskussion for eller imod Harts teori. Den diskussion har kørt i 60 år, og vi fandt ikke anledning til at bruge Ravnkildes postulat om en skandale til at lade som om, den først begynder nu.

## 2. Den naturalistiske fejlslutning

I vores artikel kritiserede vi Ravnkilde for at begå en naturalistisk fejlslutning, dvs. en slutning fra *er* til *bør*. Nærmere bestemt kritiserede vi ham for at slutte fra observationen af, hvilke retskilder (regelproducenter) borgere og myndigheder i Danmark almindeligvis *anser sig* for at være forpligtet af (idet de accepterer dem som hjemmel i retsafgørelser) (*er*) til, hvilke retskilder de *faktisk* forpligtes af (*bør*). I sit svar afviser Ravnkilde imidlertid at have begået en sådan fejlslutning, idet han hævder, at hans ræsonnement aldrig har bevæget sig fra *er* til *bør*, men tværtimod hele vejen igennem er forblevet i kategorien *er*. Således hævder han, at hans argument kan gives formen:

»(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.*«(12)

Dette stemmer for så vidt overens med bl.a. følgende passage fra hans anden artikel:

»De retsanvendende myndighedspersoner begrunder deres afgørelser som de gør, fordi *de føler sig forpligtet* af en *rule of recognition*, som udpeger love og præjudikater osv. som hjemmel. Retslivets to andre aktører - de retsundergivne og lovgivningsmagten - anerkender eller affinder sig med denne praksis. Retsordenen hviler således på et fundament, som ikke består af retspligter eller andre pligter men af *faktiske regelmæssigheder* i forskellige befolkningsgruppers adfærd.«(13)

Ravnkilde har for så vidt fuldstændig ret i, at han i sådanne passager forbliver 100 % deskriptiv. At en eller flere personer *føler sig forpligtet* af en given regel er et deskriptivt psykologisk faktum. Det er sandt eller falsk helt uafhængigt af, om vedkommende nu også faktisk *er* forpligtet på samme måde, som et barn kan *føle sig forpligtet* til at give nissen risengrød til jul, uden at det af den grund er nødvendigt at antage eksistensen af nisser eller at antage, at der gælder forpligtelser over for sådanne væsener.

### 180

Mere generelt kan dette forhold forklares med henvisning til de særlige logiske egenskaber ved en særlig type sammensatte udsagn. På engelsk taler man nemlig om *propositional attitude reports*, eller om hvad man på dansk kunne kalde *udsagns-deskriptive udsagn*. Sådanne udsagn er kendetegnet ved, at de etablerer en såkaldt holdningskontekst omkring et udsagn, idet de beskriver en eller flere personers holdning til et givet udsagn. Et eksempel kunne være udsagnet *Peter tror (håber, føler, osv.)*, at *det er solskin udenfor*, der beskriver Peters holdning til udsagnet: Det er solskin udenfor. Udsagns-deskriptive udsagn har den særlige egenskab, at de ved at etablere en sådan holdningskontekst (»Peter tror, at . . .«) omkring et indlagt udsagn (». . . det er regnvejrr udenfor«) gør sandhedsværdien af dette indlagte udsagn irrelevant for det samlede udsagns sandhedsværdi. Peter kan tro, håbe osv., at det regner udenfor, helt uanset om det faktisk regner eller ej.

Alf Ross var meget opmærksom på sådanne udsagns logiske karakter og undfangede specifikt termen *norm-deskriptive udsagn*

om den undergruppe af de udsagns-deskriptive udsagn, hvor det indlejrede udsagn er normativt (fx: Ellen føler, at *hun er forpligtet til at give nissen risengrød ved juletid*). Disse udsagn modstillede Ross med de rene norm-*ekspresive* udsagn, dvs. udsagn, hvor holdningskonteksten er helt fraværende, og som derfor direkte *udtrykker* en norm (fx *Ellen er forpligtet til at give nisse risengrød ved juletid*).

Heraf følger det direkte, at Ravnkilde i citaterne ovenfor udelukkende laver såkaldte norm-deskriptive udsagn, og at han for så vidt ganske rigtigt bliver i kategorien *er*. Problemet er imidlertid, at Ravnkilde ikke lader det blive ved det. En lang række andre steder i alle de tre artikler udtaler han sig nemlig direkte norm-*ekspresivt* om, hvilke retlige pligter folk (dommere, retsundergivne, lovgivere) faktisk har. I et eksempel blandt mange skriver han således:

»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.«(14)

Dette udsagn er udtrykkeligt ikke norm-*deskriptivt*, men derimod norm-*ekspresivt*. Det handler ikke om, hvad borgere eller dommere *føler sig* forpligtet af, men om, hvilke forpligtelser de *har*.

Ravnkildes normative ærinde afspejles også tydeligt i hans bestyrelse over udsigten til at ophøje teorien til retskilde:

»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 forlenede dem med retsstiftende evne, hvilket domstolene per definition ville gøre, hvis de fandt en hjemmel for retsafgørelserne i deres bøger. [...] For det andet ville det være udtryk for en ansvarsforflygtigelse fra dommernes side, hvis de henviste til teorien som retskilde.«(15)

At professorerne ikke har noget folkeligt mandat, og at en anerkendelse af dem som retskilder ville indebære en ansvarsforflygtigelse fra dommernes side, er selvfølgelig ingen garanti for, at danske dommere ikke undertiden skulle anse sig for at være forpligtede af teoriens udtalelser. Ligesom man ikke kan slutte fra *er* til *bør*, kan man heller ikke slutte fra *bør* til *er*.

Det er derfor næppe noget tilfælde, at Ravnkilde indleder sin anden artikel med følgende opsummering af funktionen af det retskildebegreb, han har opstillet: »at gøre det muligt at kræve af myndighedsafgørelser, at de er hjemlet i gældende ret.«(16) Problemet er imidlertid, at vi kun kan komme fra den (formodentlig korrekte) norm-*deskriptive* observation af, at dommere føler sig forpligtet af en anerkendelsesregel, der udpeger love, præjudikater osv. som hjemmel, og så til således norm-*ekspresivt* at *kræve*, at de også udpeger sådanne kilder, ved en slutning fra *er* til *bør*. Med andre ord: ved at begå en naturalistisk fejlslutning.

Sagt på en anden måde: Enten anskuer man forpligtelsen med udgangspunkt i den forpligtedes egen opfattelse, og man må da spørge, hvad grundlaget er for at anse sig for forpligtet. Dette rejser problemet med normativ regression, som Ravnkilde ønsker at undgå. Eller man anskuer forpligtelsen med udgangspunkt i en observatørposition. I denne position forklarer man imidlertid slet ikke, hvad grundlaget for den retlige forpligtelse er, men konstaterer blot, at nogle personer anser sig for at være forpligtet. Der er en grundlæggende ontologisk forskel på disse to ting: Det at være forpligtet og at være i stand til at redegøre for, hvilket normativt grundlag denne pligt hviler på, er væsensforskelligt fra den psykologiske konstatering af, at en person anser sig selv for at være forpligtet. Ravnkilde kan ikke forsvare sine synspunkter vedrørende det første ved at henvise til et argument, der peger på det andet.

### 3. Retskilder i dansk ret

Ravnkilde antager, at der findes fire retskilder i dansk ret: lovgivning, præjudikater, sædvaner og forholdets natur. Vi har i vores artikel peget på en række uløste problemer i forhold til denne antagelse(17) - problemer

#### 181

som Ravnkilde fortsat ikke har forholdt sig til. Problemerne består hovedsageligt i, at en anvendelse af hans retskildedefinition indebærer, at det fremstår som upræcist(18) eller tilfældigt,(19) hvilke retskilder der kan siges at eksistere i dansk ret. Problemet er bl.a., at det er uklart, hvordan han identificerer, om en dom anerkender et givet produkt som et gyldigt hjemmelsgrundlag (eller del heraf). I U 2013.2022 H skriver Højesteret i en dom om skattefritagelse for medarbejderaktier: »Højesteret finder endvidere at erhvervelsstedstidspunktet i overensstemmelse med langvarig og fast administrativ praksis som udgangspunkt vil være sammenfaldende med det tidspunkt, hvor selskabet træffer beslutning om tildeling af medarbejderaktier« (s. 2026). Spørgsmålet er nu, om Ravnkildes retskildedefinition fører til, at »langvarig og fast administrativ praksis« er en retskilde i dansk ret. Dette må bero på, om sådan praksis kan betegnes som et produkt, der »kommer i betragtning, dvs. anerkendes som hjemmel for de retsanvendende myndigheders afgørelser«. Vi læser umiddelbart dommen således, at den administrative praksis påkaldes som hjemmel for den nærmere fastlæggelse af »erhvervelsstedstidspunktet«, jf. ligningslovens § 7 A, stk. 2. Ravnkilde vil muligvis hævde, at den administrative praksis alene anvendes som hjælp til fortolkningen, og at Højesteret her ville have været lige så berettiget til at henvise til et tilfældigt nummer af Anders And & Co.(20) Uanset hvad Ravnkilde måtte mene om spørgsmålet, illustrerer det efter vores mening blot det forhold, at hans retskildedefinition ikke entydigt løser spørgsmålet om, hvad der er gældende ret i Danmark.

### 4. Ravnkildes apokryfe Ross-læsning

Med afsæt i Harts berømte kritik af Ross(21) kaster Ravnkilde sig i sit gensvar ud i en længere tirade om utilstrækkelighederne ved Ross' teori om gældende ret og hans retskildebegreb, alt sammen tilsyneladende ud fra den antagelse, at vi med vores henvisninger til Ross i kommentaren skulle stille os bag dennes teori på cirka samme måde, som Ravnkilde stiller sig bag Harts. På denne baggrund fremstår det, der startede som en fremsættelse af et angiveligt nyt retskildebegreb, pludselig som en genopførelse af duellen mellem de to retsfilosofiske giganter sådan per ydmyg stedfortræder og med godt halvtreds års forsinkelse.

Som et svar på vores konkrete kritik er denne opstilling af diskussionen imidlertid dobbelt uheldig. For det første handlede vores artikel for så vidt slet ikke om Ross' retskildelære eller om hans retsfilosofi i øvrigt, og den handlede i særdeleshed ikke om hans teoris respektive styrker og svagheder i forhold til Harts ditto. Vi henviste i artiklen udelukkende til Ross som et eksempel på en tænker, der antager nogle andre og efter vores vurdering helt legitime definitions-kriterier end de syv, som, Ravnkilde hævder, udgør grundlaget »for enhver form for rationel tænkning«.

For det andet tilslutter vi os mere generelt rent faktisk ikke Ross' retsrealisme på samme måde, som Ravnkilde tilslutter sig Harts retspositivisme. Det er korrekt, at vi som redaktører er ansvarlige for Oxford University Press' kommende engelske nyoversættelse af *Om ret og retfærdighed*,(22) og at den ene af os tilsvarende var ansvarlig for, at den danske originalversion i 2013 udkom i en ny udgave efter at have været udgået af tryk i flere årtier.(23) Men når vi har givet os ud i disse projekter, har det aldrig været for at redde retsdogmatikken fra at være en kolos på lerfodder eller lignende.

Drivkraften har mere beskedent været, at en dansk genudgivelse og i særdeleshed en mere retvisende og komplet engelsk oversættelse vil kunne afhjælpe en række misforståelser om karakteren af Ross' teori om gældende ret og skabe grundlag for at revurdere værdien af hans retsfilosofi i lyset af aktuelle strømninger i retsforskningen og filosofien.

Hvad vi mere præcist mener, at Ross kan og ikke kan bruges til i dag, har vi i stedet skrevet om andre steder,(24) ligesom vi kommer til at uddybe det yderligere i vores introduktion til den kommende engelske udgave på Oxford University Press. Imidlertid mener Ravnkilde alene ud fra vores kritik af hans skandalepåstand og definitions kriterier at kunne konkludere, at vores »tanker [om Ross' aktuelle relevans] er ren ønsketænkning«!(25) Han kaster sig til den ende ud i en vældig selvskikker repetition af Harts kritik af Ross, hvori han desværre primært får dokumenteret, at Harts misforståelse også kan formuleres på dansk, hvorfor den ikke udelukkende kan skyldes oversættelsesfejl.

Det falder uden for rammerne af denne replik at godtgøre fejlen.(26) Til gengæld skal vi kort, men kategorisk, gå i rette med en anden af Ravnkildes misforståelser, som ingen kan være tjente med får lov at stå uimodsigt

### 182

i et seriøst tidsskrift som *UfR*.(27) Og det drejer sig om hans i litteraturen helt enestående påstand om, at Ross i sin høje alderdom skulle have forkastet selve den realistiske grundtanke i sin retslære og forladt positionen til fordel for en tilsyneladende kelseniansk variant af retspositivismen. Som belæg for sin sensationelle påstand citerer Ravnkilde to (2!) sætninger fra en 3½ sider lang artikel, som Ross skrev i 1974 nærmest *en passant* som svar på en kritik af hans retsrealisme fremført af Jes Bjarup med afsæt i en Ross-artikel fra 1940. De to sætninger er:

»Vi må forkaste en rent deskriptiv motivanalyse hvorefter også den individuelle dommers humør, fordøjelse og aversion mod blondiner er retskilder. Retskildelæren må angå noget normativt, hvad dommeren er *pligtig* eller (som Eckhoff med rette har tilføjet) har lov til at lægge til grund for sin afgørelse.«(28)

Med afsæt i dette citat hævder Ravnkilde, at Ross nu orienterer sig imod *en ny problemstilling*, som han beskriver på følgende måde:

»Med vendingen, at retskildelæren må angå noget normativt, sigtede Ross ikke til, at retskildelæren skal være normerende, dvs. tage stilling til, hvilke retskilder der bør anerkendes i et givet samfund, men at den skal være norm-deskriptiv, dvs. oplyse om, hvilke normer der i et givet samfund rent faktisk regulerer en dommers valg af retsgrundlag for afgørelserne.«(29)

At der hermed skulle være tale om en ny problemstilling i Ross' forfatterskab, er hævet over enhver tvivl, forkert. Først og fremmest præsterer Ravnkilde at se bort fra, at Ross i linjerne umiddelbart ovenfor citatet udtrykkeligt understreger den *ubrudte kontinuitet* mellem det i 1974-artiklen udviklede synspunkt og sit øvrige forfatterskab helt tilbage fra 1940-artiklen:

»Retskildelæren går ud på deskriptivt at skildre den ideologi, altså de forestillinger om noget gyldigt forpligtende der faktisk besjæler dommerne. Den er »norm-deskriptiv, ikke norm-ekspressiv, en lære om normer, ikke i normer«.

Dette grundsyn, som her kun kort kan antydes, er udviklet nærmere allerede i 1940-afhandlingen og senere uddybet og præciseret i *Lærebog i Folkeret* (1942), *Om ret og retfærdighed* (1953), og *Directives and Norms* (1968) . . .«(30)

Når Ross i det af Ravnkilde udvalgte citat udtaler, at retskildelæren »må angå noget normativt«, er der med andre ord i virkeligheden blot tale om, at Ross repeterer selve kernen i den særlige »synthese

af ideologiske og behavioristiske synsmåder«,(31) som han omhyggeligt har tilvejebragt for at undgå, at hans variant af retsrealismen kommer til (ligesom ifølge Ross fx den amerikanske realisme) at have i en »uholdbar sociologisme«, (32) hvor man »på naiv måde [identificerer] ret med retsanvendelse uden at se det problem der ligger i, at de pågældende sociale akter først får deres karakter af »retsanvendelse« foretaget af »retsanvendende myndigheder« ved at sættes i relation til en normativ ideologi.«(33)

At 1974-artiklen ikke har den betydning, som Ravnkilde tilskriver den, understreges yderligere af, at det i citationstegn indlagte brudstykke (»norm-deskriptiv, ikke norm-ekspressiv, en lære om normer, ikke i normer«) fra passagen, som Ravnkilde undlader at inddrage, selv er et citat af en nøglepassage fra *Om ret og retfærdighed*.(34) Helt absurd bliver situationen imidlertid, når Ravnkilde forsøger at kolonisere Ross' træffende terminologiske nyskabelse - distinktionen mellem netop norm-deskriptive retskildeteorier (som hans egen retsrealisme) og norm-ekspressive ditto (som naturretten og retspositivismen) - til at beskrive modsætningen imellem naturretten og retspositivismen. Nu står det, jf. ovenstående diskussion af definitionsbegrebet, selvfølgelig enhver forfatter frit for at afgrænse sit stof og definere sine begreber, som han vil. Men det havde unægtelig været hensigtsmæssigt, om Ravnkilde havde undladt at bidrage til den babyloniske forvirring ved at overtage Ross'

### 183

termer og benytte dem i den modsatte betydning af den, Ross tillagde dem.(35) (36)

Referencer:

Eng, S. (2011). »Lost in the System or Lost in Translation? The Exchanges between Hart and Ross.« *Ratio Juris*, 24(2 June): 194-246.

Hart, H. L. A. (1959). »Scandinavian Realism.« *The Cambridge Law Journal*, 17:233-240.

Hart, H. L. A. (1982). *Essays on Bentham: studies in jurisprudence and political theory*. Oxford Oxfordshire, New York, Clarendon Press; Oxford University Press.

Hart, H. L. A. (1983). *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford, Clarendon.

Holtermann, J. v. H. (2006). »Ross og erkendelsesteorien« i J. v. H. Holtermann og J. Ryberg (red.), *Alf Ross - kritiske gensyn*. København, Jurist- og Økonomforbundet: 37-62.

Holtermann, J. v. H. (2013). »Introduktion« i A. Ross, *Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København, Hans Reitzels Forlag: 9-42.

Holtermann, J. v. H. (2014). »Getting Real or Staying Positive - Legal Realism(s), Legal Positivism and the Prospects of Naturalism in Jurisprudence.« *Ratio Juris - An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, kommende.

Holtermann, J. v. H., Christensen, M. J. og Madsen, M. R. (2013). »Kan retsvidenskaben være empirisk? Om aktualiteten af Alf Ross' empiriske vending i retsfilosofien.« *Retfærd. Nordic Journal of Law and Justice*, 36(2/141): 3-22.

Leiter, B. (2001). »Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered.« *Ethics*, 111(2): 278-301.

MacCormick, N. (2008). *H.L.A. Hart*, 2. Stanford, Stanford University Press.

Olsen, H. P. (2011). »Translator's Commentary.« *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(2): 264-272.

Pattaro, E. (2009). »From Hägerström to Ross and Hart.« *Ratio Juris*, 22(4): 532-548.

Ravnkilde, J. (2013a). »Hvad er en retskilde?« *Ugeskrift for Retsvæsen, Litterær afdeling*: 1-10.

Ravnskilde, J. (2013b). »Hvad er en retskilde? (2).« *Ugeskrift for Retsvæsen, Litterær afdeling*: 231-240.

Ravnskilde, J. (2013c). »Hvad er en retskilde? (3).« *Ugeskrift for Retsvæsen, Litterær afdeling*: 400-406.

Raz, J. (1979). *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford, New York, Clarendon Press; Oxford University Press.

Ross, A. (1962). »Review of *The Concept of Law*. By H.L.A. Hart.« *The Yale Law Journal*, 71(6): 1185-1190.

Ross, A. (1967). *Lærebog i folkeret: Almindelig del: 4. udg., 2. opl.* Kbh., Nyt Nordisk Forlag.

- 1 (Ravnskilde 2013a, 1).
- 2 (Ravnskilde 2013a, 1).
- 3 Vi nævner således i artiklen både *reale* og *nominale* definitioner, *ostensive* definitioner og *verbal* definitioner samt *leksikalske*, *eksplikative* og *stipulative* definitioner.
- 4 (Ravnskilde 2013c, 402).
- 5 (Ross 1967, 11-12).
- 6 (Ravnskilde 2013c, 401).
- 7 (Ravnskilde 2013c, 402, vores kursiv).
- 8 »The reader will understand that Hart under the label of »rules of recognition« is concerned with what usually is called the sources of law.« (Ross 1962, 1186).
- 9 (Eng 2011, særligt afsnit IV.3.2.).
- 10 (Ravnskilde 2013b, 232).
- 11 (Leiter 2001, 287-288). Ravnskilde er i øvrigt bekendt med (i hvert fald dele af) Leiters forfatterskab, jf. (Ravnskilde 2013c, 400, note 29 og 32).
- 12 (Ravnskilde 2013c, 402).
- 13 (Ravnskilde 2013b, 240, første kursiv tilføjet).
- 14 (Ravnskilde 2013a, 8).
- 15 (Ravnskilde 2013a, 10).
- 16 (Ravnskilde 2013b, 231).
- 17 (Holtermann og Olsen, s. 308-309.)
- 18 Det er således uklart, hvordan man med Ravnskildes definition nærmere kan fastlægge indholdet af forholdets natur.
- 19 Det kan således være tilfældigt, om eksempelvis et hensyn skrives ind i en lovtæst eller i stedet medtages i lovforarbejderne.
- 20 (Ravnskilde 2013c, 403)
- 21 Kritikken blev oprindelig fremsat i Harts anmeldelse ((1959)) af den engelske oversættelse af Ross' *Om ret og retfærdighed*, der udkom som *On Law and Justice* i 1958.
- 22 (Ross kommende) Forventet udgivelse 2016.
- 23 (Ross 2013/1953).
- 24 Se bl.a. (Holtermann 2006, Olsen 2011, Holtermann 2013, Holtermann, Christensen et al. 2013, Holtermann 2014).
- 25 (Ravnskilde 2013c, 405).
- 26 Eventuelle interesserede henvises til vores eksisterende og kommende afhandlinger herom, jf. ovenfor note 24. Derudover kan også anbefales (Pattaro 2009, og særligt Eng 2011).

Ross, A. (1974). »Kort bemærkning om retskildelære.« *Tidsskrift for Retsvitenskap*: 329-332.

Ross, A. (2013/1953). *Om ret og retfærdighed : En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, 2. udg. m. introduktion af J. v. H. Holtermann. København, Hans Reitzels Forlag.

Ross, A. (kommende). *On Law and Justice*, 2nd critical edition, J. v. H. O. Holtermann, Henrik Palmer, U. Bindreiter, Oxford University Press.

- 27 Andre dele af Ravnskildes ivrige, men i det væsentlige forfejlede kritik af Ross' realisme kunne være inddraget. Fx synes han at være af den opfattelse, at vi, så længe vi endnu ikke definitivt har løst bevidsthedens gåde, kollektivt er fuldstændig på bar bund med hensyn til kausalt at forklare menneskelig adfærd, hvorfor videnskaben må være henvist til de begrundelser, folk selv angiver. Rent bortset fra, at det hermed lykkes Ravnskilde i én håndbevægelse at tage livet af cirka samtlige social- og humanvidenskaber, synes han ikke at have overvejet, at synspunktet må implicere, at domstolene for øjeblikket begår justitsmord i samtlige sager, hvor forsæt er en nødvendig betingelse for domfældelse, men hvor tiltalte ikke har afgivet fuld tilståelse. Om tiltalte i sådanne sager vitterlig handlede med forsæt, eller om den strafbare handling var »en kausal følge af deres for-døjelse [eller] deres læsning af UfR og Karnov« (Ravnskilde 2013c, 403), kan ifølge Ravnskildes logik udelukkende bero på »en endnu ikke tilveje-bragt videnskabelig erkendelse om årsagerne til« den menneskelige adfærd.« (Ravnskilde 2013c, 403) At domstolene alligevel, for nu at bruge Ravnskildes egen formulering, »ikke ligger stille i den lange ventetid« (Ravnskilde 2013c, 402), dokumenterer selvfølgelig, at vi ikke, som han hævder, udelukkende er henvist til folks egne *explicite* grunde. Det er på denne baggrund svært at se, hvad der skulle motivere os til at acceptere en sådan begrænsning lige præcis i studiet af domstolens egen adfærd.
- 28 (Ross 1974, 331-332).
- 29 (Ravnskilde 2013b, 239).
- 30 (Ross 1974, 331).
- 31 (Ross 2013/1953, 45).
- 32 (Ross 2013/1953, 45).
- 33 (Ross 2013/1953, 45).
- 34 (Ross 2013/1953, 122).
- 35 I stedet kunne Ravnskilde med fordel have holdt sig til en af de terminologiske distinktioner, som man almindeligvis i litteraturen bruger til at beskrive forskellen mellem naturretens og retspositivismens udsagn. Hart foretrak selv til formålet Raz' (1979, kap. 8) distinktion mellem *detached* og *committed normative statements* (Hart 1982, 154-155, Hart 1983, 14-15). Mindre træffende er det af MacCormick blevet foreslået at skelne mellem udsagn fra det *interne* og det *non-ekstreme eksterne* eller *hermeneutiske* synspunkt (MacCormick 2008, 59). For en nylig repetition af den betydning Ross udtrykker med distinktionen mellem norm-ekspressive og norm-deskriptive udsagn, se (Holtermann 2013).
- 36 iCourts - Centre of Excellence for International Courts er finansieret af Danmarks Grundforskningsfond, bevillingsnummer DNR105.