

U.2014B.45

Almindelige emner 9.

Hvordan finder man i tvivlstilfælde ud af, hvad der er gældende ret?

Nu og da har forskellige svar på et retsdogmatisk tvivsspørgsmål samme grad af støtte i retskilderne. Spørgsmålet opstår, hvordan man konstaterer, hvilket af svarene der er sandt. I artiklen redegøres for, at en prognoseteori kan forklare, hvordan man bærer sig ad, forudsat at den på et afgørende punkt modificeres i forhold til den variant, som Alf Ross forfægtede.

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

1. To banaliteter

Lad os lægge ud med et par banaliteter.

Den første er, at gældende ret ikke er et anliggende så gådefuld og kompliceret, at vi i almindelighed må slå os til tåls med mere eller mindre velbegrundede formodninger. Stort set alle voksne ved lidt om gældende ret; f.eks. at tyveri er strafbart, eller at løfter skal holdes. Andre ved væsentligt mere og nogle få misundelsesværdigt meget. Intet grundlag kan fremføres til støtte for tanken, at der ikke er tale om viden. Hvis Per siger, at vi i Danmark skal holde til højre i trafikken, og Poul svarer, at dette blot er en velunderbygget antagelse, og at vi ikke kan være helt sikre, vil Per med rette tænke, at der ikke er grund til at bruge mere tid på den diskussion. Så meget kan i hvert fald siges, at bevisbyrden påhviler den, der hævder, at vi ikke med sikkerhed kan vide, om færdselsloven kræver, at vi holder til højre eller til venstre, eller om der overhovedet er lovgivet om spørgsmålet.

Den anden er, at to hypoteser om indholdet af gældende ret kan være uforenelige med hinanden, men begge nyde betydelig støtte i retskilderne. Et aktuelt eksempel fra dansk international skatteret er påstandene, at de nugældende regler om fraflytningsbeskatning af urealiserede avancer på værdipapirer er, henholdsvis ikke er, i strid med EU-retten. Med andre ord sker det nu og da, at de foreliggende retskilder ikke giver noget klart grundlag for at foretrække den ene hypotese frem for den anden. Dette er situationen, når et retligt tvivsspørgsmål forelægges Højesteret, og Højesteret ikke finder svaret oplagt.

I betragtning af den energiske lovgivningsaktivitet, der karakteriserer et samfund som nutidens Danmark, må det forventes, at der altid vil gives retsdogmatiske tvivsspørgsmål.(1) Hvis dette er rigtigt, vil der til enhver tid bestå retsdogmatiske sandheder, som de retskilder, der foreligger på det pågældende tidspunkt, ikke tillader os at identificere. For sagen er jo, at hvis de to hypoteser er kontradiktoriske modsætninger(2) som i det skatteretlige eksempel ovenfor, *må den ene være sand*; vi kan blot ikke fastslå hvilken. Men at der virkelig skulle findes retsdogmatiske sandheder, som vi ikke kan erkende, forekommer besynderligt. Gældende ret er i det hele skabt af retskilderne. Den retsdogmatiske kendsgerning, som beskrives i den sande af de to hypoteser, må derfor i det hele være tilvejebragt af retskilderne. Det synes at måtte følge, at vi kan fastslå kendsgerningens eksistens ved at udforske retskilderne. Denne nærliggende tanke underbygges af den kendsgerning, at retskilderne er menneskeskabte, og vel at mærke ikke af gådefulde for længst afdøde civilisationer men af lovgivere og dommere, der oftest er vores samtidige. Som nævnt er det imidlertid en almindelig erfaring, at dette ikke altid står i vores magt.

De to ovenfor nævnte banaliteter skaber tilsammen det billede, at retskilderne som hovedregel gør det evident, hvad der på et eller

andet punkt er gældende ret. Vedrørende dette omfattende område af retsuniverset har vi viden om gældende ret, som skildres i juridiske monografier, lærebøger og kommenterede love. Samtidig er der imidlertid til hver en tid et grænseland, hvor retskilderne lader os i stikken ved at understøtte uforenelige synspunkter om, hvad gældende ret går ud på. Det er især dette grænseland, der har retsvidenskabelig interesse, idet forskning i det store fremkommelige område risikerer at ende i omformuleringer af allerede kendt viden.

Dette billede giver anledning til spørgsmålet, hvordan man kommer fra velunderbyggede retsdogmatiske hypoteser til retsdogmatisk sandhed. Hvordan udpeger vi vinderen blandt de rivaliserede hypoteser? Hvordan kommer vi videre i betragtning af, at problemet kun opstår, fordi retskilderne er det eneste, som vi har at holde

46

os til, men tørrer ud uden at give os løsningen? Den sande hypotese synes at måtte udpeges af noget, som ikke er en retskilde, men af hvad og hvordan? Dette er det centrale spørgsmål inden for *retsdogmatikkens erkendelsesteori*. Svaret udforskes i retsfilosofien og er af åbenbar interesse for retsvidenskabelig forskning. Svaret har imidlertid også betydning for dommere, advokater og forvaltningspersonale, som har behov for at fastslå indholdet af gældende ret for at kunne afgøre retstvister, rådgive klienter og forvalte på lov-mæssigt grundlag.

2. Münchhausens trilemma møder behovet for vished om gældende ret

Her er et argument, som viser, at intet kan definitivt bevises, begrundes eller godtgøres: Beviset indleder en uendelig tilbageføring af begrundelser, hvor *A* forklares, begrundes eller bevises under henvisning til *B*, som på sin side forklares, begrundes eller bevises under henvisning til *C*, osv. i det uendelige. Denne tilbageføring kan kun bringes til en afslutning på én af tre måder. (1) Enten lokaliserer vi udsagn, der er selvindlysende og derfor ikke selv har behov for begrundelse. Dette lykkes i praksis sjældent eller aldrig. (2) Eller vi kan på et eller andet punkt i tilbageføringen, f.eks. *C*, vilkårligt beslutte, at dette er forklaring nok. Dette er det samme som at sige, at *A* reelt ikke forklares, fordi forklaringen henviser til et postulat i form af tilbageføringens slutpunkt *C*. (3) Eller vi kan gøre begrundelsen cirkulær: I så fald begrundes *C* under henvisning til *A*, således at *A* via en omvej over *B* og *C* forklarer sig selv. Dette er naturligvis heller ikke nogen forklaring. Problemstillingen kaldes justifikationsparadokset eller *Münchhausens trilemma*.(3)

Retsregler er indført af mange forskellige grunde. En er at gøre det muligt at regulere adfærd i en socialt acceptabel retning. Dette sker ved en sanktioneret pålæggelse af handlepligter og undladel-

sespligter. Andre regler, f.eks. aftaleloven og købeloven, er indført for at tillade de retsundervgivne at maksimere deres handlemuligheder og økonomiske udkomme. Disse og beslægtede hensyn har tilfælles, at de kun tilgodeses i den udstrækning, der findes mekanismer, som gør det muligt at fastslå retsreglernes indhold. Dette ledte *H.L.A. Hart* til i *The Concept of Law* at hævde, at avancerede retsforfatninger indeholder såkaldte pådommelsesregler (*»rules of adjudication«*), som bestemmer, hvordan indholdet af gældende ret autoritativt og definitivt fastlægges.⁽⁴⁾ Sådanne regler bringer os med andre ord fra støtte i retskilderne til retsdogmatisk sandhed i alle tilfælde. At beskrive disse regler er en opgave for retsfilosofien. Beskrivelsen udgør en specifikation af *»efterprøvelsesbetingelserne for retsdogmatiske udsagn«*,⁽⁵⁾ dvs. den metode, som vi anvender til at fastslå, om et sådant udsagn er sandt eller falsk. Retsordenen har som nævnt et kronisk og påtrængende behov for en sådan procedure. I det følgende drøfter jeg fire forskellige forsøg på at beskrive den. Forsøgene snubler, fordi de ikke kan forklare, hvordan vi inden for retsdogmatikken gør op med Münchhausens trilemma. Afslutningsvis formulerer jeg et bedre alternativ, som er i stand dertil.

3. Løsningsforslag 1: Metodeoverensstemmelse som surrogat for sandhed

En mulighed er at overlade det til juridisk metode at udpege den sande hypotese. I nordisk retsfilosofi er dette løsningsforslag bedst kendt som kernen i *Preben Stuer Lauridsens* retsteori.⁽⁶⁾ Forslaget løber med det samme ind i uoverstigelige vanskeligheder.

For det første drøfter vi her situationen, at rivaliserende retsdogmatiske hypoteser hver især stemmer med en del af de samlede retskilder, og at ingen anerkendt metode til vægning af retskilderne giver grundlag for at foretrække den ene hypotese frem for de andre. I denne situation er den eneste vej frem at tage stilling til de *argumenter*, som bringes på bane til støtte for dem. Denne fremgangsmåde vil imidlertid aldrig kunne udpege den sande hypotese, eftersom kritikken ikke tillader os at identificere de argumenter, hvis konklusioner er falske. Dette skyldes, at konklusionen på et ræsonnement kan være sand, selvom præmisserne er falske, eller konklusionen ikke følger af præmisserne, eller begge dele. Kritikken kan derfor ikke dokumentere, at en konklusion er falsk, men kun, at den ikke er bevist.⁽⁷⁾

For det andet findes der højst én metode inden for en given viden- skab, som *altid* fører til det rigtige resultat. Dette skyldes, at hvis to metoder er andet end blot omformuleringer af hinanden, må det sommetider ske, at de fører til forskellige, dvs. uforenelige, resultater på grundlag af samme mængde af data. Imidlertid kan kun et af resultaterne være sandt, hvorfor mindst en af metoderne må være defekt. Forsøget på at identificere den unikke, kvalificerede metode, som altid udpeger den rette vinder,

47

er imidlertid forbundet med uoverstigelige vanskeligheder. Det viser sig hurtigt, at vi er henvist til at beskrive den som den metode, der er bedst egnet til at føre os til sandheden, hvilket gør tankegangen cirkulær.

4. Løsningsforslag 2: Hver mand sin metode

I stedet kunne man mene, at det skal overlades til den enkelte forsker at fastsætte den efterprøvelsesmetode, der skal gælde for hans hypoteser. Dette standpunkt er for nylig blevet forfægtet af *Jørgen Steen Sørensen*:

»Spørger man den »gennemsnitlige« teoretiker om, hvad der sigtes til med et udsagn om et givet juridisk tvivlsspørgsmål, vil svaret formentlig i langt de fleste tilfælde være, at det er *baseret på sædvanlig juridisk metode*

og skal bedømmes derefter - det er en mere eller mindre vellykket anvendelse af de argumentations- og retskildeteknikker, der er anerkendt i dansk ret. Og efterprøvelsen af udsagnets *korrekthed (holdbarhed)* må derfor i *første række* bestå i en vurdering af, om der er taget højde for det samlede sæt af retskilder, der er accepteret på området, og om disse retskilder i givet fald er afvejet rimeligt over for hinanden, i det omfang de ikke alle fører til samme resultat.«⁽⁸⁾

Antag imidlertid, at en juridisk forsker har fået en indremissionsk opdragelse. Han tager stilling til et strafferetligt tvivlsspørgsmål og tilføjer, at hans stillingtagen er sand, hvis men kun hvis den stemmer med Guds vilje, og at efterprøvelsen derfor består i en læsning af Bibelen. Når hans omgivelser spagfærdigt indvender, at Gud ikke kommer ind i billedet inden for retsdogmatikken, svarer han, at det må være den enkelte teoretiker, der er nærmest til at forklare, hvad der er hans udsagns meningsindhold og verifikationskriterium. En gudløs forskerkollega, der tager stilling til samme tvivlsspørgsmål, er vokset op på Christiania og hævder – med et standpunkt, som han har læst sig til i Arbejderbladet – at hans retsdogmatiske hypotese er sand, hvis men kun hvis den er egnet til at tjene som våben for arbejderklassens interesser i den konflikt, som aldrig sover, klassekampen. Han tilføjer, at hans opfattelse følgelig afstedes ved, at man konstaterer, om det er i det arbejdende folks interesse, at opfattelsen fremføres for domstolene.⁽⁹⁾

Problemet i Jørgen Steen Sørensen's standpunkt viser sig med det samme. Det opstår, uanset om de to forskere giver (A) samme eller (B) forskellige svar på det omtvistede spørgsmål.

(A) Antag, at de to forskeres retskildestudier udmunder i *samme* svar på det omhandlede tvivlsspørgsmål. Eftersom studierne følger kristne henholdsvis marxistiske retningslinjer, kan det tænkes, at det ene sæt retningslinjer udpeger svaret som sandt, mens det andet medfører, at det er falsk. I så fald er mindst en af efterprøvelsesmetoderne defekt, men vi ved ikke hvilken. Antag til illustration, at begge forskere besvarer spørgsmålet, om retsreglen *R* indgår i gældende ret, med *ja*, og at det kristne efterprøvelseskriterium udpeger dette svar som sandt, mens det marxistiske medfører, at det er falsk. Hvordan skal vi da vide, om deres samstemmende retsforståelse er sand eller ej? Når den marxistiske forsker opgiver opfattelsen, fordi hans kriterium stempler den som falsk, begår han da en fejl? Når den marxistiske forsker opgiver opfattelsen, fordi hans kriterium stempler den som falsk, begår han da en fejl? En anden mulighed er selvsagt, at begge kriterier er defekte, og at det er et rent tilfælde, at et af dem udpeger det rigtige svar.

(B) Antag i stedet, at de to forskere besvarer det omtvistede spørgsmål med *ja*, henholdsvis *nej*. To kontradiktorisk modsatte udsagn, f.eks. »*R* er gældende ret« og »*R* er ikke gældende ret«, kan ikke begge være sande eller begge falske. I denne situation må vi derfor konkludere, at mindst en af efterprøvelsesmetoderne er defekt, fordi den udpeger en falsk hypotese som sand. Vi ved imidlertid også, at et af svarene er sandt. Problemet er, at vi er afskåret fra nogen sinde at konstatere, hvilken af metoderne der er defekt, og følgelig også afskåret fra at fastslå, om *ja* eller *nej* er det sande svar. Igen må vi tilføje, at det kan tænkes, at *begge* kriterier er defekte. Hvad enten det er den marxistiske eller den indremissionske teori, der udpeger det sande svar, er udpegningen resultatet af et lykketræf, eftersom teorierne er absurde. (En absurd teori kan imidlertid udmærket udmunde i et sandt svar. Vi har trods alt 50 % chance for at få det rigtige

48

svaret ved at slå med en mønt; vi ved bare ikke, om sandheden klæber til plat eller krone.)

En undersøgelse af, om de to hypoteser er (med *Jørgen Steen Sørensen's* ord) »korrekte« eller »holdbare«, kan stille sig tilfreds med at vurdere, om der er taget højde for det samlede sæt af

retskilder, og om de i givet fald er afvejet på en rimelig måde over for hinanden. En sådan vurdering er ensbetydende med en stillingtagen til, om gængs juridisk metode er fulgt i de to forskeres arbejde med de foreliggende retskilder. Som nævnt kan man tænke sig, at svaret er ja. I sig selv har dette imidlertid ingen betydning. Det skyldes, at begge hypoteser som nævnt kan overleve korrektheds-testen, selvom kun en af dem er sand. Før vi ved, hvilken det er, ved vi ikke, hvad der adskiller retsdogmatisk erkendelse fra fornuftige gætterier.

At vi stadig har behov for at få forklaret, hvordan vi kommer fra korrekthed (holdbarhed) til sandhed, antydes i den citerede passage, når det hedder, at efterprøvelsen i »første række« består i den omtalte vurdering af grundighed og rimelighed i retskildebehandlingen. Det rejser spørgsmålet, hvad efterprøvelsen går ud på i anden række. Dette må være den interessante række, eftersom det først er her, vi når frem til retsdogmatisk viden.

Jørgen Steen Sørensen kommer ikke ind på spørgsmålet men formulerer i stedet et princip om hver forsker sin metode:

». . . Det må være den enkelte teoretiker, der er nærmest til at forklare, hvad det præcise meningsindhold i vedkommendes udsagn er, og hvad der dermed er udsagnets verifikationskriterium [dvs. efterprøvelsesbetingelser]. Hvis jeg f.eks. fremsætter en påstand om et strafferetligt tvivlsspørgsmål og samtidig tilføjer, at det ikke - eller i hvert fald ikke i første række - er fremtidig retspraksis på området, jeg sigter til (men noget andet . . .), giver det ikke mening, at det skulle være udviklingen i fremtidig retspraksis, der afgør, om jeg har ret.«(10)

Tre indsigelser melder sig med det samme.

For det første løser princippet om hver mand sin metode ikke spørgsmålet, hvordan vi kommer fra holdbarhed til sandhed. Eksemplet ovenfor med den marxistiske og den indremissionske retsforsker illustrerede jo, at deres respektive metode kan føre dem til to forskellige resultater, som ikke begge kan være sande.

For det andet er den enkelte forskers egen opfattelse af, hvad hans tesser går ud på, og hvordan de efterprøves, uden betydning for deres videnskabelige kvalitet. Dette gælder i al almindelighed og også inden for retsdogmatikken. En zoolog kan ikke selv bestemme, hvad der ligger i begrebet pattedyr, eller hvordan man skal efterprøve hans påstand, at en hidtil ukendt dyreart, som han faldt over under et anstrengende ophold i Amazonas, er et pattedyr. Tilsvarende er det uden mening for en matematiker at hævde, at $2+2=4$, og tilføje, at dette udsagn ikke skal anses for at kunne gøres til genstand for et mængdeteoretisk bevis. En hypotese om et retsdogmatisk tvivlsspørgsmål er per definition en påstand om gældende ret. Den enkelte retsforsker kan ikke selv vælge, hvad der ligger i det retlige gældbegreb, eller hvordan hans hypotese efterprøves. Hvis han hævder, at den danske fraflytningsbeskatning er i strid med EU-retten, og tilføjer, at dette ikke skal opfattes som en påstand, der kan af testes under henvisning til fremtidig retspraksis, må vi replicere, at dette svarer til at hævde, at fugles jordmagnetiske sans er lokaliseret i kråsen med tilføjelsen, at dette ikke skal opfattes som en påstand, der er egnet til efterprøvelse ved hjælp af iagttagelser af fugle.

For det tredje er det forståeligt, hvorfor nogen retsforsker skulle finde på at sige, at det ikke er fremtidig retspraksis, der afgør, om han har ret. Jeg er aldrig stødt på standpunktet i nogen retsdogmatisk fremstilling inden for *mainstream* retsforskning.(11) Som det fremgår af eksemplet med den kristne og den marxistiske retsdogmatiker, er standpunktet uortodokst og vil normalt blive anset for videnskabeligt diskvalificerende. Langt de fleste danske jurister vil indtage det modsatte standpunkt, at »the law is what the courts say it is« eller med andre ord, at når Højesteret har taget stilling til et omtvistet retligt spørgsmål, er svaret gældende ret, hvad enten man kan lide det eller ej. Dette standpunkt er så fuldstændigt

fremherskende, at det netop sagte må kaldes en tredje banalitet vedrørende retsdogmatiske udsagns efterprøvelsesbetingelser.

5. Løsningens første led

Med den nævnte tredje banalitet kan vi indlede et svar på spørgsmålet indeholdt i denne artikels titel. Svaret indeholder to led. Det første er at betone, at overgangen fra støtte i retskilderne til retsdogmatisk sandhed afhænger af fremtidig retspraksis og intet andet.(12) Ingen anden opfattelse kan forklare, hvorfor to indbyrdes uforenelige påstande om gældende ret begge kan finde støtte i de foreliggende retskilder. Det er aftestning i form af fremtidig retspraksis, der udgør den »anden række« i efterprøvelsen, som *Jørgen Steen Sørensen* lader uomtalt. Det

49

eneste, man kan nå frem til på grundlag af et studium af retskilderne – *Jørgen Steen Sørensen*'s »første række« – er mere eller mindre sandsynlige forudsigelser om, hvad den retsopfattelse går ud på, som kommer til udtryk i relevante fremtidige domme.

Antag, at Højesteret afsiger en dom, hvori retten tager stilling til, om retsreglen *R* er gældende ret. Antag videre, at en person en time efter afsigelsen med den spritnye dom i hånden udtaler »I denne dom lægger Højesteret *R* til grund for afgørelsen; men dette betyder ikke, at *R* er nugældende dansk ret«. Han giver dermed udtryk for et standpunkt så aparte, at ingen kan føle sig sikker på, hvad der menes.(13) De fleste jurister vil som nævnt svare ham, at *R* er gældende ret, når Højesteret siger det, og de vil begrunde dette ved at henvise til, at det er Højesterets opgave at træffe afgørelse om, hvad der er gældende ret. Denne tanke udgør et fuldstændigt grundlæggende led i danske juristers opfattelse af juridisk metode. En lærebogsforfatter, der forfægter det standpunkt, at *R* er en del af gældende ret, kan ikke lade som ingenting, hvis Højesteret en dag klart udtaler, at dette ikke er tilfældet. Forskeren skal rette ind efter Højesteret; situationen er ikke, som *Preben Stuer Lauridsen* mente, at Højesteret skal rette ind efter forskeren.

Stuer Lauridsen udtaler, at »det ville være absurd at ophøje domspraksis til selve kriteriet for retsdogmatisk korrekthed. En ukorrekt beskrivelse kan naturligvis ikke blive korrekt af at blive gentaget i en dom og en korrekt ikke forkert ved at blive modsagt«. (14) Det er rigtigt nok, at en falsk retsdogmatisk påstand (»ukorrekt beskrivelse« i Stuer Lauridsens terminologi) ikke bliver sand af at blive gentaget, dvs. lagt til grund, i en dom. Ingen påstand kan skifte sandhedsværdi ved at blive gentaget eller tiltrådt. Hvis udsagnet er falsk (f.eks. »Jorden er flad«), vedbliver det at blive falsk, selvom eventuelt hele menneskeheden slutter op om det. Stuer Lauridsens udtalelse viser imidlertid ingenting, eftersom han ikke har ret til at *forudsætte*, som han gør, at en retsdogmatisk påstand kan være falsk, selvom den udtrykker en retsforståelse, som godkendes i en dom. Det eneste, som han har ret til, er påstanden, at en retsdogmatisk påstand, som vi alle *anser for* at være falsk, ikke bliver sand af at blive lagt til grund i en dom. Denne påstand er imidlertid klart forkert. Hvis Højesteret kommer frem til, at den danske fraflytningsbeskatning stemmer med fællesskabsretten, følger, at alle, der mente noget andet, tog fejl.

Vi konkluderer, at vinderen blandt de rivaliserende retsdogmatiske hypoteser er den, som stemmer med den retsforståelse, som kommer til udtryk i relevante fremtidige højesteretsdomme.

Imidlertid er det nærliggende at indvende, at retsdogmatisk udsagn ikke kan verificeres af domme, der er forkerte. Dette er en potentielt ødelæggende vanskelighed (fortsætter indvendingen), idet alle domme, herunder højesteretsdomme, kan være forkerte. Tilbageføringen af begrundelser til højesteretsdomme går følgelig ikke langt nok. *Vi har behov for en metode, der udskiller de rigtige fra de forkerte højesteretsdomme.* Det er på dette punkt, at de virkeligt interessante problemer opstår.

6. Løsningsforslag 3: Eftertiden som overreferent for Højesteret

Peter Blume har gennem en årrække forfægtet det forslag, at de rigtige højesteretsdomme er de, som fastlægger en retsforståelse, som *anerkendes* eller *tiltrædes* af eftertiden. Han udtrykker tanken med ordene, at en højesteretsdom kun er et præjudikat, hvis den kan stå mål med eftertidens kritik.(15) Med eftertiden sigter han til forvaltningen, den akademiske teori samt by- og landsretterne. I det følgende tager jeg først teorien som eksempel, da Blume anser professoralt blåstempling for tilstrækkelig til at gøre en højesteretsdom rigtig og dermed forlene den med præjudikatstatus.(16)

Hvem er overreferenternes overreferent?

Spørgsmålet opstår med det samme, hvordan vi skal reagere, hvis teoretikerne er uenige i deres bedømmelse.(17) Hvilket efterprøvelseskriterium fastslår, hvilken af to eller flere indbyrdes uforenelige bedømmelser af højesteretsdommen, der er den rette? Hvis en dom afsagt i januar 2011 udsættes for professoralt kritik i januar 2012, hvorefter den tages professoralt i forsvar i januar

50

2013, i hvilke dele om nogen af denne toårige periode har dommen da været præjudikat? Og hvad er status efter meningsudvekslingen – er dommen et præjudikat i 2014?(18)

Et andet spørgsmål vedrører professoralt tavshed. Vi har behov for at vide, om en højesteretsdom bliver til et præjudikat, blot fordi den ignoreres af professorerne, og hvordan vi skal håndtere den kendsgerning, at ingen kan vide, hvornår en eventuel kritik sætter ind. Hvad skal befolkningen og by- og landsretterne stille op, indtil en afklaring foreligger? Antag, at ti års tavshed om en højesteretsdom en dag afløses af intens og vedholdende kritik i UfR fra en række forskellige forfatteres hånd, og at ingen tager dommen i forsvar. Gennem de ti år er dommens retsforståelse naturligvis lagt til grund af de retsanvendende myndigheder *inklusive Højesteret selv*. I medfør af Blumes kriterium betyder den pludselige kritik, at dommen var forkert, og at den faste og klare retsanvendelse gennem de ti år pludselig afsløres som en fast og klar retsvildfarelse. Dette resultat, der er åbenlyst absurd,(19) har betydning, fordi vi aldrig ved, om ikke den skildrede situation faktisk bliver til virkelighed. En hvilken som helst højesteretsdom risikerer at blive skydeskive for kritik i morgen. Dette betyder, at vi ifølge Blume ikke på noget givet tidspunkt ved, hvilke højesteretsdomme om nogen der er præjudikater på det pågældende tidspunkt. Dermed er højesteretspraksis og indirekte enhver retspraksis ophørt med at være en retskilde.

Godkendelsestanken er i strid med dansk statsret

Såfremt godkendelsen skal indløbe fra forvaltningen, er domstolens grundlovssikrede kontrol med forvaltningen reduceret til forvaltningens kontrol af sig selv. Dermed er grundlovens § 63 og EMRK art. 6 ophævet.

Dersom juraprofessorernes blåstempling er en almindelig forudsætning for, at domme er præjudikater, gælder dette også de domme, hvori Højesteret udøver sin kontrol med lovgivningens overensstemmelse med grundloven. Dermed er professorerne blevet til en fjerde statsmagt i strid med grundlovens § 3.

Hvis blåstemplingen af en dom er en forudsætning for dens præjudikatstatus, står det i professorernes magt at bestemme, i hvilken udstrækning domstolene er en retskilde, idet de domme, der ikke opnår godkendelsen, ikke har større betydning for fastlæggelsen af gældende ret end H.C. Andersens eventyr. Dermed har de juridiske fakulteter overtaget en af Højesterets to hovedfunktioner.(20)

Hvordan kan en advokat argumentere imod en højesteretsdom, som er ugunstig for hans sag?

En advokat, der procederer en sag for Højesteret, er nødt til at tage et opgør med en højesteretsdom, der står i vejen for hans sag. Han kan i den forbindelse gøre det *retspolitiske* standpunkt gældende, at den ved dommen fastlagte retstilstand bør ændres. Opgaven er ikke misundelsesværdig, men den giver mening, og der er intet til hinder for, at Højesteret følger hans anbefalinger.

I stedet kan han argumentere for det *retsdogmatiske* standpunkt, at dommen ikke indgår i gældende ret. Også dette standpunkt giver mening og kan få medhold, f.eks. med begrundelsen, at dommen er blevet derogeret af en senere dansk lov eller er i strid med trinløbere dansk eller fremmed lovgivning. Hvad han imidlertid *ikke* kan er at begrunde det retsdogmatiske standpunkt ved at påstå, at dommen er blevet afvist af forvaltningen og by- eller landsretterne eller kritiseret af teorien. Begge disse begrundelser er udtryk for misforståelser – blot to forskellige.

(1) Den førstnævnte begrundelse vil uvægerligt fejle, eftersom forvaltningen og by- og landsretterne er forpligtet af højesteretsdomme og naturligvis holder sig denne pligt efterrettelig. Fra det øjeblik dommen offentliggøres, bliver den efter bedste evne søgt fulgt af alle retsanvendende myndigheder, herunder af de dommere i Højesteret, der eventuelt har afgivet dissens vedrørende retsforståelsen og derfor betragter flertallets opfattelse som en retsvildfarelse. Så snart dommen er offentliggjort, er den et præjudikat. *Ikke* at følge den er derfor en fejl, som kan begrunde tilsidesættelse af forvaltningsakter og domme og i grelle tilfælde udløse erstatningsansvar for forvaltningen og advokatkontorer.

Vi kan udtrykke forholdet på den måde, at dansk ret bygger på både *stærk og svag domstolssupremati*.(21) Sidstnævnte betegner det forhold, at myndighederne har pligt til at tvangsfuldbyrde en upåankelig dom, selvom den udmønter en retsvildfarelse; herunder selvom vildfarelsen kommer for en dag, før dommen bliver taget i fagedretten, fordi der inden da bliver afsagt en højesteretsdom, som viser, at der er tale om en vildfarelse. Stærk domstolssupremati vil sige, at myndighederne har pligt til at lægge retsvildfarelsen til grund i fremtidige sager, indtil den derogeres af lovgivning eller en trinløbere dom.

(2) Ej heller kan advokaten begrunde påstanden, at den genstridige højesteretsdom ikke er en del af

51

gældende ret, ved at henvise til, at den er blevet kritiseret i teorien. Det bliver højesteretsdomme ganske rigtigt af og til, men forholdet er irrelevant. *Ingen kritik kan fratage en højesteretsdom dens status af præjudikat*. Den ved dommen fastlagte retstilstand varer ved, indtil Højesteret skifter mening, eller Folketinget vedtager en modstående lov, jf. det netop sagte om stærk domstolssupremati. Det er uden betydning, at der eventuelt fremkommer vedholdende og samstemmende kritik fra juraprofessorer i UfR, ledende artikler i Politiken og læserbreve i DJØF-bladet. Dette skyldes, at ingen af disse er retskilder og derfor ikke kan stifte, ændre, fastholde eller ophæve nogen del af gældende ret. Den eneste fornuft, der kan ligge i at henvise til, at dommen er blevet kritiseret, er som belæg for den allerede nævnte *de sententia ferenda*-betragtning, at Højesteret bør benytte lejligheden til at ændre retstilstanden.

Intet af det ovenfor sagte strider mod den kendsgerning, at højesteretsdomme har behov for fortolkning, og at fortolkningen undertiden frembyder vanskeligheder. Højesteretsdomme er som nævnt en retskilde fra det øjeblik de offentliggøres, og fortolkningsbehovet og fortolkningsvanskelighederne består for alle retskilders vedkommende.

7. Løsningsforslag 4: Ross' tanker i Om ret og retfærdighed

Alf Ross reagerer på bekymringen om forkerte domme ved at opfatte udsagnet, at en højesteretsdom er forkert, som ensbetydende med, at den ikke vil blive fulgt i fremtidige højesteretsdomme. (22) Hvis to uforenelige hypoteser finder samme støtte i retskilderne, er ifølge Ross den af dem sand, som udtrykker den retsopfattelse, som lægges til grund i en fremtidig højesteretsdom, *forudsat* at retsforståelsen i den pågældende dom følges i senere højesteretsdomme. Dette virker umiddelbart fornuftigt nok. Sandheden er imidlertid, at Ross snubler over Münchhausens trilemma. Der indledes jo en uendelig tilbageføring af begrundelser for udsagnet »Retsreglen *R* er gældende ret«. Hvert led i tilbageføringen henviser til en dom *D* og tager det forbehold, at den retsforståelse, som kommer til udtryk i *D*, gentages i den efterfølgende dom *D1*. Imidlertid må det forudsættes, at *D1* er rigtig, hvilket betyder, at der må tages forbehold for, at retsforståelsen i *D1* gentages i den senere dom *D2*, osv. i det uendelige. Det følger, at intet udsagn om gældende ret nogen sinde verificeres, fordi vi ved hvert led *D* i kæden af domme ikke kan komme til en afgørelse, før den næste dom *D** er indtrådt, der udmønter den samme retsopfattelse som *D*.

Et eksempel: I medfør af en fast og klar praksis indledt så langt tilbage som U 1881.477 var det nok til at statuere stiltiende ankeafkald, at domfældte uden ankeforbehold foretog en frivillig opfyldelse af dommen, dvs. en uopfordret opfyldelse før udløb af eksekutionsfristen. I U 2000.1490 H kom Højesteret imidlertid frem til, at der skulle kræves mere end dette. (23) Derved ændrede Højesteret en domstolsskabt regel, uden at der i øvrigt var indtrådt ændringer i retskilderne. Alle jurister vil beskrive denne situation med ordene, at den retsdogmatiske påstand »Frivillig forbeholdsløs opfyldelse af en dom udløser et stiltiende ankeafkald« var sand frem til afsigelsen af dommen i 2000. De vil i overensstemmelse hermed tilføje, at dommen ændrede gældende ret.

Ross fortolker praksisændringen helt anderledes. Hans opfattelse er vanskelig at beskrive på en forståelig måde, da den indeholder en modsigelse. Han er forpligtet til at hævde, at dommene frem til 2000 alle sammen er forkerte i begrundelsen, eftersom dommen fra 2000 bevirker, at de bygger på en misforståelse af gældende ret. Det følger, at dommen fra 2000 ligeledes bevirker, at i hvert fald nogle af disse ældre domme i virkeligheden også var forkerte i resultatet. Videre følger, at påstanden »Frivillig forbeholdsløs opfyldelse af en dom udløser et stiltiende ankeafkald« fremsat f.eks. i 1900, 1950 eller 1990 var *falsk*, til trods for at den udgjorde en dengang uangribelig beskrivelse af den da foreliggende retspraksis. Disse konklusioner er uden mening. En dom, der ved afsigelsen er rigtig i resultatet, kan ikke retroaktivt blive forkert, blot fordi gældende ret ændrer sig. Ross' lære medfører, at gældende ret kan ændre sig med tilbagevirkende kraft. Dette er absurd. Gældende ret skabes ikke af fremtiden og kan ikke retroaktivt ændres som følge af fremtidige forholds indtræden. (24)

Ross' standpunkt ville have været det samme, selvom ændringen først var indtrådt om f.eks. 200 år og er udtryk for, at Ross lader prognoseteorien kerne af sandhed glide sig af hænde. Det tager jo ikke brodden af Münchhausens trilemma, at tilbageføringen af begrundelser henviser til fremtidige forhold i stedet for, som normalt, fortidige.

Dertil kommer, at hvis retskilderne ændrer sig, inden den senere dom indtræder – f.eks. fordi Folketinget vedtager en lov, som fastsætter betingelserne for et stiltiende ankeafkald – vil vi aldrig konstatere, om den oprindelige dom er rigtig, og dermed heller ikke, om den verificerer påstanden »Frivillig forbeholdsløs opfyldelse

af en dom udløser et stiltiende ankeafkald« eller dens negation. Imidlertid må en af dem være sand. (25)

52

Vi behøver ikke at tage drøftelsen videre. Ross' opfattelse rammes af samme vanskeligheder som *Peter Blumes* godkendelsestanke, da der i begge tilfælde er tale om, at højesteretsdommes præjudikatstatus hævdes at bero på efterfølgende begivenheder. Den eneste væsentlige forskel er, at Ross kun inddrager Højesteret som godkendende myndighed, mens Blume i strid med de retsanvendende myndigheders hierarkiske struktur peger på underretterne og forvaltningen.

Det kan naturligvis tænkes, at Højesteret om 20 år vender tilbage til retstilstanden før 2000. Dette betyder, at den nævnte retroaktive virkning retroaktivt neutraliseres. Der er intet her, der fortjener nærmere drøftelse. Ross' prognoseteori har ramt klipperne. Hans standpunkt svarer til at hævde, at udsagnet »København var Danmarks hovedstad i 2013« kan skifte fra at være sandt til falsk og derefter tilbage til sandt.

Sammenfattende kan vi i udforskningen af retsdogmatiske udsagns efterprøvelsesbetingelser ikke stille os tilfreds med den udformning af prognoseteorien, som Ross forfægtede. Han har ret i, at fremtidig retspraksis er et uundværligt element i verifikationen af retsdogmatiske udsagn, men hans svar på indvendingen om forkerte domme betyder, at verifikationsproblemet genopstår.

8. Løsningens andet led

For at komme videre må vi gribe til løsningens andet led. Dette led foretager den nødvendige modifikation af Ross' udformning af prognoseteorien ved at påpege, at man i en avanceret retsorden som den danske gør op med Münchhausens trilemma ved at indrette sig med en domstol, som har de to særlige egenskaber, at den har enekompetence til endeligt at fastslå, hvordan retskilderne skal forstås, dvs. hvad der er indholdet af gældende ret, og i udøvelsen af denne kompetence er *ufejlbarlig*. Endegyldigheden tilvejebringes ved at gøre domstolens afgørelser inappellable. Ufejlbarligheden sikres i kraft af en ordning, som går ud på, at den retsforståelse, som domstolen lægger til grund for en afgørelse, skal behandles, *som om den er rigtig per definition*. De to egenskaber er i realiteten identiske. At Højesteret har kompetence til endeligt at fastlægge retsreglernes indhold er det samme som at sige, at *intet tæller som dokumentation for, at den af Højesteret anlagte forståelse er forkert. Den fortolkning af retskilderne, som Højesteret lægger til grund, regnes for sand i kraft af det blotte forhold, at Højesteret lægger den til grund.*

Den omtalte enekompetence tilkommer Højesteret vedrørende retsregler, som kun forpligter danskere. En del retsregler, der forpligter danskere, forpligter også andre, og desangående har Højesteret ikke den nævnte enekompetence, som i stedet tilkommer den højeste domstol i de pågældende overnationale retssystemer. De heraf flydende komplikationer i formuleringerne underforstås i det følgende, hvor talen kun er om specifikt danske regler. (26)

Den endelige verifikation af retsdogmatiske påstande afhænger følgelig *ene og alene af, om påstanden tiltrædes af Højesteret. Der findes ingen anden endelig efterprøvelse af påstande om gældende ret.* Denne særstatus er mulig, fordi Højesteret, når retten tager stilling til, hvordan retskilderne skal forstås, skaber eller tilvejebringer selve det faktum, som den pågældende stillingtagen beskriver. Det tilsvarende gælder ikke en fysiker eller zoolog, der fremsætter hypoteser om de foreliggende empiriske data. En zoolog, der undersøger det mærkelige dyr, som han fandt i Amazonas, gør ikke dyret til en hidtil ukendt type pungrotte ved at sige, at det er en hidtil ukendt type pungrotte. Men når Højesteret siger, at reglen *R*

indgår i gældende ret, så indgår *R* i gældende ret, blot fordi Højesteret siger det.

Münchhausens trilemma neutraliseres således i kraft af en ordning, der går ud på, at en gruppe af mennesker er tillagt kompetence til at bestemme, hvad de kendsgeminger går ud på, som de rivaliserende retsdogmatiske hypoteser handler om. *De bestemmer dette ved at tilvejebringe kendsgemingerne*. En præst, der udtaler, »Jeg døber hermed dette barn Sofie«, beskriver ikke en dåbshandling, men tilvejebringer med sin ytring den omstændighed, at barnet nu er døbt Sofie. Når Højesteret udtaler, at *L* skal fortolkes som *R**, beskriver dommerne tilsvarende ikke gældende ret men frembringer den retsdogmatiske kendsgemning, at *L* udmønter *R**.

Det følger, at udsagnet, at Højesterets retsforståelse er i strid med gældende ret, er en selvmodsigelse. Udsagnet giver kun mening, hvis det fortolkes som en misvisende formulering af (A) det retspolitiske standpunkt, at Højesteret bør ændre den retstilstand, som indføres med dommen, (B) den retsdogmatiske påstand, at dommen er udtryk for en ændring af retstilstanden, eller (C) det retsdogmatiske synspunkt, at der *efter* dommen er tilkommet nye retskilder, som derogerer den. Af disse er alternativ (A) i praksis langt det vigtigste. (B) kan dårligt i sig selv være en kritik men kan kombineres med (A) som udsagnet, at dommen er udtryk for en uønsket ændring af retstilstanden.

En eventuel praksisændring i Højesteret er af tilsvarende grunde ikke udtryk for, at den forkastede retsopfattelse var forkert, men er per definition udtryk for en

53

ændring i gældende ret. Ny lovgivning, der derogerer en højesteretsdom, er tilsvarende per definition ikke en korrektion af en fejltagtig højesteretsdom, men en ændring af retstilstanden.

9. Fire præciseringer og en indrømmelse

Vi kan slutte med fire præciseringer og en indrømmelse.

For det første: Det, som er sandt per definition, er påstandene »Reglen *R* indgår i gældende ret, hvis Højesteret siger, at den gør det« og »Reglen *R* er gældende ret, eftersom Højesteret siger, at den er det«. Derimod er påstanden »Reglen *R* er gældende ret« naturligvis ikke sand per definition. Hvis påstanden er sand, er det i medfør af retskilderne, herunder højesteretspraksis. Lad *R* være påstanden, at bevisbyrden for indbrud påhviler forsikringsselskabet. Spørgsmålet, om den påhviler selskabet eller forsikringstager, var længe tvivlsomt men blev på et tidspunkt afgjort af Højesteret til gunst for sidstnævnte. Udsagnet »Bevisbyrden for indbrud påhviler selskabet« er sandt, fordi det fremgår af de forsikringsretlige retskilder, her en nærmere bestemt højesteretsdom. Retsstillingen kunne have været anderledes; vi kan sagtens forestille os, at Højesteret var kommet til et andet resultat. Udsagnet er derfor ikke sandt per definition. Hvad der er sandt per definition er det retsfilosofiske udsagn »Bevisbyrden påhviler selskabet, eftersom Højesteret har fastslået, at den påhviler selskabet« eller udsagnet »Bevisbyrden påhviler selskabet, hvis men kun hvis Højesteret fastslår, at den påhviler selskabet.« Dette er en tautologi, hvilket kommer til udtryk i den kendsgemning, at en bestridelse er uden mening, medmindre den fortolkes som (A), (B) eller (C) ovenfor.

For det andet: Den her skitserede opfattelse af retsdogmatiske hypotesers efterprøvelsesbetingelser betyder ikke, at en højesterets-

dom er immun over for kritik, men blot, at kritikken må opfattes som et bidrag til retspolitikken. En kritik af en højesteretsdom kan henvises til samme forhold, som kan fremføres imod enhver anden afgørelse truffet af retsmyndigheder; herunder, at dommen bygger på misforståelser af retskilderne eller af faktum, gætterier om samfundsudviklingen, postulater om lovgivers intentioner, logiske fejl i argumenterne, osv. Min pointe er, at selvom alle disse kritikpunkter var bæredygtige, ville det ikke ændre ved, at retstilstanden nu er som fastlagt i dommen. Det er også i en retspolitisk sammenhæng – men kun her – at det giver mening at henvises til, at dommen er afsagt med dissens. Det kan ikke undgå at tale for en ændring af den ved dommen indførte retstilstand, at et mindretal i Højesteret ikke ønskede den indført.⁽²⁷⁾ At den retspolitiske problemstilling lever videre, efter dommen er afsagt, fremgår af det forhold, at den retsforsker, hvis retsdogmatiske hypotese blev bevist af dommen, udmærket kan gå forrest i et forsøg på at få retstilstanden ændret.

For det tredje: Det her forfægtede standpunkt, at Højesterets retsforståelse per definition er korrekt, er fuldt foreneligt med, at højesteretsdomme kan være forkerte grundet misforståelser af faktum. Det er selvindlysende, at en højesteretsdom ligesom enhver anden dom eller forvaltningsafgørelse kan bygge på faktiske vildfarelser og af denne grund nå det forkerte resultat.⁽²⁸⁾

For det fjerde: Intet af det ovenfor sagte tager stilling til spørgsmålet, i hvilken udstrækning Højesteret er bundet af sine tidligere afgørelser. Faktisk er det gældende dansk ret, at Højesteret har denne adgang. Det her forsvarede synspunkt, at retsforståelsen i højesteretsdomme behandles som om den er sand per definition, er foreneligt med, at Højesteret af den ene eller anden grund finder, at et retligt spørgsmål skal afgøres anderledes, end Højesteret fastlagde ved tidligere lejligheder, jf. eksemplet ovenfor vedrørende stiltiende ankeafkald. Min pointe er blot, at der i disse tilfælde ikke er tale om en korrektion af egne fejl men af en ændring af retstilstanden.⁽²⁹⁾

Indrømmelsen er følgende: Indvendingen kan tænkes, at det ovenfor skitserede standpunkt ikke fuldt ud gør op med Münchhausens trilemma, da der stadig bliver et vist spillerum tilbage for den skeptiske påstand, at vi ikke altid ved, hvad der er gældende ret. Sagen er jo, at de relevante højesteretsdomme ikke behøver at indløbe på en måde, der tillader os at udpege vinderen

54

blandt de rivaliserende retsdogmatiske hypoteser. Denne indvending er korrekt, så langt som den går.

Imidlertid går den ikke ret langt. Det spillerum for retsdogmatisk uvished, som indvendingen peger på, kan elimineres ad lovgivningsvejen, hvis Folketinget vedtager en ændring af retsplejeloven, der gør det muligt for underinstanserne at forelægge præjudicielle spørgsmål for Højesteret. Da der er langt flere byrets- og landsrets-sager end højesteretssager, ville dette lovgivningsinitiativ betyde en væsentlig reduktion i uvisheden, eftersom Højesterets opfattelse ville blive tilkendegivet langt oftere, end tilfældet er i dag. Uvisheden ville i princippet helt forsvinde, hvis enhver borger med retlig interesse kunne stille præjudicielle spørgsmål. Kun et politisk spørgsmål om allokering af offentlige midler stiller sig i vejen for en sådan ordning, hvilket dokumenterer problemstillingens beskedne retsteoretiske betydning.⁽³⁰⁾⁽³¹⁾

¹ »Mens vi venter på EU-kommissionen - har skatteministeriet et svar på kritikken af de nye fraflytningsregler?«, TfS 2010, s. 767-77.

² To udsagn er kontradiktoriske modsætninger, hvis de har formen *p* henholdsvis *ikke-p*.

³ Trilemmaet er især knyttet til den tyske filosof *Hans Albert* (1921–), som har udgivet 30 bøger om emnet.

¹ Inden for skatteretten er reglerne nu og da så indviklede, at Skatteministeriets Departement, som har ført dem i pennen, ikke forstår dem til bunds og følgelig fejlbeskriver dem over for f. eks. Folketinget og EU-kommissionen. Dette må naturligvis give anledning til betydelig tvivl om indholdet af gældende ret. Et eksempel drøftes i *Jens Ravnkilde*,

- 4 *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law (Hart 1961)*, Oxford 1961, 2. udg., 1994, s. 96-99.
- 5 Undertiden benævnt udsagnenes verifikationskriterium eller verifikationsbetingelser.
- 6 *Preben Stuer Lauridsen*, *Studier i retspolitisk argumentation*, Kbh. 1974; *samme*, *Retslæren*, Kbh. 1977; *samme*, *Om ret og retsvidenskab*, Kbh. 1992.
- 7 I *Studier i retspolitisk argumentation*, s. 192-265, forsøger *Preben Stuer Lauridsen* at anvende juridisk metode til at udpege en vinder af diskussionen mellem *Fr. Vinding Kruse* og *Bernhard Gomard* vedrørende aftalelovens § 29 og mellem *Alf Ross* og *Max Sørensen* vedrørende loves kundgørelse. Disse overvejelser viser imidlertid i bedste fald, at nogle af de fremførte standpunkter ikke er bevist. Hvilke der er sande, ved vi fortsat ikke.
- 8 *Jørgen Steen Sørensen*, »Alf Ross og hans eftertid - nogle refleksioner i anledning af professor, dr.jur. Jens Evalds biografi«, U 2011.B 183 (fremh. her). Sørensen forudsætter her, at det, som et retsdogmatisk udsagn »sigter til«, er det samme som det, udsagnet er »baseret på«. Denne forudsætning kan anfægtes. Hvis en læge siger, at patienten lider af scoliose, sigter han til (udtaler han sig om) patientens rygsøjle, men udsagnet er baseret på et røntgenbillede, som udgør udsagnets empiriske grundlag. Rygsøjlen og røntgenbilledet er to forskellige ting. Ved på denne måde *antage*, at et deklarativt udsagns indhold kan identificeres med de vidnesbyrd, der taler for dets sandhed, begår Sørensen en uret over for prognoseteorien i Alf Ross' udformning, som forudsætter det modsatte. Imidlertid er det Ross' prognoseteorier, som Jørgen Steen Sørensen vil imødegå med betragtningen, jf. nedenfor.
- 9 Indvendingen kan tænkes, at de to uortodokse argumenter ikke med rimelighed kan siges at være (med Jørgen Steen Sørensens ord) »baseret på sædvanlig juridisk metode«. Hertil er at sige, at hans tese er, at forskerne har ret til at vælge deres egen metode, jf. nedenfor. Langt de fleste vælger rent faktisk den gængse metode, som Jørgen Steen Sørensen beskriver. Men hvis de har ret til at vælge metode, er der *intet*, der kan forhindre den marxistiske og den indremissionske forsker i at foretage et afvigende valg. Absurditeten af det valg, som de foretager, er udtryk for, at forskerne *ikke* har ret til at vælge deres egen metode, hvilket netop er min pointe. Sandheden er, at den gængse metode er den eneste mulige. Retsfilosofiens opgave er at forklare, hvad den præcist går ud på, og hvorfor den er den eneste mulige.
- 10 *Jørgen Steen Sørensen*, *ibid.* Fremh. her. Det er rigtigt nok, at *hvis* der ikke er tale om udsagn om fremtidig dommeradfærd, er den fremtidige dommeradfærd ikke relevant for efterprøvelsen. Men denne tautologi udgør ikke et argument mod prognoseteorien, idet Ross kan tilføje, at der i så fald heller ikke er tale om et retsdogmatisk udsagn. I den citerede passage *forudsættes* det modsatte, eftersom forskerens synspunkter beskrives som en stillingtagen til et strafferetligt tvivsspørgsmål. Men denne forudsætning gør tankegangen cirkulær.
- 11 Til forskel fra forskning, der sejler og kuldsejler under et eller andet ideologisk flag, såsom marxistisk, katolsk, naturretlig, feministisk eller »polycentrisk«.
- 12 Løsningens andet skridt tages op i afsnit 9.
- 13 Standpunktet forfægtes desuagtet i *Peter Blume* »Findes der præjudikater?« (*Blume 2007*), *Retfærd 2007*, s. 57-68, i sammenhæng med teserne, at der ikke findes retskilder (s. 67) eller dommerskabt ret (s. 68) eller domme, som er forkerte grundet misforståelser af faktum (s. 66). Han tilføjer tilmed, at domme ikke kan kaldes rigtige eller forkerte (*ibid.*).
- 14 *Stuer Lauridsen 1977: 212.*
- 15 *Peter Blume*, »Teorien i retspraksis«, *Juristen 1985*, s. 118, og senest *Blume 2007*. Der er efter Blumes opfattelse tale om et generelt forhold vedrørende alle domstolsafgørelser: »På et eller andet grundlag lokaliserer domstolen en ny regel (norm), der efter domstolens opfattelse medfører den retligt korrekte afgørelse af den pågældende sag. *Bliver denne regel efterfølgende anerkendt hos domstolene eller andetsteds* er den nu en del af gældende ret.« (*Blume 2007:60*. Fremh. her.) Blume giver ingen eksempler på højesteretsdomme, som grundet den manglende godkendelse ikke er blevet optaget i gældende ret. Hvad angår by- eller landsretsdomme er de naturligvis præjudikater, medmindre den i dommen fastlagte retsopfattelse ændres i en anke, eller en højere retsinstans fastlægger en uforenelig retsforståelse i en anden sag.
- 16 Jf. »eller andetsteds« i citatet i forrige note.
- 17 Et nyere eksempel er uenigheden vedrørende U 1997.1157 H mellem *Ole Krarup*, »En forfatningsretlig nekrolog: Om den grundlovshjemlede ret til domstolsprøvelse« i Jon Andersen (red.), *Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen*, Kbh. 2004, s. 371-389, og *René Dejbjerg Pedersen & Rasmus Skovsgaard Haugaard*, »Forholdet mellem grundlovens § 63 og endelighedsbestemmelser«, *Juristen 2002*, s. 62 ff.
- 18 Allerede *John Chipman Gray* betonedede, at uenigheden professorerne imellem gør dem uegnede som målestok for gældende ret: »There is, in truth, no lack of precision in the theories of learned civilians, but the theory of one learned civilian will be precisely opposite to that of another. There will be a multitude of writers, no two agreeing with each other, and *without any common arbiter*«, *John Chipman Gray*, *The Nature and Sources of Law*, New York 1909, sect. 591 (fremh. her).
- 19 Se afsnit 7 nedenfor om det tilsvarende problem i Ross' retslære.
- 20 Funktionerne er at bringe henholdsvis retstvister og fortolkningsspørgsmål til en endelig afslutning.
- 21 Se om sondringen f.eks. *Michael Steven Green*, »Leiter On The legal Realists«, *Law and Philosophy 2011*, s. 381-418 ved note 78.
- 22 *Ross 1953:64.*
- 23 Se også U 2003.54/2 H.
- 24 Dette er den grundlæggende og irreparable fejl ved enhver teori, der som f.eks. prognoseteorien fremsætter en semantisk analyse af udsagn om nugældende ret, som henviser til fremtidige forhold.
- 25 For at komme uden om denne bekymring griber *Ross 1953:58* til det desperate synspunkt, at gældbegrebet kan gradbøjes.
- 26 Danske domstole har pligt til at anvende fremmed ret, når de pådommer tvister om aftaler, der i medfør af en lovvalgsklausul skal afgøres efter fremmed ret. Når sagens taber er dansk, er der her et eksempel på retsregler, der forpligter danskere, men som Højesteret ikke har enekompetence til at fortolke. Dette er udtryk for, at sagens parter i medfør af dispositionsmaksimen har adgang til at gøre fremmed ret til en ad hoc retskilde i dansk ret til afgørelse af én specifik tvist. Hvordan dette ret specielle modeksempel skal håndteres kan ikke tages op her.
- 27 F.eks. 3 ud af 7 dommere i U 1997.1157 H, omtalt i note 17 ovenfor.
- 28 *Peter Blume* mener derimod, at domme *ikke* kan være forkerte grundet misforståelser af faktum, idet »de for sagen relevante faktiske omstændigheder . . . med sikkerhed ikke foreligger før eller uafhængigt af sagen.« (*Blume 2007:66.*) Her er et modeksempel: en dom om umyndiges retshandler kan få det forkerte resultat, fordi dommeren svæver i den faktiske vildfarelse, at køber ved handlens indgåelse var 23 og ikke 13 år. Hans alder på det pågældende tidspunkt er en objektiv kendsgerning, som forelå før og uafhængigt af sagen. Blume udleder af sin tese (*ibid.*), at kun regelanvendelsen, men ikke dommene selv, kan kaldes rigtige eller forkerte. Hvad der faktisk følger er, at spørgsmålet, om dommen er rigtigt eller forkert, alene beror på retsanvendelsen.
- 29 Spørgsmålet, om rigets øverste domstol er bundet af sine egne tidligere afgørelser (såkaldt *vandret stare decisis*), er i analytisk retsfilosofi gjort til genstand for omfattende debat. Se generelt om præjudikaters retskildestatus f.eks. *Larry Alexander*, »Precedential Constraint: Its Scope and Strength: A brief Survey of the Possibilities and Their Merit« i Thomas Bustamante og Carlos Bernal Pulido (red.), *On The Philosophy of Precedent*, Steiner Verlag 2012, og *Frederick Schauer*, »Precedent«, i Andrei Marmor (red.), *Routledge Companion to the Philosophy of Law*, London 2012. Problemstillingen drøftes især i form af spørgsmålet, i hvilken udstrækning den amerikanske højesteret i fortolkningen af forfatningen er bundet af sine tidligere afgørelser herom. Dette tages op i

en kolossalt omfattende tidsskriftlitteratur. Se f.eks. *David L. Shapiro*, »The Role of Precedent in Constitutional Adjudication; An Introspection«, *Texas Law Review* 2008 (med særdeles fyldige henvisninger), og *Jeremy Waldron*, »Stare decisis and the Rule of Law«, *New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series: Working Paper no. 11-75* (oktober 2011).

- 30** Den her skitserede opfattelse af retsdogmatiske udsagns efterprøvelsesbetingelser bygger på tanken, at gældende ret er det, som domstolene siger er gældende ret. Denne tanke kritiseres i *Hart 1961:141 ff.*, fordi Hart opfatter den som udtryk for en form for regelskepticisme, idet en øverste domstols fastlæggelse af gældende ret ikke styres af retsregler. Imidlertid er det ikke udtryk for regelskepticisme at påpege, at retsreglernes indhold fastlægges i en proces, der ifølge sagens natur ikke selv

kan være styret af retsregler. Regelskepticisme vedrører spørgsmålet, i hvilken udstrækning de retsregler, hvis indhold er fastlagt på den ene eller anden måde, faktisk anvendes til afgørelse af retstvister.

- 31** Det i denne artikel drøftede spørgsmål, hvordan man konstaterer, om en retsdogmatisk påstand er sand eller falsk, drøftes i analytisk retsfilosofi oftest i relation til det særlige retsdogmatiske spørgsmål, om en lov stemmer med forfatningen. Det er ikke muligt her at komme nærmere ind på den omfattende litteratur, der især kredser om den amerikanske højesterets særstilling i amerikansk ret. Anbefales kan *Kenneth Einar Himma*, »Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights and the Conventional Rule of Recognition in the United States«, *Journal of Law in Society*, 2003, s. 149-218.