

U.1981B.110

Almindelige emner 9

Ret og tvang:

Af professor, dr. jur. Preben Stuer Lauridsen

I en artikel i UfR 1980, s. 339 ff, behandlede jeg spørgsmålet om gyldigheden af visse kompetencenormer, og jeg argumenterede herved for, at Ross bl. a. var på vildspor, når han antog, at der nødvendigvis måtte opstå særlige verifikationsproblemer i tilknytning til de kompetencenormer, der ved overtrædelse hverken medfører ansvar eller ugyldighed.

Ole Krarup har herefter i UfR 1981, s. 82 ff, knyttet forskellige kommentarer til min artikel. Hvad kritikken skal gå ud på, er ikke helt let at se, men det er til gengæld utvivlsomt, at Krarup hverken har forstået artiklen eller de særlige og fundamentale sondringer, bl.a. mellem retsanalytiske - om man vil: retsfilosofiske - og retsdogmatiske problemstillinger, som ligger til grund for selve problemets forståelse.

Når en teoretisk interesseret jurist som Krarup kan både helt misforstå min artikels synspunkter og vise sig at være så uvidende om dens forudsætninger, har jeg dog nok i for høj grad skrevet for den kyndige læser, og jeg skal derfor tillade mig at uddybe problemet.

111

1. Lad mig præcisere den oprindelige problemstilling: De fleste realistiske skoler er enige om det afgørende at tolke rettens gælden således, at den gældende retsregel skal finde én eller anden form for anvendelse i retspraksis og i denne forstand være en del af det statslige magtapparat. Reglen må være social effektiv og er i modsat fald slet ingen retsregel, men kun f. eks. en moralsk forskrift.

For nogle realister, nemlig især de, som bekender sig til den såkaldte *behaviorisme*, er det uproblematisk nærmere at udforme gældebegrebet. En regel er simpelt hen gældende ret, når den tvangsmæssigt håndhæves ved domstolene (de retsanvendende myndigheder). For andre realister er spørgsmålet imidlertid vanskeligere. De ønsker nemlig bl. a. ikke at påtage sig den konsekvens, som ikke generer behavioristerne, at en lang række regler, som sjældent eller aldrig påkendes ved domstolene, ikke skulle være gældende - og dermed ikke retsregler overhovedet.

Problemet vedrører ikke kun de kompetencenormer, som er til debat, men også alle de retsregler, som praktisk taget aldrig kommer til anvendelse ved domstolene, og som en konsekvent behaviorisme derfor må se bort fra. Problemet vedr. disse i praksis aldrig anvendte retsregler løses ikke ved de betragtninger, som følger nedenfor. Ross' løsningsforslag var at indføre begrebet et hypotetisk faktum i prognoseteorien, se nærmere min bog *Retslæren* (1977) s. 127 ff og s. 202. Jeg følger i øvrigt ikke disse spørgsmål nærmere her.

Hvad skal nu de sidstnævnte realister stille op med dette problematiske forhold mellem ret og tvang? Holder de fast på kriteriet om den direkte tvangsmæssige anvendelse i retspraksis, som umiddelbart kun synes holdbar for forholdsnormerne og de med ansvar eller ugyldighed sanktionerede kompetencenormer, så falder resten af kompetencenormerne uden for retsbegrebet. Men hvis de omvendt ønsker at opretholde disse regler som retsregler, hvad så med gældebegrebet og dets tilknytning til retsanvendelsen? For Ross, der som så mange andre tog afstand fra behaviorismen bl.a. af videnskabsteoretiske grunde, som jeg ikke skal komme nærmere ind på her, repræsenterede dilemma'et et problem, som ikke kunne afvises. Og grunden er naturligvis indlysende: Hvis disse kompetencenormer ikke er retsregler, hvorledes kan da de regler, som udledes fra dem, være retsregler? Og hvis påstande om de første regler i konsekvens heraf ikke er påstande om noget, hvorledes kan så

påstande om de sidste regler være det? Ross' løsning var, som jeg omtalte det i min artikel s. 341, at omformulere problemet således, at vægten ikke længere blev lagt på det retlige direktivs tvangsmæssige sanktionering, men på, at det retlige direktiv efter sit (logiske) *meningsindhold* angår eller *handler* om tvang. Herefter kunne så Ross lade også de ikke-sanktionerede kompetencenormer indgå systematisk og strukturelt som integrerende bestanddele i denne retssystemets endelige, interpersonelle menings- og motivationssammenhæng, at handle om tvangsanvendelse ved offentlig myndighed, eller kort: om monopoliseret vold, se nærmere Ret og retfærdighed (RR), f. eks. s. 46-47 og Dansk Statsforfatningsret (SR), 2. udg., s. 22 ff.

Herved opnåede Ross tillige to andre og endnu mere betydningsfulde ting: han distancerede sig generelt fra retspositivismens primitive tro på umiddelbar tvangshåndhævelse som *al* rets alfa og omega, og han opnåede i modsætning til mange behaviorister f.eks. inden for den amerikanske realisme, hvorfra Ross i øvrigt fik prognoseteorien, at kunne opretholde tesen om retten som et sammenhængende, systematisk hele, en *retsorden*, se straks nedenfor herom og i øvrigt RR s. 41 ff.

2. I min artikel søgte jeg at vise, at problemet om kompetencenormerne, som Ross i øvrigt erklærede for uinteressant efter at have løst det på den angivne måde, bedømt ud fra hans og realismens egne forudsætninger i virkeligheden intet problem er, al den stund én eller anden kompetencenorm jo i analytisk forstand altid lægges til grund ved anvendelsen af en hvilken som helst forholdsnorm, se nærmere s. 341 ff.

Krarup siger nu, at »det stillede problem ikke løses«, og at min fremstilling af det i øvrigt »hviler på et ufuldstændigt kildegrundlag« (s. 82, jfr. s. 84). *a.* I relation til sin første påstand mener Krarup, at der vel »formelt« er »logisk balance i regnskabet« hos mig, men at min pointe alligevel er fejlagtig, idet

»... den kompetenceregulering, hvis gyldighed således indirekte anerkendes ved, at domstolene bringer forholdsnormen i anvendelse, er *ikke* den kompetenceregulering, der indeholder de nærmere - materielle, procesuelle eller personelle - betingelser for udstedelsen af forholdsnormen, men derimod den norm, der udelukker domstolenes kompetence til at efterprøve spørgsmålet om forholdsnormens overensstemmelse med den primære kompetencenorm. Eller, med Lauridsens forkortende terminologi: Anvendelsen af forholdsnormen indeholder en bekræftelse af y^2 , men ikke af y^1 « (s. 83).

Krarup mener derfor, at spørgsmålet om, »hvordan disse kompetencenormer verificeres«, stadig er uløst (s. 82, jfr. s. 84).

Hvad Krarup mener er dog formentlig, at det er spørgsmålet om verifikation af *påstandene* om

112

kompetencenormerne, der stadig er uløst. Normer kan gælde, men kan naturligvis ikke verificeres. Omvendt kan påstande verificeres, men selvsagt ikke gælde. Krarup har imidlertid, som jeg nævnte indledningsvis, ikke forstået forskellen mellem *retsanalytisk* (-filosofisk) og *retsdogmatisk* (eller retspolitisk) problemstilling, og han forstår derfor hverken Ross eller mig. Lad y_1 stå for reglen i grl. § 41, stk. 2 om de tre behandlinger i folketinget, lad x stå for en lov, der omend kun behandlet to gange alligevel opretholdes, og lad y_2 stå for den herved indirekte godkendte omend ikke autoritativt formulerede regel om, at folketingsbehandlinger (undertiden) er tilstrækkelig:



Krarup siger nu, at jeg tager fejl, fordi jeg kun behandler relationen $x-y_2$ og ikke relationen $x-y_1$, som efter hans mening er den egentlige.

Men min pointe er jo netop, at om vi virkelig antager, at domstolene skulle opretholde en lov som gyldig, der i strid med § 41, stk. 2 kun er behandlet to gange i folketinget - og jeg erindrer atter om, at eksemplet med § 41 (§ 51) er Ross eget og ikke mit - så er der i analytisk forstand ingen relation $x-y_1$ tilbage, thi så har domstolene, enten gennem en dristig omtolkning af § 41 eller ved at anse sig for afskåret fra at prøve reglens overholdelse, forudsætningsvis godkendt, at alene den anden regel, nemlig y_2 om de tilstrækkelige to folketingsbehandlinger, er den gældende i denne sammenhæng. Tilbage er da kun relationen $x-y_2$, og da y_2 netop er godkendt gennem godkendelsen af x , er påstanden om y_2 's gælden dermed samtidig verificeret, mens påstanden om y_1 's gælden i konsekvens heraf er falsificeret (i forhold til x). Voila!

Om domstolene derimod in casu kan og bør lade sig afskære fra en dyberegående kontrol med overholdelsen af regler som grl. § 41, stk. 2, siger en sådan analyse naturligvis intet som helst om. Men det er til gengæld heller ikke dens formål, thi sådanne spørgsmål er af retsdogmatisk og/eller retspolitisk karakter, al den stund de drejer sig om, hvad man efter sædvanlig juridisk og retspolitisk metode kan tillade sig at gøre og ikke gøre, se nærmere og udtrykkeligt i min artikel s. 343 petit. Krarup formodes efter sin stillingbetegnelse at have viden om disse og tilsvarende spørgsmål, og jeg ville da hilse det velkomment, såfremt han ville forsøge at give et bidrag til deres løsning. Men det forudsætter naturligvis bl. a. en grundig gennemgang af både den statsretlige litteratur og praksis.

Krarup synes at finde en pointe - hvilken ved jeg dog ikke - i, at jeg kalder postulatet om rettens systematiske sammenhæng og hierarkiske trinfølge for et aksiom. Udtrykket, som jeg selvsagt fastholder, er møntet på den kyndige læser. Jeg angiver herved, at retten ikke har nogen i sig boende logisk sammenhæng, men at vi i såvel en del retsteorier, f. eks. de systemteoretiske, som megen traditionel retsdogmatik, f. eks. den sædvanlige statsret, vælger at anskue retten på denne måde. I denne forstand udgør postulatet om rettens systemsammenhæng en vedtagen, men naturligvis ikke i normal forstand bevislig tese, der på tvivlende vis styrer formen for de retsvidenskabelige fremstillinger, som tilslutter sig en sådan grundopfattelse. Eller sagt på en anden måde: Den gængse statsretlige fremstilling af f.eks. gyldigheden af anordninger med derogatorisk kraft, se nærmere Ross: SR s. 494 ff, forholder sig m.h.t. problemstilling og løsningsmåde til ovennævnte grundlæggende tese som et teorem forholder sig til et aksiom i et aksiometrisk system. Se i det hele nærmere Retslæren s. 355 ff. Krarup betegner herudover mine overvejelser som »spekulative cirkelslutninger«, men hvad der menes hermed, udover at der formentlig er tale om noget, som Krarup ikke kan lide, oplyser han ikke, og jeg skal derfor lade det ligge; det er vel den slags, som kan løbe i pennen, når man ikke rigtig ved, hvad man ellers skal sige. Krarup kan i øvrigt ikke undskylde sig med, at han ikke anerkender den »borgerlige« juras sondring mellem retsfilosofi og retsdogmatik, eller lignende fraser, thi hans kritik baserer sig klart på Ross' egen - og min - analyse, og her er sondringen afgørende, omend altså ikke forstået af Krarup.

b. Krarup påstår dernæst, at min fremstilling lider under, at jeg ikke inddrager Ross' fremstilling i SR § 9, men nøjes med at holde mig til RR, der angiveligt skal være blevet ændret gennem fremstillingen i SR. Forholdet er imidlertid det, at Ross i SR, når han læses med forståelse, først og fremmest behandler et helt andet og langt mere grundlæggende omend med de her drøftede emner beslægtet spørgsmål, som Ross havde en særlig og i forhold til de fleste andre realister afvigende mening om - og som jeg i øvrigt i min artikel udtrykkelig så bort fra. Dette andet og mere fundamentale spørgsmål vedrører gyldigheden af

vort retssystemets *basisnormer*, d.v.s. de normer, hvorfra hele retsordenen udleder sin gyldighed, og dermed i sidste instans af alle retsregler overhovedet. I min artikel om kompetencenormerne ønskede jeg ikke at behandle dette betydelig mere vanskelige spørgsmål, som har

113

optaget retsteoriene siden tidernes morgen, jfr. udtrykkeligt s. 341-342 petit, men når Krarup, omend uden at vide det, nu alligevel rejser spørgsmålet, skal jeg kort omtale det. Der er i øvrigt - og naturligvis - klar overensstemmelse med Ross' synspunkter i dette spørgsmål i samtlige hans værker fra den nyere tid, også mellem RR og SR.

Ross antog, se nærmere min artikel s. 343-344, at samtlige retlige direktiver har én og samme adressat, nemlig domstolene. Når f. eks. forholdsnormen i § 3 in fine i 1943-loven om vareforsyninger (158 af 29/3) siger, at handelsministerens tilladelse kræves til gennemførelse af private vareudvekslinger, henvender denne bestemmelse sig ifølge Ross ikke, eller kun indirekte, til borgeren, som den rent sprogligt jo ellers synes at tale til. Den siger derimod til dommeren, at han, jfr. § 18, skal straffe den borger, som overtræder § 3. Og noget tilsvarende gælder for kompetencereglen i § 3, 1. pkt., jfr. § 4, der bemyndiger handelsministeren til at fastsætte regler til fremme af vareforsyningen. Denne regel taler ikke eller kun indirekte til ministeren, men siger derimod til dommeren, at han f.eks. skal medvirke til at gennemføre borgerens krav på rabat efter den med hjemmel i vareforsyningslovens § 3, jfr. § 4, udfærdigede bekendtgørelse 243 af 1/6 1948 om smørrabatkort, som i § 1 giver borgeren ret til en rabat på 50 øre for hvert af de med T mærkede kort. Det er altid henvendelsen til dommeren, som er den egentlige retsnorm, det afgørende moment i retten, se f. eks. RR s. 45-46. Disse synspunkter får naturligvis fatal og almen betydning for enhver forestilling om at identificere gældende ret, være sig i privatreten eller den offentlige ret og som forholds- eller kompetencenormer, med den tvangsmæssige sanktionering. Thi hvis tanken om tvangsansvendelse kan være fornuftig i relation til borgeren, er den under alle omstændigheder illusorisk i relation til domstolene selv, såfremt vi betragter dem som en organisation. For at løse dette problem, som i sig selv intet har at gøre med spørgsmålet om bestemte kompetencenormers gælden, nødsagedes Ross til at overveje en reformulering af selve gældebegrebet, og hans endelige resultat, som klart og udtrykkeligt fremgår af RR, se f.eks. s. 85 ff, hvortil SR blot tilslutter sig, blev i korthed følgende: Alle retlige direktiver henvender sig til domstolene. De håndhæves ikke ved tvang, men handler om (angår) tvang. Herved løses problemet om de særlige kompetencenormer, men ikke problemet om de egentlige retsnormers gælden. For at løse dette må vi - og her kommer det afgørende, som Krarup end ikke har anet - opløse selve gældebegrebet, således at det ikke éntydigt knyttes til den ydre sanktion, men derimod som det primære til dommerens (interne) *accept* af retsnormen (det i normen indeholdte direktiv), hans godkendelse af den og hans (externe) anvendelse af den i praksis. Og, fortsætter Ross, denne *accept* og efterlevelse af retsnormen sker til syvende og sidst ganske *frivilligt*, thi uden den frivillige efterlevelse ville retsordenen bryde sammen, og den består dog! Ross mente endelig, at vi kan generalisere dette synspunkt til at gælde ikke blot domstolene, men samtlige de øverste statsorganer, især regering og folketing. Disse organer sætter i tankens sidste instans selv kriterierne for deres retsakters gyldighed, og de basale retsnormer, der gælder for disse organer - og det vil sige alle vore grundlæggende forfatningsnormer, herunder den såkaldte grundnorm - er derfor til syvende og sidst normer, som de selv (internt) accepterer og (externt) følger, uden trussel om tvang og ganske så frivilligt som vi almindelige mennesker i det umiddelbare samliv følger bestemte moralske regler, se nærmere RR §§ 10-11 smh. m. SR § 9, især s. 40-41, der er så godt som identiske med RR s. 68-69, hvortil Ross da også henviser.

Særlig i Directives and norms (1968) generaliserede Ross senere sine synspunkter til at gælde for *alle* normer overhovedet, retlige som ikke-

retlige, se især s. 78 ff. I nyeste tid har Ross' synspunkter dannet grundlag for bl. a. Nils Kr. Sundby: Om normer (1974), se min anmeldelse i TfR 1978, s. 103 ff. Ved at knytte gældbegrebet til et rent bevidsthedsfænomen - dommerens internalisering af normen - udsætter Ross sig imidlertid for ubehagelige efterprøvelsesmetodiske indvendinger af principiel karakter, se Dalberg-Larsen: Retsvidenskaben som samfundsvidenskab (1977) s. 88 ff, ligesom han indfører en vanskelig dualisme i selve retsbegrebet.

Et sådant gældbegreb får naturligvis betydning også for de særlige kompetencenormer i den offentlige ret, men det har, som man vil have forstået, intet specielt at gøre med disse normer, idet det angår *alle* retsnormer. Og det var altså netop og udtrykkeligt ikke emnet for min artikel om kompetencenormerne.

I artiklen foreslog jeg s. 343-344, at man i fremtiden undlader at følge den af Ross fremsatte opfattelse, hvorefter enhver retsnorms adressat er og kun er domstolene. Tilslutter man sig mit synspunkt, findes der ikke i længere i problemstillingen vedr. de retlige direktivers adressater nogen tvingende grund til at følge Ross i hans endelige formulering af gældbegrebet. Og, som jeg har påvist det

114

ovenfor, kan spørgsmålet om de særlige kompetencenormers retlige karakter ihvertfald løses på anden vis. Hermed er det naturligvis ikke afgjort, hvilket gældbegreb der eventuelt skal sættes i stedet, se for et forslag hertil Retslæren § 17.

3. Man kan kritisere Ross' lære for at hvile på en primitiv sociologi, når den som sit stort set eneste belæg for påstanden om, at retsnormerne til syvende og sidst hviler på frivillig accept, henviser til, at sådan må det nødvendigvis være, al den stund retsordenen ellers ville bryde sammen! Og man kan, som nævnt, sige, at hverken Ross' eller mine betragtninger over kompetencenormernes gyldighed løser det vigtige spørgsmål, om domstolene bør lade sig afskære fra at påse overholdelsen af disse kompetencenormer - som Krarup i øvrigt med en terminologi, hvis værdi jeg ikke ganske forstår, kalder »dunkle« (s. 84) - også når den handlende myndighed hører hjemme blandt vore øverste statsorganer. Men dette er, som man vil have forstået det, en anden og retsdogmatisk sag. Og det synes at være en særlig ironisk konsekvens af alle Krarups øvrige misforståelser, når han næsten godlidende tror, at Ross' réformulerede gældbegreb kan løse sådanne problemer. Thi resultatet hos Ross bliver netop, at de øverste organer selv sætter deres egne retsregler, og hvor bliver i så fald den kontrol af, som Krarup så ivrigt efterlyser?