

## U.2000B.345

## Almindelige emner 9

## Idealisme, pragmatisme og realisme i dansk ret og retsvidenskab

*Det har længe været diskuteret, om retten hviler på et idealistisk grundlag (naturret) eller på realismen (den skandinaviske realisme). Artiklen søger at vise, at en idealisme er en del af positiv ret, og at brydningen mellem idealisme og realisme i øvrigt fortøner sig ved en nærmere analyse af retten forstået som et bestemt retssystem.*

*Af professor, dr.jur. Bernhard Gomard, Juridisk Institut, Handelshøjskolen i København*

**I.**

Danmarks Riges Grundlov af 1953 fastslår, ligesom grundlovene i de øvrige nordiske og i mange andre lande, at den *lovgivende magt* indehaves af et folkevalgt parlament – Folketinget – *den udøvende magt* af en regering og den *dømmende magt* af domstole. Indholdet af Grundloven er i harmoni med *Traktaten om Den Europæiske Union* (Amsterdamtraktaten) og *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*. Unionen

**346**

bygger på principperne om frihed, demokrati og respekt for menneskerettighederne samt retsstatsprincippet, som medlemsstaterne har tilfælles, hedder det i Unionstraktatens art. 6. Ordet *Rettsstatsprincip* er oftere blevet anvendt i udenlandsk end i dansk juridisk litteratur (Rechtsstaatlichkeit, the rule of law, l'État de droit.[1] Indholdet af et retsstatsprincip er imidlertid, som der er givet udtryk for i art. 6, kendt og anerkendt også i Danmark. Princippet er fastlagt i Grundlovens regler i §§ 3 og 61-65 om den dømmende magt og i supplerende almene grundsætninger om adgang til domstolene (bl.a. Grundlovens § 63), om lighed for loven og om retssikkerhed. De fælles grundlæggende principper for medlemsstaterne og Unionen er udtryk for en retlig tradition om styring ved hjælp af generelle regler og afgørelse af tvister af uafhængige domstole samt om respekt for principperne om frihed, demokrati og menneskerettigheder både i grundlove og Unionstraktat frem for styring ved enkeltstående, vilkårlige afgørelser. Den nævnte art. 6 har karakter af en retlig norm. Rådet kan vedtage sanktioner mod en medlemsstat, der krænker principperne i art. 6, jf. art. 7, og kun europæiske stater, som overholder principperne i art. 6, kan optages som medlemmer af Unionen, jf. art. 49. EF-domstolens kompetence omfatter respekten for menneskerettighederne, men ikke art. 6 i dens helhed, jf. art. 46, litra d og EF-traktatens art. 220. Samarbejdet i søjle 2 og 3 sker gennem Råd, Kommissionen og Europa-Parlamentet, men efter mellemstatslige, ikke kommunautære beslutningsregler, jf. omtalen af Unionstraktaten i UfR. 1998.800(826) H.

Retsidealene er imidlertid lagt til grund for alt samarbejde i Unionen, og kodificeringen af disse retsidealer eller principper i Unionstraktaten understreger deres karakter af retsprincipper, der har fundamental betydning både i national og i fælles ret.

Der findes fælles træk i retten, som den har eksisteret og eksisterer til forskellige tider og i forskellige lande, men skønt ligheden mellem styring ved hjælp af regler gennem tiderne i forskellige dele af verden er betydelig, er også forskellene store. Forskellene viser sig allerede i måden at udtrykke reglerne på og i lovgivers og domstoles roller. Regler kan, som det er almindeligt i nutiden, være formuleret i abstrakte generelle lovbestemmelser, men regler er også blevet udtrykt i autoritative eksempler som i den kasuistiske lovgivningsteknik i ældre lovbøger, f.eks. i Danske Lov af 1683, og i leading cases i common

law. I nutidens danske ret er væsentlige retningslinier med stadig færre undtagelser udtrykt i lovregler. Domstolens rolle er dog ikke og kan ikke begrænses til bevisbedømmelse og subsumption. Det er nødvendigt for at kunne afgøre tvister og problemer at foretage en udfyldning og præcisering af lovgivningens regler. Et retsstatsprincip taler for, at konklusionen i domme så vidt muligt gives en generel og ikke en konkret, »singulær« begrundelse. Forskellen mellem retssystemer er ikke kun af teknisk karakter. Erfaringen viser ganske vist ofte, navnlig i kommercielle sager, at jurister fra forskellige lande når samme resultat ud fra hver deres nationale ret, men ikke alle retssystemer har samme fundament. Forskellene mellem systemerne skyldes også forskelle i kultur, idealer og vurderinger. Dansk ret hviler på landets tradition og kultur, på respekt for demokrati og for menneskerettighederne og, som det nu er udtrykkeligt sagt i Unionstraktaten, på et retsstatsprincip. Der hersker i andre lande og har gennem tiden hersket andre opfattelser også her, og dette afspejler sig bl.a. i landenes retssystemer. Danmark har haft enevælde og, som nærmere omtalt i en nyligt udkommet disputats af Tyge Krogh om oplysningstiden, et barbarisk straffesystem højt op i tiden.

Det er ikke nødvendigvis udtryk for kvalitet og moralsk eller politisk anerkendelse af en regel, at den er givet som en retsregel og indgår som bestanddel af et retssystem. Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg og EF-domstolen har fældet dom over adskillige enkeltregler i medlemsstaternes nationale retssystemer som værende i strid både med traktatbestemmelser, der har karakter af ideelle, fundamentale retsprincipper og med pragmatiske retningslinier. I enkelte tilfælde som f.eks. i Nürnberg-dommen er dele af et system til styring i et samfund blevet forkastet som grundlag for et acceptabelt retssystem. Hvor der i internationale fora kan fældes dom over ugerninger, gør det ikke nogen afgørende forskel, om der som et grundlag for handlingen har eksisteret et system af regler, eller om handlingerne er besluttet i hver enkelt situation uden noget sådant grundlag.

Der er selvsagt forskelle mellem retssystemer, der har forskellige opgaver som f.eks. de nationale retssystemer og de nye retssystemer, som er under opbygning på grundlag af de generelle og fleksible anvisninger, som er indeholdt i traktaterne om EU og i Menneskerettighedskonventionen. Der er fordele ved, som de internationale domstole i Luxembourg og i Strasbourg, at skulle og

**347**

kunne bygge nyt, og der er fordele ved i et gammelt, stabilt og homogent land som Danmark at være bundet og hjulpet både af en detaljeret lovgivning og af rodfæstede traditioner og idealer.

Opgaver og metode er forskellige for et studium af ret, der søger at give et historisk og etnografisk udsyn over ret, som den eksisterer og har eksisteret rundt om i verden, og for studier, der sætter sig den anderledes og mere begrænsede opgave at beskrive en bestemt retsorden, f.eks. dansk ret i år 2000. I nutidens danske ret spiller både lovlydighed

(Gesetzestreue) i en bogstavelig forstand, tradition eller skik og brug samt pragmatik eller sund fornuft en væsentlig rolle, men også retsidealene er en betydningsfuld bestanddel af det styrende, gældende danske retssystem. Idealernes krav om respekt for demokrati, respekt for menneskerettigheder og retsstat har ikke det præcise indhold, som er almindeligt i lovgivningens detailregler, men alligevel sætter idealerne som overordnede almene retningslinier i væsentlig og i stigende grad præg både på retsskabelsen og retsanvendelse. Dette er søgt illustreret nedenfor i nr. 2 med omtale af et par nyligt afsagte domme. Retssystemet er præget både af pragmatisme og, som det nu er autoritativt udtrykt i art. 6, af idealisme. Fornægtelse af betydningen af de idealer, som et retssystem ved positive bestemmelser har fastslået, at det bygger på, således som det også i tidligere tid er sket f.eks. i indledningsbestemmelserne i den franske Code Civil og i den schweiziske Zivilgesetzbuch, ville være at fornægte den autoritativt fastsatte, gældende ret.

## 2.

Der træffes mange konkrete, enkeltstående beslutninger af stat og kommuner, om bygning af veje og broer, om anskaffelse af udstyr til skoler og hospitaler, om optagelse af lån og om meget andet. Vedtagelsen af retsregler er beslutninger af en anden art og indhold end konkrete praktiske beslutninger. Virkemidlet for den overordnede styring af livet i samfundet er fastsættelse af regler, i Grundlov, traktater, i almindelig lovgivning og administrative forskrifter. Indholdet af reglerne er generelt, og reglerne udtrykkes i ord. De vedtagne regler kan kun efterleves af borgerne og anvendes af myndighederne, hvis reglerne kommunikerer til offentligheden eller dog til alle, de angår. Grundloven foreskriver i § 22, at »Kongen befaler lovens kundgørelse og drager omsorg for dens fuldbyrdelse«. Ordene i lovbestemmelser og også præmisserne i principielle afgørelser skal læses og forstås, men forståelsen eller fortolkningen af lovbestemmelser, som af sproget i øvrigt, er ikke en simpel proces. Allerede den sproglige forståelse er ikke altid entydig, og dertil kommer der en tydning og præcisering af retstilstanden, der jævnlige er nødvendig og faktisk også sker i konkrete afgørelser. Bestemmelserne i en lov har som oftest karakter af retningslinier af en mere eller mindre generel, fleksibel eller ubestemt karakter. Bestemmelserne skal finde anvendelse i mange forskelligartede situationer, også i situationer, som lovgiver ikke har og måske ikke har kunnet forestille sig. Selv nogle af de regler, der fremtræder som ganske stringente påbud, f.eks. om kørsel i vejens højre side eller med en hastighed, der ikke overstiger 50 km i timen, kan vise sig at være åbne for visse modifikationer, og de fleste andre regler er i langt højere grad af en generel vejledende karakter. En erhvervsvirksomhed kan fradrage sine »driftsomkostninger« i sin skattepligtige indtægt, jf. Statskattelovens § 6, litra a der til ordet driftsomkostninger blot føjer en kort definition, som ikke yder noget stort bidrag til fastlæggelsen af rækkevidden og betydningen af reglen. Ordet driftsomkostninger giver en almindelig retningslinie, men det giver ikke et præcist svar på alle de spørgsmål, som melder sig for virksomheder og myndigheder. Tydnings- eller fortolkningsprocessens kompleksitet skyldes, både at koncipist og beslutningstager ikke altid med den valgte ordlyd har tilsigtet og i hvert fald i almindelighed heller ikke har kunnet give fuldstændig besked om, hvad de har ønsket, at der skal gælde, og en begrænsning i sproget som kommunikationsmiddel. Ord og sætninger har ikke en og kun en helt præcis og uforanderlig, fast betydning. Næppe noget sprogligt udtryk er helt entydigt. Betydningen af ord og sætninger er situations- eller kontekstbestemte,[2] og det kan sjældent eller aldrig entydigt bestemmes, hvilke elementer der i alle tænkelige situationer eller sammenhæng er relevante. Hertil kommer, at den almindelige opfattelse af, hvilke sammenhæng der er relevante, ikke er uforanderlig. Tydningen og forståelsen af nedskrevne tekster påvirkes af udviklingen i samfundet, i dets kultur, menneskesyn og politiske liv. Et berømt eksempel herpå er tilpasningen eller fortolkningen af den over 200 år

gamle amerikanske forfatning.[3] Indflydelse fra udlandet mærkes stadig mere, efterhånden som grænserne åbnes og internationalt samarbejde udvikles.

En retslære, der ville bygge på en ekstrem realisme, som kun vil registrere og bearbejde iagttagelige, kendsgerninger, kommer, om den er konsekvent, ikke ud over en mekanisk registrering af regler og afgørelser i leksikalske samlinger, som i bedste fald er nyttige og

## 348

oplysende, for så vidt de er åbne for søgning efter regler og afgørelser ud fra bestemte ord og emner. Rettsstudiet kommer et skridt længere frem, hvis det indrager alle iagttagelige faktorer i fortolkningen og efterforsker, hvilke hensyn og synspunkter der hidtil synes at have eller kan godtgøres at have spillet en rolle i retsafgørelser, men selv i så fald er objektet for studierne, hvis det fastholdes som en realismes uafviselige krav, »at det højeste, teorien kan gøre, er at give udtryk for de vigtigste tendenser, der har behersket praksis«, [4] die Welt von Gestern. Sådant rettsvidenskab er retshistorie. I det praktiske retsliv er det imidlertid ikke historieskrivning, men morgendagens tydning og anvendelse af retssystemets regelværker, som i særlig grad har interesse. Systemets regler er ikke entydige og uforanderlige, men en ren behavioristisk realisme kan kun beskæftige sig med, hvad der har materialiseret sig i iagttagelige fakta. Der findes et uundgåeligt element af både frigang og af uforudsigelighed i retssystem og retsanvendelse. Disse elementer er væsentlige, men de er uforenelige med en ekstrem realismes krav.

Nogle af de krav, som de antagne retsidealer stiller om tilpasning og udvikling af retssystemet og dermed også af krav, som må stilles til en brugbar retslære, kan illustreres med nogle retsafgørelser fra 1990'erne. Afgørelserne er interessante, fordi de har søgt at følge tidens stemme og derfor gået nye veje. Afgørelserne er vistnok blevet hilset velkommen af et flertal af dem, der interesserer sig for retslivet. Her er ikke tale om en abrupt revolution, men om frugtbar evolution.

– Folketingets primat over regeringen blev understreget ved lovfæstelsen af parlamentarismen i § 15 i Grundloven af 1953.[5] Udviklingen efter 1953 har ført justeringer af forholdet mellem lovgivning og domstolene med sig. Prøvelsen af loves grundlovsmæssighed har været livligt debateret igennem hele det 20. århundrede. Prøvelsesretten har haft tilhængere og modstandere. Mængden af lovgivning og hastigheden i lovgivningsprocessen har i de senere år givet prøvelsesretten vind i sejlene. Nogle ældre afgørelser har forsigtigt talt om og har vel også foretaget en vis prøvelse, men først den 19. februar 1999 afsagde Højesteret en dom, der klart tilsidesatte en bestemmelse i en lov som grundlovsstridig. Efter Lov om friskoler og private grundskoler m.v. ydes der statstilskud til skoler, der opfylder visse betingelser. Undervisningsministeriet følte sig overbevist om, at Tvindskolerne ikke opfyldte disse betingelser, men for at undgå protester og tvivl foreslog ministeriet og fik også vedtaget en bestemmelse i loven om, at disse skoler, der blev opregnet i loven, ikke kan få tilskud. Denne bestemmelse, hedder det i dommen, er ugyldig i forhold til den Tvindskole, der havde anlagt sagen. »Et sådant lovindgreb – der havde som konsekvens, at Tvindskolerne blev afskåret fra domstolsprøvelse af deres tilskudsberettigelse – er reelt en endelig afgørelse af en konkret retstvst. Efter Grundlovens § 3 henhører en sådan afgørelse ikke under lovgivningsmagten, men under den dømmende magt med de deri liggende retsgarantier for borgerne«, jf. UfR 1999.841 H (Tvind-sagen) og bl.a. en forudsætning i den nedenfor omtalte UfR 1998.800 (871) H (EU-sagen). Prøvelsesretten havde taget et væsentligt skridt frem. Sagen er særligt interessant, fordi der nok forelå disharmoni, men dog ikke et flagrant brud med Grundloven. Undervisningsministeriet og Folketinget kunne have opnået det ønskede resultat ved en mere behændig udformning af loven, som ville være uangribelig. Et ministerium kan bemyndiges til at fordele et vist beløb som tilskud til et bestemt formål, uden at der indrømmes nogen i kredsen af interesserede ansøgere et retskrav på at komme i betragtning. Folketingets økonomiske styring er grund-

lovsfæstet. Denne styring er væsentlig og indgribende, og Folketinget må nødvendigvis selv træffe mange afgørelser af en mere eller mindre konkret karakter, f.eks. afgørelser om store offentlige investeringer, og må også give administrative myndigheder skønsmæssige beføjelser til fordeling af tilskud fra det offentlige.[6] Grundloven var gået for nær, men grundlovsbruddet var dog ikke helt åbenbart og grelt.

– Danmark har været medlem af EU siden 1. januar 1973, men landets plads og rolle i Unionen er stadig genstand for debat i store dele af befolkningen. I debatterne føres der allehånde politiske synspunkter og også retlige opfattelser frem. I en dom trykt i UfR 1998.800 H er de forskellige tiltrædelsesloves parlamentariske historie og den brug, der er gjort af de beføjelser, EF-traktaten giver unionsmyndigheder, udførligt genfortalt og gennemgået.[7] Tiltrædelsen af Fællesskabet (Unionen) er sket på baggrund af bestemmelsen i Grundlovens § 20, hvorefter »beføjelser, som efter denne Grundlov tilkommer Rigets myndigheder kan ved lov i nærmere bestemt omfang overlades til mellemfolkelige myndigheder. . .«. Det er blevet gjort gældende, at overladelsen af beføjelser til EU ikke har et tilstrækkeligt bestemt omfang, fordi Traktaten ikke sætter præcise grænser for

### 349

EU's myndigheder, men navnlig i art. 235 (nu art. 308) åbner adgang for en vid og ubestemt udstedelse af forordninger, og at omfanget af overladelsen af beføjelser er større, end det må være (have været) forudsat i Grundlovens § 20. Tiltrædelsen af EU havde derfor krævet grundlovsændring. Kritikere havde tidligere rejst sag om lovlighed af medlemskabet, men deres sag var blevet afvist på grund af manglende søgsmålsret. Nu var det imidlertid en politisk nødvendighed at skabe klarhed om landets stilling. Højesteret fastslog, at Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber senest (dengang) af Maastricht-traktaten af 7. februar 1992 om Den Europæiske Union var sket med rette i medfør af § 20 i Grundloven uden grundlovsændring.

– Nye tiders samfundssyn og ideologi har ført med sig, at dansk retspraksis med stigende styrke har tilpasset (ændret) forståelsen af bestemmelser både i Grundloven og i den almindelige lovgivning om borgernes frihedsrettigheder til en mere aktiv menneskerettighedspolitik krav. Denne udvikling støttes både af en udbredt opinion og af nye internationale retskilder, ikke mindst Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der ifølge Lovbekendtgørelse nr. 750 af 19. oktober 1998 siden 1. juli 1992 »gælder her i landet«. Konventionen tolkes og udvikles af Menneskerettighedsdomstolen bl.a. i EMD af 15. februar 2000, der fandt, at en behandlingstid på 8-½ år af en trafikerstatningssag var en krænkelse af art. 6, jf. EU-ret og Menneskeret nr. 1/2000 s. 42. Som en nylig afsagt dansk dom, der uden konventionsmæssig nødvendighed er gået nye veje, kan nævnes UfR 1994.988 H over for tidligere UfR 1989.399 H (UfR 1990B.25) om ytringsfriheden. Også en mindre vidtgående afgørelse kunne have været »forenelig« med EMRK art. 10 og Grundlovens § 77.[8] Det samme kan formentlig siges om den seneste praksis i udvisningssager. Koordination af europæisk og national ret kræver stigende opmærksomhed.

Nutidens meget omfattende og detaljerede lovgivning giver i øvrigt ikke noget stort råderum for en kreativ retspraksis. Der kan være behov for en afklaring af rækkevidde og anvendelse af en ny lovgivning, som f.eks. af de senere års børslovgivning, mens der kun sjældent er behov eller mulighed for at videreudvikle og modernisere dele af retssystemet ved innovation i domstolens afgørelser på områder, som er dækket af en lidt ældre, gennemprøvet og gennemarbejdet lovgivning. Den stigende interesse for retsstatsprincip og menneskerettigheder har imidlertid som allerede antydnet påvirket retspraksis, og denne påvirkning er bl.a. sket ved en stærkere udnyttelse af de almindelige retningslinier, som har stået i Grundloven helt siden 1849 eller 1953. Denne udvikling er i harmoni med tidsånden og markeringer i internationalt samarbejde. Det bør dog ikke overses, at indlæggelse af alt for mange og detaljerede, skærpede forskrifter også i Grundloven kan være en

ulempe. Rækkevidden af en skærpet grundlovsbestemmelse kan være vanskelig at overskue. En justering i senere sager af en en gang knæsat fortolkning af Grundloven kan være vanskelig at foretage, og erfaringen viser, at en ændring af Grundloven kun er praktisk mulig, hvor spørgsmål af afgørende national betydning kræver en løsning. En afgørelse, der lægger et nyt udvidet indhold ind i Grundlovens ord, sætter grænser for Folketinget. Dette kan være betænkeligt. Det er kun Folketinget, som har et direkte mandat fra befolkningen. Afgørelsen i Tvind-sagen er acceptabel, men en modsat afgørelse i sagen om Maastricht-traktaten ville have krænket Folketingets naturlige førsteplads i statsmagternes grundlovsfæstede treenighed.[9] Der er en forskel mellem grundlovsfortolkning i et privat eller teknisk miljø og i spørgsmål om landets centrale politik. En retskildelære med almen gyldighed, som tildeler de kausale faktorer samme bestemte vægt i alle retsspørgsmål, kan ikke opstilles. Betydningen af de enkelte retskilder må afpasses efter karakteren af de spørgsmål, der skal tages stilling til. Beskyttelse af enkelte individers og af minoriteter er påkrævet og rimelig, men flertallet må ikke lammes. Her kan – i øvrigt sans comparaison – tænkes på Aktieselskabsloven, der begrænser sig til at knytte en forsigtig generalklausul om beskyttelse af minoriteter (i § 80) til respekten for flertalsprincippet.

### 3.

Grundloven, den almindelige lovgivning og administrative retsforskrifter er sammen med Unionens traktater, direktiver og forordninger de *primære retskilder*. De indeholder regler, som er generelle, for så vidt som de ikke angår konkrete spørgsmål. Forståelsen af reglerne kræver selvsagt kendskab til det sprog og den sprogbrug, hvori reglerne er udtrykt, men også kendskab til emnet for reglerne og til den indbyrdes sammenhæng mellem reglerne. I hvert fald disse faktorer hører til konteksten. Kendskab til faktorer af en anden karakter er ofte også nødvendig, såsom hidtidig praksis, skik og brug, retlig tradition og forståelsesfuld skønsomhed eller sund fornuft. De ikke sproglige faktorer, som tillægges betydning, er *sekundære retskilder*. Sådanne

### 350

sekundære retskilder er nødvendige som hjælpemidler til (1) at tyde (fortolke) og (2) udfylde de primære retskilder og er åbenbart uundværlige til (3) selvstændigt på helt ulovbestemte områder at fastsætte regler i mangel af regler vedtaget af den kompetente lovgivende magt.

Det er *den dømmende magts opgave* i tvister (1) at bedømme bevisspørgsmål, (2) at foretage den nødvendige retlige kvalifikation af det faktum, som skal lægges til grund for afgørelsen og endelig (3) foretage den relevante subsumtion(syllogisme).

Det er et væsentligt spørgsmål, om det er tilstrækkeligt til at opfylde de retlige krav, der stilles til den dømmende magt, at domme vedtages og affattes alene med henblik på afgørelsen af den foreliggende konkrete tvist, således at begrundelsen i dommen begrænses til at fastslå, hvad indholdet er af den nødvendige retsregel, som skal lægges til grund for afgørelsen, til vendinger som f.eks. »efter alt det foreliggende findes«, »i hvert efter det således oplyst«, »i hvert fald under disse omstændigheder findes« eller lignende, der ikke siger meget andet, end at retten antager, at den regel, som er gældende og relevant, i hvert fald omfatter tilfælde som det foreliggende, og at retsfølgen er som bestemt i dommen. Erkendes må, at en domstol kan føle en sådan usikkerhed typisk på et nyt eller et særligt vanskeligt område, at den ikke finder det klogt eller forsvarligt at lægge mere fast i sin dom, end hvad den finder nødvendigt for at kunne afgøre den foreliggende sag, og ikke mere, end den mener at kunne overse. Erkendes må også, at det kan være uhensigtsmæssigt at tage munden for fuld og senere at måtte trække i land. Det må imidlertid antages, at et af de krav, som både stilles af almindelige traditionelle danske forfatningsretlige principper og af retsstatsprincippet, er, at retssystemet skal bestå af almindelige regler og også udbygges med regler, ikke med frie, arbitrære

skøn. Forvaltningsmyndigheder kan i et vist omfang træffe afgørelser efter et frit skøn. Den dømmende og den udøvende magt har forskellige opgaver og arbejder under forskellige betingelser. Dette skøn kan kun i begrænset omfang efterprøves af domstolene,[10] men i øvrigt består retssystemet af regler, og den vejledning om, hvad der skal gælde, hvor der ikke kan findes klare svar i lovgivningen eller hidtidig praksis, skal – så vidt det er muligt – gives ved at udbygge regelsystemet med præciseringen af eksisterende regler eller med nye regler. Domme bør derfor om fornødent søge at bygge på og give udtryk for almindelige regler eller retningslinier, ikke på konkrete skøn. Lovgivningens styring af retstilstanden består ofte kun i fastlæggelsen af hovedlinier, således at domstolene må foretage ikke kun den nødvendige bevisbedømmelse og den retlige vurdering (kvalifikation) af de konkrete situationer, der forelægges domstolene i tvister, men også en nødvendig præcisering og supplerende af retstilstanden. En almindelig og derfor også noget ubestemt lighedsgrundsætning kræver, at der tilstræbes konsekvens i retsanvendelsen, også hvor lovgivningen har efterladt større eller mindre spillerum for den uundværlige præcisering af, hvad der er og skal være gældende ret.[11] EF-domstolens praksis i præjudicielle sager efter art. 234 illustrerer og bekræfter, at det også i fællesskabsretten er et naturligt og fundamentalt krav til retsanvendelsen, at den nødvendige præcisering og videreudvikling af generelle regler og retningslinier sker enten ved fastlæggelse i en autoritativ fortolkning af »underregler« inden for den generelle retsregels eller retningslinies område eller ved en egentlig nydannelse i form af en selvstændig regel. EF-domstolens svar på spørgsmål fra de nationale domstole består af udsagn om fællesskabsretten i form af generelle regler. EF-domstolen beskæftiger sig ikke med de særlige problemer i den sag, som har nødvendiggjort de stillede spørgsmål, om bevisbedømmelse, kvalifikation og subsumption. Disse spørgsmål hører under den nationale domstol og nationale ret. Procesformen i de præjudicielle sager er egnet til at blotlægge gode retsafgørelses anatomi.

#### 4.

En retlig afgørelse kan gå ud på, at der ikke er *hjemmel*, dvs. fornøden støtte i lov eller andre retskilder, til at give sagsøger eller klager medhold i hans krav, men en afgørelse, der med romerrettens *non liquet* – en løsning findes ikke – viser tvisten fra sig, er, som det udtrykkeligt er sagt i den franske Code Civil art. 4, ikke acceptabel for domstole, mens en administrativ myndighed nok kan nægte at tage stilling til, om de vil tage nye opgaver op eller betinge personers og virksomheders aktiviteter af, at betingelser er opfyldt og tilladelser givet.

#### 5.

Lovgivning og traktater udarbejdes i en bestemt form. Også nogle af de subsidiære retskilder er *formaliseret*, for så vidt som de er indeholdt i retspraksis eller sædvane, og denne form giver indholdet en vis stærkere eller svagere formodning om relevans eller gyldighed som retsregel. Ulovbestemte regler kan ses at have været anvendt i afgørelser truffet af domstole eller andre retsanvendende myndigheder eller som retningslinier, der er blevet fulgt mere eller mindre hyppigt og

#### 351

konsekvent af personer eller virksomheder, for hvem åbenbart et konsekvent valg af fremgangsmåde i bestemte situationer har været naturligt. Den hjælp, subsidiære retskilder kan yde til besvarelse af spørgsmål, der efter lovgivningen stadig står åbne, har ofte kun karakter af en delvis hjælp, bestående f.eks. i angivelse af en *tendens*, at domstolene f.eks. giver udtryk for, at begrænsninger i den forsikringsdækning, en kunde bør kunne regne med, skal være klart og udtrykkeligt udtalt i forsikringsbetingelsene, eller at sofistikeret skattetænkning bør betragtes med uvilje etc., eller i angivelse af at det foreliggende spørgsmål bør løses ligesom lignende spørgsmål tidligere er blevet løst (*analogi*, *fingerpeg*, *inspiration*).

#### 6.

Det er åbenbart, at de formaliserede retskilder ikke altid på forhånd kan give svar eller dog ikke et sikkert svar på alle de spørgsmål, der kan og vil melde sig i fremtidige tvivl og tvister. Dette er åbenbart, allerede fordi der ikke kan skrives et fuldstændigt katalog over de spørgsmål af retlig karakter, der vil kunne opstå. Livets mangfoldighed overrasker ofte både lovgivere og andre. Hovedsagen er, at der ikke med disse retskilder er taget stilling til alle tænkelige spørgsmål, og at det ikke er hverken tilrådeligt eller altid muligt ved formelle slutninger at presse væsentligt flere svar ud af en tekst eller praksis, end dens ophavsmænd har lagt i ordene eller i denne praksis. Det er ikke almindeligt erkendt og accepteret, at retssystemet ikke er et komplet system, der indeholder svar på alle spørgsmål, hvor der endnu ikke er givet noget svar hverken i lovgivningen eller i andre almindeligt accepterede – formaliserede – retskilder. Retssystemet er ikke et komplet system. De eksisterende regler i systemet er til stadighed udsat for lovændringer, for omfortolkning og for ændringer ved ny retspraksis og ændrede sædvaner. Retssikkerheden i en retsstat kræver, at de valg, som er nødvendige for at fastlægge en retstilstand og finde en afgørelse på retstvister, ikke træffes arbitrært efter personlig smag og anskuelser, men så vidt muligt i overensstemmelse med retlig tradition og med synspunkter og holdninger, der er eller kan accepteres af mange og ikke tiltager sig det naturlige område for Folketinget. I den almindelige retslære er det almindeligt at kalde alle acceptable motiver for retlige valg for en retskilde og med historisk udgangspunkt i naturretten benævne denne retskilde forholdets natur (Natur der Sache). Udtrykket er ikke i sig selv mere oplysende end romerrettens *ius est ars boni et aequi* (D.1.1.1.) eller fra nyere tid bl.a. social engineering. Brugen af den ene eller anden fælles benævnelse må ikke skygge for erkendelsen af, at før de nødvendige valg er truffet af lovgivningsmagt eller af andre myndigheder, eller en kutyme har dannet sig, findes der intet autoritativt eller sikkert svar i retssystemet. Betegnelsen af den brogede mangfoldighed af motiver bag den nødvendige supplerende retsdannelse som retskilde er nærliggende for den, der – urealistisk – opfatter retssystemet som et fuldstændigt system bestående af generelle regler. Ordet naturret er i øvrigt bedre egnet som udtryk for den betydning, de retlige idealer og anerkendelser af de basale menneskerettigheder har for retstilstanden. Naturret i denne betydning kan jævnligt yde hjælp til afgørelse af aktuelle retsspørgsmål.

#### 7.

En generel beskrivelse af den eller de supplerende – ikke formaliserede – retskilde eller retskilder kan kun bestå i brede, ubestemte udsagn, såsom at

- vejledning må søges i retstraditionen. Nyt må harmonisk føje sig til gammelt. Brud med traditionen er forbeholdt lovgivningsmagten.

- traditioner kan udbygges og suppleres med tidens stemme eller tendenser i tiden, herskende eller udbredte holdninger og ideologier. Retsanvenderen må søge at høre græsset gro.

- komplicerede, retstekniske spørgsmål må besvares ud fra sagkundskab om emnet og erfaring.

Det er åbenbart, at vejledninger som dem, der er beskrevet her, er *usikre*. Ingen af rettesnorene er entydige, og nærmere almindelige undersøgelser savnes og er vanskelige at foretage. I det meste af den juridiske litteratur søges specielle tvivlsspørgsmål løst hver for sig ud fra argumenter med særligt sigte på det enkelte spørgsmål. Forskelle i holdninger og meninger mærkes imidlertid både hos de juridiske forfattere og om end i mindre grad hos dommerne. Juridiske værker giver ofte et godt grundlag for at tegne en holdningsmæssig profil af forfatteren, og dommerindividualiteten er ikke betydningsløs. Hvad der for nogle er en værdifuld tradition, er for andre forældet eller forfæjlet. Mennesker har forskellige holdninger, en er for markedsøkonomi og økonomisk vækst, en anden for offentlig styring og solidaritet, en

er for en vidtgående forbrugerlovgivning, en anden for at overlade mest muligt til den frie konkurrence etc., etc.

### 8.

En – velbegrunder – beundring for naturvidenskaben fører let til, at dennes tankemåde og terminologi overføres til andre fag, også selvom forholdene som i retsvidenskaben er ganske forskellige. I naturvidenskab er det naturligt at tale om verifikation (eller falsifikation) af en påstand, men sprogbrugen er ikke træffende, hvor talen er om, hvad gældende ret er.[12] Verifikation må betyde påvisning af overensstemmelse med noget eksisterende.

### 352

Naturvidenskaben skal beskrive naturen, noget givet, mens retsvidenskaben skal beskrive den gældende ret, men væsentlige elementer af retten er ikke givne. Retten dannes eller færdiggøres ikke sjældent, først når behov melder sig, fordi tvivlsspørgsmål rejses. En argumentation – det være sig i retslitteratur, i advokaters procedure eller i domme eller andre afgørelser – for en fortolkning af en regel eller for en ny eller ændret regel går ud på at vinde forståelse eller tilslutning til den argumenterendes eller hans klients opfattelse. Kunsten at overbevise andre om, at et retsspørgsmål kan og bør besvares på en bestemt måde inden for de mere eller mindre faste rammer, som findes i retssystemet, er væsentlig og værdifuld i den juridiske profession. Der eksisterer ikke svar, som på forhånd er givne på alle retlige spørgsmål. Retssystemet er ikke et komplet system, men behøver til stadighed udfyldninger og suppleringer. Verifikation er et begreb, der er uegnet som en hovedbestanddel af en definition af gældende ret. En realistisk redegørelse for, hvad der er gældende ret, kan kun bestå i en virkelighedsnær beskrivelse af rettens tilblivelse, hidtidige anvendelse og forventninger til fremtiden. Retsvidenskab forstået som beskrivelse og studier af det aktuelle fungerende normative system af gældende ret, på grundlag af hvilket tvivlsspørgsmål og tvister besvares og afgøres, er forskellig fra studier i andre samfundsfag. Det er ikke et spørgsmål om verifikation, om en advokat får medhold i den nyfortolkning, han gik ind for i sin procedure, ligesom det ikke er en verifikation, om et væddeløb vindes af en af favoritterne, men skulle det ske, er i begge tilfælde et håb eller en forventning gået i opfyldelse.

1. I Black's Law Dictionary gives følgende definition af retsstatsprincippet, som lægger vægten på god retspleje på grundlag af givne regler, men ikke medtager domstolens selvstændighed og uafhængighed: »The rule of law, sometimes called »the supremacy of law«, provides that decisions should be made by the application of known principles or laws without the intervention of discretion in their application«. Definitionen kommer nær de almindelige krav om kundgørelse af loven og om lighed for loven. – Ordet retsstat har ikke spillet en fremtrædende rolle i dansk forfatningsretlig litteratur, men er dog brugt – i forskellig betydning – bl.a. af *Ross*: Dansk Statsforfatningsret I, 2. udg. 1996, s. 188, og *Zahle*: Dansk Statsforfatningsret I, 2. udg. 1995, s. 117.
2. Dette er gængs lære i sprogvidenskaben og fremhæves også i den almindelige retslære om fortolkning bl.a. af *Alf Ross*: Ret og Retfærdighed s. 137 et passim, men læren illustreres der til dels med eksempler så simple, at de kan forlede til at tro, at begrebet »kontekst« altid har samme indhold, og at dette indhold i en given situation altid er klart og umiddelbart givet for læseren.
3. Nærmere herom *Ernst Andersen*: Forfatning og Sædvane, 1947.
4. Således *Alf Ross* i hyldesten i Ret og Retfærdighed s. 37, s. 127 og s. 187 til *Viggo Bentzons* forfatterskab fra det 20. århundredes første årti.
5. Sml. *Albæk Jensen*: Parlamentarismens statsretlige betydning, 2. udg. 1997.
6. Sml. Grundlovens §§ 43, 45 og 46 og bl.a. *Jan Pedersen* i Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, 1999, s. 229ff.
7. Grundlovens § 20 og tiltrædelseslovene er også udførligt gennemgået i *Hartig Danielsen*: Suverænitetsafgivelse, 1999.

8. En fyldig, nutidig omtale af dansk retspraksis om ytringsfriheden er skrevet af *Albæk Jensen* i Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, 1999, s. 438ff. De udenlandske kilder til værn om menneskeretighederne er kort omtalt i samme værk s. 10ff.
9. Sml. *Eivind Smith* i en artikel i Lov og Rett 1999. 45 If med den dramatiske titel »Høyesterett – en trussel mod demokratiet?« og i bogen Høyesterett og Folkestyret, 1993, navnlig s. 287ff.
10. Grænserne for friheden og domstolsprøvelse af det forvaltningsretlige skøn er senest beskrevet af *Bent Christensen* i Forvaltningsret, 1997 s. 123ff.
11. Jf. *Bent Christensen* op.cit. s. 146f og *Jon Andersen* i *Gammeltoft-Hansen m.fl.*: Forvaltningsret s. 236f om »lighedsbetragtninger« som en begrænsning af friheden i det forvaltningsretlige skøn.
12. »Verifikation af retsvidenskabelige sætninger« står der i kapiteloverskrifter i *Ross*: Ret og Retfærdighed s. 51 og s. 65.