

U.2013B.231

Almindelige emner 1.9 og 9

Hvad er en retskilde? (2)

Indledningsvis imødegås den kritik, som Peter Blume har rettet mod den definition af retskildebegrebet, som forfatteren foreslog i U 2013B.1. Det omtales, hvorfor forslaget kommer rundt om de problemer, som rammer Blumes egen definition. Dernæst uddybes, hvorfor den juridiske teori ikke er en retskilde. Afslutningsvis forklares, hvorfor forfatterens definitionsforslag - men ikke Blumes - kommer uden om det, som Ross kaldte retskildelærens centrale og pinagtige problem, og som betød, at hans kamp med retskildebegrebet endte uden brugbare resultater.

Af forh. advokat, dr.phil. Jens Ravnkilde

1. Definitionen

I artiklen »Hvad er en retskilde?« kæmpede jeg mig vej gennem den urskov af definitioner af begrebet retskilde, som findes i dansk og nordisk retsteori.[1] Under arbejdet med macheten argumenterede jeg for to teser: at begrebet skal defineres under henvisning til dets funktion, og at funktionen er at gøre det muligt at kræve af myndighedsafgørelser, at de er hjemlet i gældende ret. På denne baggrund foreslog jeg følgende definition:

En given retsforfatnings retskilder på et givet tidspunkt er de regelproducenter, hvis produkter på det pågældende tidspunkt anerkendes som hjemmel for retsanvendende myndigheders afgørelser der på stedet.[2]

Peter Blume har senere udtalt, at man ikke bliver meget klogere af min definition, og at den ikke kaster klarere lys over retskildernes funktion eller tilvejebringer nogen større viden om, hvad der er retskilder, end de mange retskildefinitioner, som jeg kritiserer, herunder hans egen.[3] På baggrund af denne skuffende vurdering er det på sin plads at sammenligne min definition i detaljer med en af de kritiserede, og her er det nærliggende at vælge *Blumes*. Han definerer retskilder som

... normative argumenter, der er egnede til at indgå i en begrundelse for, hvad der er gældende ret på et bestemt område.[4]

Definitionen er udformet i tilslutning til *Henrik Zahles* definition:

»... ved retskilder forstås ... i almindelighed argumenter, der er egnede til at fungere som begrundelse for, hvad der er gældende ret.«[5]

Det fælles indhold i disse to definitioner drøftes i det følgende under betegnelsen *Zahle-Blume definitionen*. Blumes særlige normativitetsrekvisit tages op i afsnit 9 nedenfor. Det er uvist, hvad Zahle sigter til med forbeholdet »i almindelighed«, [6] som derfor vil blive ignoreret.

2. Retskilderne skal udpeges

En definition af retskildebegrebet skal sætte os i stand til at identificere retskilderne. Man kan tale om, at den skal *udpege retskilderne*. Der er tre grunde hertil.

For det første henfører myndighedsafgørelser et faktum under en regel, og retskildebegrebet gør det muligt at formulere et krav om, at den pågældende regel indgår i gældende ret. Gældende ret er per definition frembragt af retskilderne, hvorfor kravet er ensbetydende med et krav om, at reglen skal være frembragt af en retskilde. Hvis kravet ikke er opfyldt, er afgørelsen uhjemlet og følgelig forkert i hvert fald i begrundelsen. Kun en definition af retskildebegrebet, som sætter os i stand til at identificere retskilderne, gør det muligt i et konkret tilfælde at fastslå, om en retsafgørelse tilfredsstillende hjemmelskravet, idet det kun er i lyset af en sådan definition, at vi er i stand til at konstatere, om afgørelsen henfører sagen under en regel, der er skabt af en retskilde. Antag, at en landsretsdom henviser til en højesteretsdom som

232

begrundelse for at frifinde et sagsøgt ministerium. Uden en definition af retskildebegrebet, der gør det muligt at fastslå, om højesteretsdomme er en retskilde, er vi afskåret fra at tage stilling til, om dommen er hjemlet i gældende dansk ret eller ej.

For det andet skal en definition gøre det muligt at fastslå, hvad der falder under det definerede begreb. Dette gælder i al almindelighed og derfor også i det foreliggende tilfælde. Kravet skyldes, at definitionen ellers ikke gør en ende på den usikkerhed om begrebets anvendelse, som definitionen skal gøre op med: den vil i stedet efterlade det som et åbent spørgsmål, hvad man forpligter sig til, hvis man godtager den. Antag, at *Jürgen Habermas'* tanker om offentlighed er en retskilde i gældende dansk ret. I så fald skal tankerne inddrages i fortolkningen af grundlovens § 65, stk. 1, hvorefter der i størst muligt omfang indføres offentlighed og mundtlighed i retsplejen.[7] Habermas argumenterer for et offentlighedsbegreb, der går videre end det, som udmøntes i retsplejelovens regler om offentlighed i retsplejen. Retskilden Habermas fører således til konklusionerne, at hidtidige grundlovsfortolkninger fejler ved kun at bygge på de gængse retskilder i forbindelse med grundlovsfortolkning, at de pågældende fortolkninger følgelig er udtryk for retsvildfarelser, og at retsplejeloven er til dels grundlovsstridig ved ikke at udmønte offentlighed i videst muligt omfang.

Bekymringerne ender imidlertid ikke her. Når man først har fantaseret sig til én retskilde, kan man ikke dæmme op for andre, der fører til uforenelige resultater; f.eks. sociologer eller filosoffer, der hævder, at Habermas' standpunkt ikke er vidtgående nok. Hvis Habermas er en retskilde, hvorfor er disse andre forfattere så ikke? En strid om fortolkningen af grundlovsbestemmelsen vil klart nok være ørkesløs, medmindre en definition af retskildebegrebet sætter os i stand til at fastlægge begrebets omfang og således fastslå, hvilke om nogen af de pågældende forfattere der er retskilder i dansk ret.

For det tredje sonderer man i nutidens analytiske retsfilosofi mellem primære og sekundære retsregler.[8] De primære regulerer adfærd og fastslår, hvad de retsundergivne har pligt til at gøre og undlade, f.eks. betale skat og afstå fra drab. De sekundære er regler om regler og fastslår, hvordan de primære regler tilvejebringes, ændres og anvendes; herunder hvem der har kompetence til at fortolke dem og anvende dem til løsning af tvister. *H.L.A. Hart* har argumenteret for, at vi blandt de sekundære regler finder en *rule of recognition*, hvis opgave det er at fastlægge, hvad der tæller som retsregler i den pågældende retsforfatning. Eftersom retsreglerne er skabt af retskilderne, kan en *rule of recognition* beskrives som en regel, der udpeger retskilderne, og derved fungerer som det pågældende retssystem grundlag.[9] I fraværet af en sådan regel kan ethvert fantasiprodukt om gældende ret hævdes at udmønte retsdogmatisk indsigt på højeste plan.

Det følger af det ovenfor sagte, at en definition af retskildebegrebet i realiteten skal kunne tjene som en *rule of recognition*. Endvidere skal den rubricere de fænomener som retskilder, som der er enighed eller dog overvejende enighed om at opfatte sådan, idet der i modsat fald ikke er holdepunkter for at påstå, at det er retskildebegrebet, som defineres. En definition er uden videre forkert, hvis den indebærer, at aftaleloven ikke er en retskilde, ligesom en definition af begrebet hund må forkastes på stedet, hvis den medfører, at dalmatinere ikke er hunde.

Min definition udpeger retskilderne. For så vidt angår alle regler, lokaliteter og tidspunkter gør den det muligt at fastslå, om en given regel indgår i gældende ret på et nærmere bestemt tidspunkt i denne eller hin lokalitet, f.eks. Danmark i 2013 eller Sverige i 1913. Den henviser os nemlig til at undersøge, hvad der påberåbes som hjemmel for retsafgørelserne, som på det pågældende tidspunkt træffes af de relevante myndigheder i den pågældende lokalitet. En sådan undersøgelse er metodologisk uproblematisk og vil typisk nå frem til sikre svar. Definitionen udmønter af samme grund en *rule of recognition*, idet den kan anvendes til vedrørende en hvilken som helst regel at fastslå, om reglen indgår i nugældende (eller dagældende) ret i den pågældende jurisdiktion. Dette vil nemlig være tilfældet, hvis, men kun hvis reglen er frembragt af en regelproducent, hvis produkter nu anerkendes (eller dengang anerkendtes) som hjemmel for de retsanvendende myndigheders afgørelser der på stedet. Definitionen fortæller os, hvad der skal regnes for (eller er blevet regnet for) retsregler i den pågældende retsforfatning, hvilket netop er opgaven for en *rule of recognition*. Til eksempel medfører definitionen, at aftaleloven er en retskilde i gældende dansk ret, eftersom den er frembragt af en regelproducent, Folketinget, hvis produkter, de vedtagne og stadfæstede love, anerkendes som hjemmel for domme og forvaltningsafgørelser her i landet. Den medfører det modsatte resultat for så vidt angår f.eks. *Jürgen Habermas*, *Theorie des kommunikativen Handelns*, eller *L. Ron Hubbard*, *Dianetics: The Modern Science of Mental Health*, da disse publikationer er frembragt af personer, hvis produkter ikke nyder den nævnte anerkendelse.

233

Derimod er Zahle-Blume definitionen uden evne til at fungere som *rule of recognition*. Retskilderne siges at bestå af argumenter af en vis nærmere karakter, men hvordan vi skal identificere dem fremgår ikke. Antag, at en advokat, der skal procedere en sag for Højesteret, overvejer et argument, der tjener hans klients sag. Han vil naturligvis gerne vide, om det er blandt de kvalificerede argumenter, som udgør retskilder, idet han meget naturligt forventer, at dette vil forlene argumentet med en særlig gennemslagskraft. Han spørger derfor sig selv, om argumentet er egnet til at tjene som begrundelse for, hvad der er gældende ret inden for det pågældende retsområde. Her lader Zahle-Blume definitionen ham i stikken. Den efterlader ham uden idé om, hvordan han skal nå frem til et svar. Antag, at et argument henviser til en retssædvane som begrundelse for påstanden, at uoverdragelige vederlagskrav tilkommer ophavsmændene til ophavsretligt beskyttede værker. Når vi spørger, om dette argument er egnet til at indgå i en begrundelse for, hvad der er gældende dansk ophavsret, kan et svar kun formuleres, hvis vi allerede ved, om retssædvaner er retskilder.[10] Vi er hermed fremme ved spørgsmålet om cirkularitet.

3. Cirkularitet

Zahle-Blume definitionen sætter os kun i stand til at identificere retskilderne, hvis vi kender dem i forvejen. Vi er afskåret fra at fastslå, hvilke argumenter der er egnet til at fastslå gældende ret, medmindre vi kender til gældende ret - at skulle udpege de egnede argumenter i fraværet af dette kendskab svarer til at udpege vinderen af et væddeløb uden at vide, hvor målstregen er. Cirkulariteten opstår, fordi kendskab til gældende ret forudsætter, at vi kan identificere retskilderne. For at

fastlægge gældende dansk ret må man vide, om det er mest formålstjenligt at konsultere den kurante udgave af Karnovs Lovsamling eller gamle numre af Anders And & Co.

For at finde ud af, om retssystemet i Langtbortistan bygger på retskilder, der omfatter ypperstepræsters tydning af kyllingeknogler, er vi i henhold til Zahle-Blume definitionen nødsaget til først at fastslå, hvilke argumenter der er egnede til at fungere som begrundelse for synspunkter om gældende ret i Langtbortistan. Imidlertid kan vi ikke fastslå, hvilke argumenter der har denne evne, uden at kende til gældende ret, hvilket forudsætter kendskab til retskilderne. For at fastslå, hvad der er retskilder i Langtbortistan, skal vi med andre ord allerede kende svaret.

Antag f.eks., at argument 1 udmunder i konklusionen, at det i Langtbortistan er straffrit at spise naboens børn, mens argument 2 fører til konklusionen, at straffriheden kun gælder, til børnene er fyldt fem år. Vi ved ikke, hvilket af disse to argumenter der er egnet til at begrunde konklusioner om gældende ret i Langtbortistan, før vi ved, hvilken om nogen af konklusionerne der er sand, men dette kan vi først få svar på, når vi har identificeret retskilderne der på stedet.

Min definition af retskildebegrebet er derimod ikke cirkulær, eftersom det definerede begreb ikke optræder eller forudsættes bekendt i definitionen. En fastlæggelse af, hvad retsanvendende myndigheder anvender som hjemmel for deres afgørelser, forudsætter hverken viden om retskilderne eller om gældende ret. Det kræver blot det selvfølgelig, at man forstår det sprog, hvori afgørelserne er affattet.

Blume udtaler desuagtet, at min definition synes noget cirkulær, da det i tilknytning til definitionen fremgår, at jeg anvender regelproducent som et andet ord for retskilde.[11] Herved overses, at det netop er, fordi »ungkarl« anvendes som et andet ord for ugift mand, at »ungkarl« kan defineres som ugift mand. At udtrykkene kan anvendes i flæng gør ikke definitionen cirkulær; det gør den korrekt.[12]

4. Ukontroversielle eksempler skal respekteres

Zahle-Blume definitionen kolliderer med gængse forestillinger om, hvad der udgør retskilder. Den fortæller os, at kun argumenter er retskilder. Dermed er love, præjudikater, retssædvaner og forholdets natur holdt uden for, jf. umiddelbart i det følgende. Dette vil komme som en overraskelse for de fleste jurister og som et ubehageligt chok for dommere og forvaltningspersonale, der ufravigeligt begrunder deres afgørelser under henvisning dertil. Desuden fortæller definitionen os, at argumenter, der er egnet til at fastlægge gældende ret, er retskilder. Dermed er den juridiske teori gjort til retskilde. Også dette er en fejl, jf. nærmere afsnit 10 nedenfor. Definitionen er således på en og samme tid for bred og for snæver.

Alle jurister anser en vedtaget og stadfæstet lov for at være en retskilde. Ifølge Zahle-Blume definitionen er retskilder en særlig type argumenter. Imidlertid er en lov ikke et argument. Et argument er et ræsonnement, hvorimod en lov er en ordnet mængde af retsregler, vedtaget i lovform af lovgivningsmagten. Love kan indgå i retsdogmatiske argumenter, men dette gør ikke lovene selv til argumenter. Domme og forvaltningsafgørelser skal

234

indeholde et argument i form af det ræsonnement, der begrunder konklusionen, men det gør ikke afgørelserne til argumenter. Ej heller kan mening forbindes med tanken, at retssædvaner og forholdets natur er argumenter. Ligesom love kan de naturligvis indgå i sådanne argumenter: et retsdogmatisk argument kan henvise til en retssædvane til støtte for et synspunkt om gældende ret.[13] Dette gør imidlertid ikke retssædvanen selv til et retsdogmatisk argument. Tilsvarende med forholdets natur.

En definition aftestes bl.a. ved at blive holdt op mod ukontroversielle eksempler på det, som falder under begrebet. En definition af begrebet

primtal er uden videre forkert, hvis den medfører, at Rundetårn er et primtal, eller at tallet 3 ikke er det. At Zahle-Blume-definitionen ikke rubricerer love, domme, retssædvaner og forholdets natur som retskilder betyder, at definitionen rammer så langt ved siden af målet, at der intet grundlag er for at mene, at der overhovedet er tale om en definition af retskildebegrebet.[14]

I kontrast hertil respekterer og forklarer mit forslag den blandt danske jurister almindeligt udbredte overbevisning om, hvad der er retskilder. Retsanvendende myndigheder i Danmark påberåber sig love, præjudikater, retssædvaner og forholdets natur som hjemmel for deres afgørelser, og *intet andet*. I medfør af min definition omfatter dansk ret således disse fire retskilder og *ingen andre*. Dette stemmer overens med det svar, som stort set alle danske jurister ville give, hvis de blev spurgt, hvilke retskilder der uden tvivl findes i dansk ret; altså hvad der er dansk rets centrale og indiskutable eksempler.[15] Denne fuldstændige overensstemmelse beviser definitionens korrekthed.

Vi forsøger her at opstille en såkaldt *reportiv* eller *leksikalsk* definition, dvs. en definition, som specificerer den betydning, som et eller andet ord rent faktisk besidder; ikke en *stipulativ* definition, som tydeliggør den betydning, i hvilken en forfatter vil anvende et hjemmelavet, uvist eller tvetydigt ord (»I den foreliggende afhandling vil jeg ved transcendentale hermeneutik forstå det synspunkt, at . . .«).

Zahle-Blume definitionen har som netop nævnt ingen kontakthoved til retskildebegrebets tilvante indhold. Den kan sammenlignes med en definition af begrebet hund, som holder alle hunderacer anerkendt af *Fédération Cynologique Internationale* uden for begrebets omfang. I virkeligheden er der tale om en stipulativ definition udformet med henblik på at forlene retskildebegrebet med en ny betydning, som i strid med dets tilvante indhold gør det muligt at opfatte den juridiske teori som en retskilde.

5. Retskilderne skaber gældende ret

Det gælder per definition, at retskilderne skaber gældende ret. Dette respekterer Zahle-Blume definitionen ikke. Argumenter, der er egnet til at indgå i en begrundelse for, hvad der er gældende ret, må være argumenter egnet til at *fastslå* indholdet af gældende ret. Sådanne argumenter findes ganske rigtigt i enhver retsdogmatisk lærebog og monografi. Imidlertid er det udelukket at anse dem for retskilder, eftersom argumenter ikke frembringer det, som de handler om, lige så lidt som Robert Carver skabte Tutankhamons grav ved at finde den. Den var der i forvejen.

At fastslå dette eller hint er en aktivitet, som angår noget allerede eksisterende, hvorfor gældende ret må være frembragt af noget andet end de argumenter, der er egnet til at fastslå dens indhold. Dette andet er (med love som eksempel) naturligvis lovgivningsmagts lovgivningsaktivitet. Det er denne aktivitet, og dens produkter i form af de vedtagne og stadfæstede love, der udgør retskilden.

Gældende ret skabes af retskilderne. Gældende ret skabes ikke af argumenter. Altså består retskilderne ikke af argumenter - heller ikke af den særlige type argumenter, der omtales i Zahle-Blume definitionen.

6. Sandhedsbetingelser

En definition af retskildebegrebet skal gøre det muligt at specificere retsdogmatiske udsagns *sandhedsbetingelser*, altså de nødvendige og tilstrækkelige betingelser for deres sandhed. Dette krav beror på, at en specifikation af et udsagns sandhedsbetingelser samtidig er en specifikation af dets mening. At forstå, hvad udsagnet »Snow is white« betyder, er det samme som at forstå, at udsagnet er sandt, hvis, men kun hvis sne er hvid. I fraværet af en specifikation af retsdogmatiske udsagns sandhedsbetingelser kan vi ikke redegøre for, hvad de handler om, og derfor heller ikke hvordan vi fastslår, om de er sande eller falske.

Min definition er forenelig med en lang række specifikationer, f.eks. følgende, som stammer fra *Alf Ross* og er karakteriseret ved, at begrebet retskilde ikke figurerer i specifikationen:

235

Udsagnet » R er nugældende ret i lokaliteten L « ytret til tidspunktet t er sandt, hvis og kun hvis det til t er sandt, at skulle en retstvist blive forelagt domstolene i L på et tidspunkt efter t , da ville dommerne, hvis de med rette eller urette anså R for relevant for tvisten, inddrage R i deres afgørelse.

Denne specifikation kaldes normalt for *prognoseteorien*. [16] Den rammes af den vanskelighed, at den gør det umuligt at forbinde mening med to grundlæggende sandheder om ethvert retssystem: for det første, at dommerne, når de anvender retsreglen R til afgørelse af en sag, gør det, fordi de anser R for at indgå i gældende ret; [17] og for det andet, at hvis R indgår i gældende ret, er det, fordi R er frembragt af en retskilde og ikke senere ophævet af en anden. Prognoseteorien siger, meget forenklet, at en regel er gældende ret, fordi dommerne anvender den. Sandheden er, at den er gældende ret, fordi en retskilde har frembragt den. Dens gælden er *grunden til*, at dommerne anvender den. Dommernes brug af den kan ikke forklare, hvorfor den gælder, eftersom dens gælden forklarer, hvorfor de bruger den. Reglens gælden må i stedet naturligvis forklares under henvisning til, at den er frembragt af en retskilde. [18]

Vi må derfor erstatte prognose teoriens henvisning til dommernes mulige anvendelse af retsreglerne i fremtiden med en henvisning til retskildernes faktiske tilvejebringelse af dem i fortiden. Herefter indgår begrebet retskilde i specifikationen, der nu lyder som følger:

Udsagnet » R er nugældende ret i lokaliteten L « ytret til tidspunktet t er sandt, hvis og kun hvis der gives en retskilde K i L , som før t skabte R , og ingen retskilde K^* i L , som efter skabelsestidspunktet men før t ophævede R .

For eksempel: Udsagnet »Aftalelovens § 7 er gældende dansk ret i 2013« er sandt, hvis og kun hvis der gives en dansk retskilde, som forud for 2013 tilvejebragte aftalelovens § 7, og ingen dansk retskilde, som efter tilvejebringelsen men før 2013 ophævede aftalelovens § 7. [19]

Specifikationen er udtryk for, at en retsregels gælden anses for ensbetydende med, at den er i kraft. Dette svarer til *H.L.A. Harts* opfattelse af »legal validity«, [20] som fører til følgende specifikation af sandhedsbetingelserne:

Udsagnet » R er nugældende ret [*is a valid rule of law*] i lokaliteten L « ytret til tidspunktet t er sandt, hvis og kun hvis R opfylder alle de kriterier, som opstilles i den *rule of recognition*, som til t anerkendes som den regel, der fastlægges, hvad der tæller som en retsregel i L . [21]

Spørgsmålet opstår, om nogen specifikation lader sig forene med Zahle-Blume definitionen. Følgende er den eneste mulige:

Udsagnet » R er nugældende ret i lokaliteten L « ytret til tidspunktet t er sandt, hvis og kun hvis der gives et argument A , som er egnet til at begrunde udsagnet. [22]

Tanken bag specifikationen er den, at det argument A , der omtales i specifikationen, er den retskilde, som skaber den retsdogmatiske kendsgerning, der beskrives i udsagnet » R er nugældende ret i lokaliteten L «.

At begrunde et udsagn vil sige at fremføre et rationelt grundlag for at anse det for sandt. »Begrunde« betyder med andre ord ikke *bevise*. Et udsagn kan være begrundet men alligevel falsk. At der findes sådanne udsagn er en selvfølge; f.eks. en velunderbygget videnskabelig teori, der i en årrække hersker enerådende men til slut forkastes, fordi den gendrivs af nye eksperimenter. Inden for juraens verden er det en dagligdags erfaring, at der i forbindelse med retsdogmatiske tvivls spørgsmål kan frembringes vægtige argumenter for flere uforenelige standpunkter. Det følger, at både det retsdogmatiske udsagn og dets kontradiktoriske modsætning » R er *ikke* nugældende ret i lokaliteten L « ytret til t begge kan være velbegrundede. Imidlertid følger det af

specifikationen ovenfor, at de i så fald begge er sande. Dette er imidlertid umuligt. Udsagnene p og $ikke-p$ kan ikke begge være sande. Specifikationen er derfor ikke holdbar, hvorfor konklusionen bliver, at Zahle- Blume definitionen allerede af denne grund er utjenlig.

7. Efterprøvelsesbetingelser

En definition af retskildebegrebet skal stemme med en redegørelse for, hvordan man *finder ud af*, om en retsdogmatisk påstand er sand eller falsk. Definitionen skal med andre ord gøre det muligt at formulere

236

retsdogmatiske udsagns *efterprøvelsesbetingelser*, hvorved forstås de nødvendige og tilstrækkelige betingelser for at fastslå, om udsagnene er sande eller falske (dvs. fastslå deres såkaldte *sandhedsværdi*).

Kravet begrundes i, at enhver jurist vil svare, at det er en selvfølge, at man undersøger et retsdogmatisk udsagns sandhedsværdi ved at studere retskilderne. Denne undersøgelse vil som hovedregel udmunde i et sikkert svar. I komplicerede tilfælde må et svar afvente en relevant højesteretsdom. En definition af retskildebegrebet må forkastes på stedet, hvis den ikke kan forlene disse selvfølgeligheder med mening. Min definition respekterer selvfølgelighederne, og føjer hertil, at man identificerer retskilderne ved at konstatere, hvad de retsanvendende myndigheder anvender som hjemmelsgrundlag for deres afgørelser. Vejen ligger herefter åben for en konstatering af sandhedsværdien af et hvilket som helst retsdogmatisk udsagn - enten allerede her og nu eller (i sjældne tilfælde) efter afsigelsen af en relevant højesteretsdom

Zahle-Blume definitionen kan derimod ikke begrunde nogen specifikation af efterprøvelsesbetingelserne. Dette skyldes, at så længe vi ikke får oplyst, hvilke argumenter der sigtes til i definitionen, ved vi ikke, hvordan vi skal gribe efterprøvelsen an. Så længe vi ikke ved, hvad der er retskilder, forstår vi ikke, hvad det er, vi skal undersøge - er det Folketingstidende eller læserbrevsspalterne i dagbladet Information? Zahle-Blume definitionen kan følgelig ikke forklare, hvordan der kan gives viden inden for retsdogmatikken. Imidlertid er sådan viden uden tvivl opnåelig. Mange mennesker ved lidt om gældende ret, og nogle få ved meget.

8. Regelkrydsninger

Kan to argumenter, der er egnet til at begrunde synspunkter om gældende ret, have uforenelige konklusioner? Hvis svaret er ja, indeholder nugældende dansk ret en myriade af regelkrydsninger, dersom de egnede argumenter er retskilder. Absurditeten i denne konklusion kommer frem på en lidt anden måde, hvis vi overvejer Højesterets problem, når to advokater fremfører tungtvejende argumenter til støtte for to uforenelige konklusioner, svarende til de påstande, som de hver især har nedlagt under sagen. Hvis begge advokatens argumenter udgør en retskilde, er det vanskeligt at se, hvilket rationelt grundlag Højesteret har for at foretrække det ene argument frem for det andet. Sandheden er naturligvis, at ingen af argumenterne er en retskilde, og at Højesteret foretrækker det, som anses for at bygge på den mest overbevisende fortolkning af retskilderne.

For at komme rundt om dette problem må Zahle og Blume svare, at alle egnede argumenter vedrørende dette eller hint spørgsmål udmunder i samme konklusion. Dermed forsvinder problemet, men et nyt opstår, eftersom vi må spørge, hvad der karakteriserer den pågældende konklusion. Hvis de alle udmunder i samme konklusion, kan svaret kun være, at konklusionen er *sand*: argumenterne er egnede til at fastlægge gældende ret, fordi de udmunder i en sandhed om gældende ret. Det er jo uden mening at tale om, at argumenter, der udgør retskilder, i skøn samdrægtighed begrunder en retsvildfarelse. Herefter går Zahle-Blume definitionen ud på, at retskilderne er de argumenter, der fastslår, hvad der er gældende ret inden for et eller andet område. Antag til eksempel, at argumenterne drejer sig om, hvorvidt den nugældende danske

fraflytningsbeskatning er i strid med fællesskabsretten. Et argument herom er egnet og dermed en retskilde, hvis, men kun hvis det udmunder i en konklusion, der giver os sandheden om dette spørgsmål. Lad os antage, at det sande svar er *ja*. Det følger, at alle argumenter, uanset hvor forskellige de ellers måtte være, er egnede, og dermed retskilder, hvis, men kun hvis de udmunder i dette svar.

Atter rammes vi af Zahle-Blume definitionens cirkularitet. Antag, at to specialister i EU-skatte ret publicerer afhandlinger om det nævnte spørgsmål. De er begge af højeste kvalitet og vækker betydelig beundring i det skatteretlige miljø, men de indeholder meget forskellige argumenter og når til forskellige resultater: den ene svarer *ja*, den anden *nej*. Vi har ingen mulighed for at afgøre, hvilken af de to afhandlinger der udmunder i den sande konklusion, og dermed er egnet til at indgå i en begrundelse for synspunkter om gældende ret, og følgelig udgør en retskilde, før vi ved, om fraflytningsskatten er forenelig med EU-retten eller ej. Dette forudsætter, at vi kender de relevante retskilder.

9. Retsdogmatik ctr. retspolitik

Blume er af den opfattelse, at de argumenter, som udgør retskilder, per definition alle er normative. Et normativt (præskriptivt, foreskrivende) argument tjener til at begrunde, at et eller andet bør være tilfældet, f.eks. at den kriminelle lavalder bør hæves til 25 år. Inden for juraens verden er alene retspolitiske argumenter af denne karakter. Retsdogmatiske argumenter tager stilling til, om dette eller hint faktisk er gældende ret, og interesserer sig ikke for, hvorvidt dette eller hint bør være det. Antag igen, at tvisten drejer sig om, hvorvidt den danske fraflytningsbeskatning er i strid med EU-retten. Eftersom disse skatteregler allerede er indført, er spørgsmålet, om de bør være i strid med EU-retten, uden mening. Før de blev indført, kunne alle vel være enige om, at de påtænkte regler bør overholde EU-retten. Men efter deres indførelse giver det alene mening at rejse spørgsmålet, om de faktisk gør det. Dette er ikke et spørgsmål, som kan besvares på grundlag af synspunkter om, at dette eller hint *bør* være tilfældet.

237

Blume mener åbenbart, at gældende ret tilvejebringes af normativ tænkning. Med denne helt unødvendige indblanding af normative faktorer i retsdogmatikken åbner han døren på vid gab for naturretten. Min definition gør derimod plads for en skarp sondring mellem retsdogmatik og retspolitik og respekterer således grundbetingelsen for ethvert arbejde med jura på rationelt grundlag.

10. Årsag ctr. begrundelse i retskildelæren

Retsdogmatiske monografier og lærebøger er fyldt til randen med argumenter, der er egnet til at fastlægge indholdet af gældende ret. Det følger, at juridisk teori i medfør af Zahle-Blume definitionen er en retskilde. Den er tilmed den eneste, eftersom det som nævnt er uden mening at beskrive love, præjudikater, retssædvaner og forholdets natur som argumenter.

Den juridiske teori er imidlertid ikke en retskilde i dansk ret. Hvis den var, ville det være uforståeligt, hvorfor danske domstole og forvaltningsmyndigheder aldrig henviser til den som hjemmel for en afgørelse. Hvis den var en retskilde, måtte man forvente, at dette skete i hvert fald lejlighedsvis. Den kendsgerning, at advokater særdeles ofte påberåber sig litteratursteder til støtte for deres synspunkter, viser ikke, at de opfatter teorien som en retskilde, men blot at de ønsker at henlede dommernes opmærksomhed på det forhold, at deres fortolkning af retskilderne svarer til den, som man finder hos anerkendte eksperter.

Den foreliggende vanskelighed kan Zahle og Blume kun komme uden om ved at gøre gældende, at retskildebegrebet ikke knytter an til hjemmelsproblematikken. En sådan indsigelse kan imidlertid ikke stå alene, men må suppleres med et svar på spørgsmålet, hvad der da er begrebets funktion. Zahle-Blume definitionen forudsætter det svar, at

retskildebegrebet tjener til at sondre argumenter, der er egnede til at indgå i en begrundelse for synspunkter om gældende ret, fra argumenter, som ikke er. Dette svar må imidlertid afvises. Det kan på forhånd udelukkes, at et af juraens mest grundlæggende begreber skulle knytte an til denne trivielle sondring. Ingen retsteoretisk suppe kan koges på en pølsepind, der hedder, at nogle retsdogmatiske argumenter er bedre end andre.

Man kan forestille sig det synspunkt fremført, at definitionen i virkeligheden er en misvisende formulering af en retsdogmatisk kvalitetsmålestok: et kriterium, der kan tjene til at sondre mellem retsdogmatisk skidt og kanel. Hertil er imidlertid at sige, at målestokken er ubrugelig, eftersom den er intetsigende. Ingen vil bestride, at god retsdogmatisk forskning adskiller sig fra dårlig ved at være bedre egnet til at indgå i fastlæggelsen af, hvad der er gældende ret. Denne tautologi fortæller intet om, hvordan man bærer sig ad med at konstatere, om en given retsvidenskabelig fremstilling falder i den ene eller den anden kategori.

Spørgsmålet opstår derfor, hvorfor nogen skulle finde på at hævde, at teorien er en retskilde. Et hurtigt svar henviser til retsdogmatikeres *folie de grandeur*: drømmen om sig selv som retskilde er juraprofessorens modstykke til kardinalers forhåbning om at sidde ved Guds højre hånd. Et bedre svar kan skitseres som følger. Domstolene fastlægger, hvordan retsreglerne skal forstås; og Højesteret gør det endeligt og inappellabelt. På de relevante punkter har gældende ret herefter det indhold, som fortolkningen fastlægger, og dette gælder, indtil Højesteret skifter mening, eller ny lovgivning gør fortolkningen irrelevant. På denne baggrund må alt, der påvirker dommerne til at nå frem til den retsopfattelse, som udmøntes i dommen, nødvendigvis regnes for en retskilde. De nævnte kausalfaktorer former gældende ret via fortolkningen og den afsagte dom. Eftersom retskilderne per definition tilvejebringer gældende ret, og eftersom den netop skitserede proces beskriver, hvordan gældende ret skabes, må kausalfaktorerne nødvendigvis anses for retskilder. *Vi har simpelthen ikke noget valg*. Afgørende er nu, at vi blandt disse faktorer finder studiet af den juridiske teori. Alle ved, at domstolene forventer, at advokaterne i deres procedure gennemgår al relevant teori, som i komplicerede højesteretssager fremlægges i daglange foredrag. Dette krav beror selvsagt på, at domstolene er indstillet på at tage ved lære af teorien, fordi de forventer at kunne beriges af akademiske forfattere, der har brugt år af deres liv på at forstå de omhandlede retsområder. At tage ved lære af teorien vil imidlertid netop sige at lade sin retsopfattelse forme af den, hvilket er ensbetydende med, at teorien ofte i større eller mindre udstrækning *kausalt påvirker dommernes retsopfattelse og dermed hjemmelsgrundlaget for den afsagte dom*.

Det er på baggrund af en sådan tankegang, at vi skal se de definitioner af retskildebegrebet, som kredser om kausalprocesserne bag dommernes retsforståelse. Alf Ross definerede retskilder som »indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse.«[23] I samme retning udtaler Morten Wegener: »Ved retskilder forstås . . . samtlige faktorer, som i forbindelse med afgørelsen af konkrete retsspørgsmål øver indflydelse på de retsanvendende myndigheder ved disses valg og/eller formulering af den for afgørelsen relevante retsregel.«[24] Peter Blume udtaler tilsvarende, at det i sidste ende ». . . er et terminologisk spørgsmål, hvad man kalder en retskilde. Det afgørende må være, hvad der rent faktisk motiverer domstolene.«[25]

238

Grundtanken bag mit forslag er i kontrast hertil, at retskildebegrebet vedrører retsafgørelsens begrundelse i form af den i præmisserne påberåbte hjemmel for resultatet. Definitionen forudsætter således, at begrundelsen for en retsafgørelse skal sondres fra årsagerne til, at afgørelsen får den begrundelse, som den får.

At denne sondring må iagttages er imidlertid indlysende. Spørgsmålet, hvad der kausalt betinger de retsanvendende myndigheders retsopfat-

telse, er uden nogen som helst juridisk relevans, og den kausale synsvinkel på retskildebegrebet er radikalt forfejlet.

I princippet kan hvad som helst fra yderst relevante til fuldstændigt irrelevante forhold påvirke en dommers retsforståelse. Dette erkendte Ross, der tidligt indså, at hans retskildefinition gør dommerens morgenmad eller aversion mod blondiner til retskilder. Årsagssammenhængene er imidlertid skjult for alle. Hvis de havde betydning for retsdogmatikken, ville den være en okkult videnskab. Imidlertid kan retsdogmatik faktisk bedrives på rationelt grundlag i mindst samme udstrækning som andre humanvidenskaber, hvilket kun kan bero på, at den beskæftiger sig med information, der er almindeligt tilgængelig og kan gøres til genstand for fyldestgørende intellektuel bearbejdelse af enhver med den påkrævede uddannelse. Den pågældende information udgøres af begrundelsen for retsafgørelsen, således som denne kommer til udtryk i dens præmisser, og *af intet andet*. Hvad angår det praktiske retsliv er det indlysende, at hvis årsagssammenhængene besad den omtalte betydning, ville forelæggelse af en tvist for domstolene være en lige så irrationel konfliktløsning som slag med en mønt, eftersom kausalprocessernes uforudsigelige betydning for udfaldet ville gøre procesrisikoen uberegnelig.

Det er ikke særegent for de retsanvendende myndighedspersoners forståelse af gældende ret, at årsagerne til deres opfattelse må sondres fra begrundelsen derfor. Dette er blot et specialtilfælde af et generelt forhold, der gælder for al erkendelse. Antag, at en matematiker i en sanseløs cannabirus skribler en matematisk tankerække ned, som han senere hævder udgør et bevis for Fermats sidste teorem. Det er uden betydning for spørgsmålet, om skriblerierne faktisk udgør et bevis, at han i det hele blev bestemt af hashtågerne til at skrive, som han gjorde. Af betydning er alene, om skriblerierne kan stå for en kritisk granskning, dvs. om de faktisk genererer et matematisk gyldigt bevis. Granskningen vil ikke inddrage det åbenbart irrelevante spørgsmål, under hvilke konkrete omstændigheder tankerækken blev frembragt, eller i det hele taget hvad der »motiverede« ham til at udforme den, som han gjorde.

Når en dommer arbejder med en sag, kommer han på et tidspunkt til en foreløbig opfattelse af, hvilke retsregler der skal afgøre den. Dette er i realiteten en retsdogmatisk hypotese vedrørende den pågældende sags retlige problemer. (»Sagen skal løses i lyset af retsreglen R«). Hans bestræbelse på at formulere den rette retsregel følger samme principper som f.eks. en læges forsøg på at stille en diagnose. En tentativ hypotese opstilles, som efterprøves i lyset af nye iagttagelser i form af data hentet fra retskilderne, henholdsvis patientens symptomer og sygehistorie, mv. og modificeres i den udstrækning iagttagelserne gør det nødvendigt. Dommeren uddyber og forfiner den foreløbige hypotese under inddragelse af yderligere retskilder, ligesom han sikrer sig, at hans opfattelse kan fastholdes efter en gennemgang af den del af teorien, som han finder mest overbevisende. Til slut konkluderer dommeren, at han ikke kan komme længere, og dommen affattes. I hans som i lægens tilfælde bygger hans handling på en hypotese, hvis kvalitet ikke beror på kausalprocesserne, som frembragte den, men på hypotesens evne til at overleve kritik i form af påpejningen af nye data i strid med den, og/eller konfrontation med en rivaliserende hypotese med henblik på at fastslå, hvilken af dem der bedst tilfredsstiller kravene til en forklaring, herunder vedrørende enkelhed, efterprøvelighed og forklaringskraft.

Nutidens teoretiske filosofi adskiller sig fra klassisk empirisme ved at bygge på den tanke, at videnskabelige hypotesers kvalitet ikke beror på deres fortid men på deres fremtid. Afgørende er ikke, hvad der har frembragt dem eller hvordan, men deres evne til at overleve forsøg på at gendrive dem.[26]

Af tilsvarende grunde skal retsafgørelsens begrundelser ligeledes sondres fra de overvejelser, som dommeren gør sig under sit arbejde med sagen. Det er ikke indholdet eller karakteren af de ræsonnementer,

der rent faktisk løb rundt i hovedet på ham, da han overvejede sagen, som er afgørende for, om dommen opfylder det ufravigelige krav til en doms begrundelse, at den skal indeholde et tvingende argument, der anfører en retskilde som hjemmel. Det har ligeledes ingen betydning for dommens til forskel fra dommerens kvalitet, at resultatet eventuelt er kommet til dommeren i drømme, og at hans efterfølgende udarbejdelse af en begrundelse i samme udstrækning er en efterrationalisering. Det eneste, der har betydning, er, om efterrationaliseringen opfylder det netop nævnte krav.

En dom indeholder således netop det, som har betydning for teori og praksis, og udelader alt det, som er irrelevant, og som kun forekommer Ross og Blume at være af betydning på baggrund af deres defekte retskildebegreb. Det er en banalitet, at domsbegrundelsen skal beskæftige sig med de retskilder, som anses for at være

239

relevante for sagen. Da Ross mente, at retskilderne består af processer, der er utilgængelige for erkendelse, blev han ledt til konklusionen, at affattelsen af en doms præmisser er en »facadelegitimation«, dvs. efterrationalisering.[27] Eftersom retsdogmatikken som nævnt alene kan forske i denne facadelegitimation, er den henvist til alene at beskæftige sig med anliggender, som efter Ross' opfattelse i en eller anden udstrækning, som ikke lader sig fastslå, er uden betydning. Sandheden er den stik modsatte, at alene legitimationens juridiske kvalitet har betydning, og at det er irrelevant, i hvilken udstrækning den udgør en facade for denne eller hin kausalfaktor.

Blume udtaler, at den juridiske teori har »betydning for fastlæggelsen af gældende ret ved domstolene«, og tilføjer, at

»... det er særdeles uheldigt, at dette ikke fremgår af dommene. Det må anses for ønskværdigt, at præmisserne fremlægger det reelle grundlag for den opnåede konklusion. Kan disse præmisser ikke stå for eftertidens prøvelse, må dommen ophøre med at være præjudikat... Denne opfattelse indebærer ikke, at en doms præmisser skal bestå af teoretiske diskussioner, men at retten bør medtage eventuelle litteratursteder, som har motiveret afgørelsen.«[28]

Her udtaler Blume, at præmisserne i en dom ikke altid afdækker det »reelle grundlag« for domskonklusionen, eller med andre ord, at affattelsen nu og da er udtryk for en facadelegitimation, der dækker over visse kausalfaktorer, herunder den juridiske teori, som »motiverede« dommeren og derfor forklarer, hvorfor sagen får det resultat, som den får. Hertil er at sige, at eftersom de teoretiske fremstillinger ikke kan påberåbes i præmisserne, er det med rette, at de lades uomtalt. Udeladelsen er lige så velbegrunderet som udeladelsen af henvisninger til alt andet, som heller ikke er retskilder, f.eks. dommerens blodtryk, angst for tandlæger eller livslange interesse for zenbuddhisme.

Den nærliggende indvending kan tænkes, at konkursret dog må være mere *relevant* for en konkursretlig sag end zenbuddhisme; det er trods alt konkursret, der skal afgøre sagen. Denne indvending tager ikke den kausale synsvinkel alvorligt nok. Kausalfaktorer kan ikke bedømmes efter relevans, men kun efter deres faktiske kausale indflydelse på et hændelsesforløb. At sige, at X er irrelevant for tildragelsen Y, er uden mening, medmindre der blot gives akavet udtryk for, at X ikke er årsag eller delårsag til Y. At sige, at X er mere relevant end Y for tildragelsen Z, er tilsvarende meningsløst, medmindre der blot er tale om en uklart formulering af tanken, at der er større sandsynlighed for, at X er årsag eller delårsag til Z, end at Y er det. Ingen kan vide, om zenbuddhismen faktisk har større eller mindre kausal indflydelse end konkursloven på en konkursretlig dom, afsagt af en dommer med livslang interesse for zenbuddhisme. Det kan derfor tænkes, men hverken bevises eller modbevises, at zenbuddhismen faktisk er en mere betydningsfuld »motiverende« faktor end konkursloven, uagtet konkursloven er mere relevant.

11. Retsskildelærens »centrale og pinagtige problem«

At den kausale synsvinkel på retskildebegrebet er en fejl, erkendte Ross i afhandlingen »Kort bemærkning om retsskildelæren«, hvor han udtalte:

»Vi må forkaste en rent deskriptiv motivanalyse hvorefter også den individuelle dommers humor, forøjelse og aversion mod blondiner er retskilder. Retsskildelæren må angå noget normativt, hvad dommeren er *pligtig* eller (som Eckhoff med rette har tilføjet) har lov til at lægge til grund for sin afgørelse.«[29]

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

Ross bemærkede, at denne nye problemstilling foranlediger, hvad han kaldte »retsskildelærens centrale og pinagtige problem«[30] og kortfattet formulerede som følger:

»... hvilken art pligter er der tale om og hvad er deres grundlag? Det kan vel ikke være blot moralske pligter. For vi mener at retskilderne er forskellige i forskellige lande og andet og mere end blot moralske postulater. Men er der tale om retspligter, hvad er da deres grundlag? En retspligt synes at måtte forudsætte en retskilde hvormed vi synes at være havnet i en cirkel.«[31]

240

Ross formulerer ikke nogen eksplicit ny definition af retskildebegrebet, der kan afløse den »rent deskriptive motivanalyse«, der bestemmer en retskilde som alt, hvad der påvirker en dommers retsopfattelse. Hans overvejelser lægger imidlertid entydigt op til følgende:

(1) En retskilde er hvad som helst en dommer har pligt til at inddrage i sin opfattelse af den retsregel, som efter hans opfattelse skal afgøre sagen.[32]

I den citerede passage rejser Ross spørgsmålet, om der i (1) sigtes til en retspligt eller en moralsk pligt. Førstnævnte mulighed kommer til udtryk i følgende præcisering af (1):

(2) En retskilde er hvad som helst en dommer har retspligt til at inddrage i sin opfattelse af den retsregel, som efter hans opfattelse skal afgøre sagen.

Dette kan yderligere tydeliggøres som

(3) X er en retskilde, hvis, men kun hvis en retskilde Y har frembragt en retspligt for en dommer til at inddrage X i sin opfattelse af den retsregel, der efter hans opfattelse skal afgøre sagen.

(3) er med andre ord Ross' nye forslag til en definition af retskildebegrebet. Forslaget bygger på en forkastelse af en kausal synsvinkel til fordel for en norm-deskriptiv. Retsskildelærens centrale og pinagtige problem består i, at definitionen er ubrugelig, eftersom den, som Ross påpeger, er cirkulær. I medfør af (3) kan vi først afgøre, om X (f.eks. retsfølelsen) er en retskilde, når vi har fastslået, hvorvidt der findes en retskilde Y, som har produceret en retspligt for dommeren til at inddrage X. Definitionen efterlader os imidlertid uden ledetråd med hensyn til, hvordan vi skal identificere Y, allerede fordi vi grundet cirkulariteten ikke har begreb om retskildebegrebets indhold og følgelig efterlades uden idé om, hvad der gør Y til en retskilde. Definitionen erstatter med andre ord forvirring vedrørende X med forvirring vedrørende Y.[33]

Ross publicerede ingen forsøg på at løse problemet. Det opstår, fordi han forklarer eksistensen af retspligter ved at henvise til andre retspligter. Lad X i (3) være færdselsloven. Vi har en retspligt til at adlyde færdselsloven, fordi den er gældende ret, og det er den ifølge (3), fordi dommerne har en *retspligt* til at anvende den i bedømmelsen af færdsels-sager. De retsundergivnes retspligter forklares med andre ord under henvisning til dommernes retspligter. En sådan tankegang er uigennemførlig, fordi den indleder en uendelig tilbageføring af pligtforklaringer. Spørgsmålet opstår jo, hvad der har skabt dommernes retspligter, dvs. hvad der er Y i definitionen.

I forsokratisk græsk filosofi blev spørgsmålet formuleret, hvad der fastholder jordkloden urokkeligt på sin plads i rummet. Den forklaring blev på et tidspunkt givet, at jordkloden hviler på ryggen af en elefant. Da spørgsmålet blev rejst, hvad der fastholder elefanten, lød svaret, at den står på ryggen af en skildpadde. Anekdoten illustrerer, at eksistensen af pligter i sidste ende må forklares under henvisning til noget, der ikke selv er en pligt, eftersom der kun på denne måde blokeres for spørgsmålet, hvordan den pligt er opstået, som på et givet stadi i tilbageføringen af pligtforklaringer står bagerst - eller med andre ord blokerer for spørgsmålet, hvad der fastholder skildpadden.

Enhver retsfilosofisk analyse af retsordenens grundlag må baseres på den simple kendsgerning, at en retsorden ikke kan hvile på et grundlag, der selv er en retsorden, og at grundlaget følgelig hverken kan eller har behov for at blive beskrevet i retlige termer. Mit forslag til en definition af retskildebegrebet henviser i overensstemmelse hermed ikke til en retskilde men til det, som *rent faktisk anerkendes* som hjemmel for retsafgørelser. Henvisningen sigter til den blandt retsanvendende myndigheder undtagelsesløst udbredte og i befolkningen og af lovgivningsmagten universelt godkendte påberåbelse af love, præjudikater osv. som retsgrundlag for domme og andre retsafgørelser. De retsanvendende myndigheds personer begrundede deres afgørelser som de gør, fordi de føler sig forpligtet af en *rule of recognition*, som udpeger love og præjudikater osv. som hjemmel. Retslivets to andre hovedaktører - de retsundergivne og lovgivningsmagten - anerkender eller affinder sig med denne praksis. Retsordenen hviler således på et fundament, som ikke består af retspligter eller andre pligter men af *faktiske regelmæssigheder* i forskellige befolkningsgruppers adfærd. Disse regelmæssigheder udgør ikke et juridisk *explanandum*: de hverken kan eller skal begrundes eller forklares under henvisning til retspligter. De udgør tværtimod et *explanans*, altså et datum, der selv kan påberåbes i en forklaring på, hvordan en retsorden er mulig. Denne rolle for de sædvanemæssigt anerkendte regelmæssigheder udmøntes i min definition af retskildebegrebet, hvilket forklarer, hvorfor den indfanger de fire almindeligt anerkendte retskilder i dansk ret. At den udpeger disse og kun disse beviser som nævnt dens korrekthed.

1. U 2013B.1.
2. I artiklen omtales, hvordan definitionen kan modificeres, således at det ikke er regelproducenterne (f.eks. lovgiver, domstolene), som er retskilder, men produkterne (f.eks. de vedtagne og stadfæstede love, de afsagte domme) eller regelproduktionen (f.eks. lovgivningsaktiviteten, domstolsarbejdet og domsafsigelsen). I daglig tale anvendes ordet retskilde nærmest i flæng om de tre fænomener, og i det følgende lægger jeg ikke vægt på en skarp terminologi. Det fremgår altid af sammenhængen, hvad der menes.
3. Peter Blume, »Retskildebegrebet«, U 2013B.94.
4. Peter Blume, Juridisk metodelære. En indførelse i rettens og juraens verden, 2. udg., Kbh. 2002, s. 24.
5. Henrik Zahle, Rettens kilder, Kbh. 1999, s. 12.
6. Der kan enten menes, at definitionen deles af stort set alle, der har skrevet om retskildebegrebet, hvilket ikke er tilfældet, da der findes mere end et dusin alternative definitioner i litteraturen, eller at definitionen kun finder anvendelse som hovedregel og gør plads for andre definitioner i forbindelse med mere specielle problemstillinger. Dette standpunkt afventer en redegørelse for, hvordan definitionen lyder i disse specialtilfælde.
7. »Skal« inddrages, idet der ikke gives *fakultative* retskilder, altså retskilder, som de retsanvendende myndigheder har ret men ikke pligt til at inddrage i deres afgørelser. Dommere har ikke ret til efter forgodtbefindende at fravælge en retskilde. Hvis flere er relevante og i modstrid med hinanden, er det domstolens opgave at rangordne dem. Ingen af dem kan *ignoreres*.
8. Sondringen findes i lidt forskellige udformninger hos *Kelsen*, *Ross* og *Hart*. Her anvender jeg Harts terminologi.
9. H.L.A. Hart, The Concept of Law, Oxford 1961 (*Hart 1961*), s. 92-93, 97-107, 245.

10. En retsvildfarelse er en misforståelse af retskilderne. Det følger af det ovenfor sagte, at Zahle-Blume definitionen ikke kan forklare, hvad det vil sige at gøre sig skyld i en retsvildfarelse, f.eks. vildfarelsen, at der i dansk ret er fri adgang til at træde tilbage fra et løfte. Hvilket argument er blevet misforstået?
11. Peter Blume, »Retskildebegrebet«, U 2013B.94.
12. Det bør tilføjes, at også en række af de øvrige definitioner af retskildebegrebet, som jeg drøfter i »Hvad er en retskilde?«, U 2013B.1, fejler ved at være cirkulære, fordi de eksplicit eller forudsætningsvis anvender begrebet gældende ret i definitionen.
13. Senest Johan Schlüter; »Vederlagsretten ved tvangskollektivisering af ophavsrettigheder«, U 2012B.447.
14. »You and I can sensibly discuss how many books I have on my shelf . . . only if we both agree, at least roughly, about what a book is. We can disagree about borderline cases. I may call something a slim book that you would call a pamphlet. But we cannot disagree over what I [call] *pivotal cases*. If you do not count my copy of *Moby-Dick* as a book because in your view novels are not books, any disagreement is bound to be senseless.« Ronald Dworkin, Law's Empire, Cambridge Mass., 1986, s. 45. Fremh. her.
15. Eller med andre ord hvad der er dansk rets »pivotal cases«. Se forrige note.
16. Se Ross, Om ret og retfærdighed, Kbh. 1953, s. 55. Ross tager et forbehold for ændringer i de kendsgerninger, der betinger forudsigelsen om dommeradfærden. Denne problemstilling kan ikke tages op her.
17. Hart 1961:102.
18. Det strejfedes tilsyneladende aldrig Ross, hvor absurd det er at forklare det faktum, at aftaleloven er nugældende dansk ret, uden at inddrage Folketingets aktiviteter i 1917. Prognoseteorien er forenelig med tanken, at retsregler tilvejebringes ved at springe ud af Zeus' pande ligesom Pallas Athene.
19. Det følger, at udsagnet er falsk, hvis, men kun hvis der *enten* ingen dansk retskilde findes, som forud for 2013 tilvejebragte aftalelovens § 7, *eller* der findes en sådan retskilde, men også findes en dansk retskilde, som efter tilvejebringelsen men før 2013 ophævede aftalelovens § 7. Prognoseteoriens specifikation af falskhedsbetingelserne kan ikke tages op her.
20. »To say that a given rule is valid is to recognize it as passing all the tests provided by the rule of recognition and so as a rule of the system. We can indeed simply say that the statement that a particular rule is valid means that it satisfies all the criteria provided by the rule of recognition« (*Hart 1961:100*).
21. Den eneste forskel fra min specifikation er, at Harts ikke udtrykkeligt kræver, at retsreglen *R* ikke er ophævet. At den stiltiende forudsætter det er imidlertid åbenbart.
22. For nemheds skyld ignorerer jeg her Blumes rekvisit, hvorefter argumentet skal være normativt.
23. Alf Ross, Om ret og retfærdighed, Kbh. 1953, s. 92.
24. Morten Wegener, Juridisk metode, 2. udg., Kbh. 1994, s. 31.
25. Peter Blume, »Teorien i retspraksis«, Juristen 1985, s. 118. Denne definition - at retskilder er alt, der rent faktisk motiverer domstolene - blev senere afløst af definitionen af retskilder som argumenter. De to definitioner er uforenelige med hinanden.
26. Tanken forbindes først og fremmest med K.R. Poppers navn. Se især Logik der Forschung, Wien 1934 (The Logic of scientific Discovery, London 1959).
27. Alf Ross, Om ret og retfærdighed, Kbh. 1953, s. 55 ff.
28. Peter Blume, »Teorien i retspraksis«, Juristen 1985, s. 119.
29. Alf Ross, »Kort bemærkning om retskildelæren«, TfR 1974, s. 331-332.
30. *Ibid.*
31. *Ibid.* Spørgsmålet opstår, præcis hvad Ross sigter til med den omtalte cirkel. Der er hverken tale om en cirkeldefinition ($p = df. p$) eller et cirkelræsonnement ($p, ergo p$). Han søger formentlig at udtrykke, at X kun kan frembringe en retspligt for en dommer til at inddrage X i sine overvejelser om gældende ret, hvis X er en retskilde. Men hvis X allerede er en retskilde, kan det ikke være dommerens pligt til at inddrage X i sine overvejelser, som gør X til en retskilde. Denne konklusion er imidlertid i strid med Ross' nye norm-deskriptive definition af retskildebegrebet, som jo netop udsiger, at X er en retskilde,

hvis, men kun hvis en dommer har pligt (eller ret) til at inddrage X i sine overvejelser om gældende ret.

32. For nemheds skyld ignorerer jeg her alt det, som dommerne har *ret* til at inddrage, altså de fakultative retskilder. Efter min opfattelse findes de ikke, men spørgsmålet må forbigås her.
33. Dette følger også, hvis man forstår retskilder som argumenter, der er egnet til at fastlægge gældende ret.