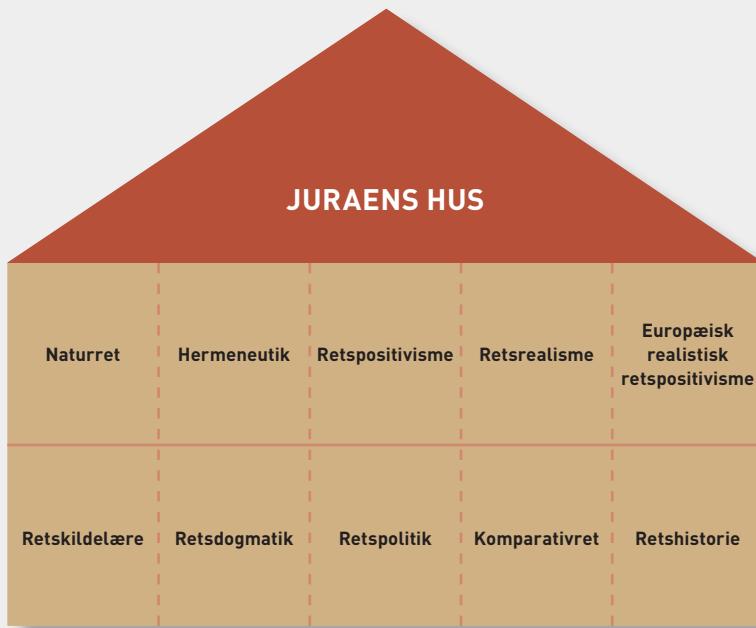


Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen

# RETSKILDER OG RETSTEORIER

6. REVIDEREDE UDGAVE



## Retskilder og retsteorier

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licenstager i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen

# Retskilder og retsteorier

6. udgave



Djøf Forlag  
2021

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licentstager i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

*Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen*  
Retskilder og retsteorier

6. udgave, 1. oplag

© 2021 by Djøf Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.  
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af  
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf  
er ifølge gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt  
uden forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslag: Marianne Tingkov  
Tryk: Ecograf, Brabrand

Printed in Denmark 2021  
ISBN 978-87-574-4833-7  
E-bog ISBN 978-87-7198-515-3

Djøf Forlag  
Gothersgade 137  
1123 København K

Telefon: 39 13 55 00  
e-mail: [forlag@djoef.dk](mailto:forlag@djoef.dk)  
[www.djoef-forlag.dk](http://www.djoef-forlag.dk)

# Indholdsfortegnelse

<b>Forord .....</b>	<b>25</b>
<b>Kapitel 1. Introduktion til Del I og II .....</b>	<b>27</b>
1. Emne og problemstilling .....	27
2. Bogens struktur .....	28
3. Sammenhæng mellem retsfilosofi/retsteori og retsvidenskab/retsdogmatik .....	29
4. Begreber og deres varierende betydning i forskellige retsteorier ....	31
4.1. Gældende/gyldig ret .....	31
4.2. Norm/regel .....	32
4.2.1. Kompetencenormer .....	32
4.2.2. Pligtormer .....	32
4.2.3. Skreven og uskreven ret .....	33
4.3. Retssystem .....	33
4.4. Regulering .....	33
4.5. Retskildebegrebet .....	33
4.6. Retsdogmatik/retsdogmatisk metode .....	34
4.7. Juridisk metode .....	35
4.8. Juridisk forskningspraksis .....	35
4.9. Hjemmel .....	35
4.9.1. Legalitetsprincippet .....	36
4.9.2. Partsautonomi .....	36
4.10. <i>Jus og faktum.</i> Retsfaktum og retsfølge .....	36
4.11. Ontologi og epistemologi .....	37
4.12. Tredjelande .....	37
5. Monisme og dualisme .....	37
5.1. Generelt .....	37
5.2. Dansk ret og EU-ret på EU-regulerede områder .....	38
5.3. Dansk ret og den del af folkeretten, der ikke er en del af EU-retten .....	40
5.4. Udviklingstendensen i dansk retsopfattelse .....	40

## *Indholdsfortegnelse*

6.	Hovedpunkter i europæisk, realistisk retspositivism .....	43
6.1.	Europæisk og international .....	43
6.2.	Realistisk .....	45
6.3.	Retspositivistisk .....	46
6.4.	Udvikling af teoretiske værktøjer .....	47
6.4.1.	Begreber .....	47
6.4.2.	Systematiske snit .....	47
6.4.3.	Modeller .....	49
6.4.4.	Principper .....	49
	<b>Del I. Retskilder .....</b>	<b>51</b>
	<b>Kapitel 2. Indledning til retskilder og retsdogmatik .....</b>	<b>53</b>
1.	Retskildelære og retsdogmatik .....	53
1.1.	Retsvidenskab .....	54
1.2.	Retskildelære .....	54
1.2.2.	Retskildebegrebet .....	54
1.3.	Retsdogmatik .....	55
1.3.1.	Praktisk og teoretisk retsdogmatik .....	55
1.4.	De lege lata .....	57
1.5.	Retspolitik .....	57
1.6.	Komparativ ret .....	58
1.7.	Retshistorie .....	59
1.8.	Retsociologi .....	59
2.	Retskildelære og retsdogmatik i europæisk realistisk retspositivism .....	59
2.1.	Faktum, retsfaktum, jus og retsfølge .....	62
2.2.	Retssystemet .....	63
2.2.1.	Offentlig ret .....	63
2.2.2.	Privatret .....	64
3.	Retskildelære og retsdogmatik i et evolutionært, internationalt og europæisk perspektiv .....	64
4.	Dynamikken i retssystemet .....	67
5.	Kilder og metode i videnskabeligt arbejde .....	70
5.1.	Juridisk informationssøgning .....	70
5.1.1.	EU's retskilder .....	70
5.1.2.	Folkeretlige kilder .....	71
5.1.3.	Danske kilder .....	71
5.1.4.	Uskrevne kilder .....	73
6.	Afrunding .....	73

<b>Kapitel 3. Regulering .....</b>	75
1. Indledning .....	75
1.1. Begrebet regulering .....	76
1.2. Soft law, ikke-bindende regulering .....	77
1.3. Kompetencenormer og forholdsnormer (pligtnormer) .....	77
1.3.1. Kompetencenormer .....	78
1.3.2. Pligtnormer .....	79
1.3.2.1. Retsregler .....	79
1.3.2.2. Retsprincipper .....	80
1.3.3. Afvejningsnormer .....	81
2. Det danske reguleringshierarki .....	81
2.1. Den danske forfatning. Grundloven .....	82
2.1.1. De øverste statsorganer: den lovgivende, udøvende og dømmende magt .....	84
2.1.1.1. Den lovgivende magt .....	84
2.1.1.2. Den udøvende magt .....	85
2.1.1.3. Den dømmende magt .....	85
2.1.2. Den danske grundlov udfordres af EU-udviklingen .....	86
2.1.2.1. Danske domstole er samtidig fællesskabsdomstole .....	87
2.1.2.2. Traktat- og grundlovsændringer .....	87
2.2. Almindelig lovgivning .....	90
2.2.1. Forskellige typer lovgivning .....	90
2.2.2. Lovgivningsprocessen .....	90
2.2.2.1. Sagkyndige udvalg .....	91
2.2.2.2. Behandlingen i ministeriet. Høring af andre, bl.a. EU-Kommissionen .....	92
2.2.2.3. Behandling i Folketinget .....	93
2.2.3. Forarbejder (motiverne) .....	94
2.2.4. Bemærkninger til lovforslag .....	95
2.2.5. Ligestillingseffekten af lovforslag .....	96
2.2.6. Lovens stadfæstelse og kundgørelse .....	96
2.2.6.1. Lovtidende .....	97
2.2.6.2. Lovbekendtgørelser .....	98
2.2.7. Loves opbygning .....	98
2.2.8. Loves indhold. Den materielle lovgivningskompetence .....	99
2.3. Bindende administrative forskrifter .....	99
2.3.1. Kongelige anordninger .....	100

## *Indholdsfortegnelse*

2.3.2.	Bekendtgørelser .....	101
2.3.3.	Cirkulærer .....	101
2.3.4.	Andre bindende administrative retsakter .....	103
2.4.	Soft Law, ikke-bindende regulering .....	103
2.5.	Hvordan finder man dokumenter vedrørende dansk regulering? .....	104
2.5.1.	Retsinformation .....	104
2.5.2.	Love og bekendtgørelser .....	104
2.5.3.	Forarbejder til lovgivning .....	105
2.5.4.	Ministerialtidende .....	105
2.5.5.	Andre lovsamlinger og lovkommentarer .....	105
2.5.6.	Offentlige myndigheders hjemmesider .....	106
3.	Folkeretlig regulering .....	106
3.1.	Folkeretssubjekter .....	107
3.2.	Generelt om folkerettens kilder .....	107
3.2.1.	Art. 38 i statutten for Den Internationale Domstol ..	107
3.2.2.	Wiener-konventionen om traktatretten .....	108
3.2.2.1.	Begreber .....	108
3.2.2.2.	Traktaters indgåelse, ugyldighed og ophør .....	108
3.2.2.3.	Interne nationale regler vedrørende kompetence ...	110
3.2.2.4.	Jus cogens .....	111
3.3.	EMRK og EMD .....	112
3.4.	Folkeretlige regler indgået i EU-regi .....	113
3.4.1.	Traktater med tredjelande .....	114
3.4.2.	EU's og Medlemsstaternes traktatkompetence ....	114
3.4.3.	Begrænsninger i medlemslandenes traktatkompetence af hensyn til EU .....	114
3.5.	Opfyldelse af traktatforpligtelser .....	115
3.5.1.	Den folkeretlige opfyldelsespligt .....	115
3.5.2.	Særlig inkorporering. Danmark som folkeretssubjekt .....	116
3.5.3.	Omskrivning eller inkorporering i originaltekst ....	117
3.5.4.	Normharmoni. Løbende opfyldelse i praksis. Fortolkningsreglen, formodningsreglen og instruktionsreglen .....	119
3.6.	Folkeretlig soft law .....	120
4.	EU-regulering .....	121
4.1.	Den historiske udvikling .....	123
4.1.1.	Generelt .....	123
4.1.2.	Baggrund: 2. verdenskrig .....	125

4.1.3.	EKSF-Traktaten 1951 (udløbet i 2002) .....	125
4.1.4.	EØF- og EURATOM-Traktaterne 1957 .....	126
4.1.5.	Den Europæiske Fælles Akt 1986 .....	128
4.1.6.	Maastricht-Traktaten 1992 .....	128
4.1.7.	Amsterdam-Traktaten 1999 .....	129
4.1.8.	Nice-Traktaten 2001 .....	130
4.1.9.	Den ikke gennemførte forfatningstraktat 2004 .....	131
4.1.10.	Lissabon-Traktaten .....	131
4.2.	EU's institutioner. Den institutionelle balance (magtfordelingen) i EU .....	132
4.2.1.	Europa-Parlamentet .....	134
4.2.2.	Det Europæiske Råd .....	134
4.2.3.	Rådet .....	135
4.2.4.	Kommissionen .....	135
4.2.5.	Den højststående repræsentant for udenrigsanliggender .....	136
4.2.6.	EU-Domstolen .....	136
4.3.	Retskilderne i EU .....	139
4.3.1.	EU's traktatgrundlag i TEU og TEUF .....	141
4.3.2.	Chartret. Grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper i EU-retten .....	143
4.3.3.	Bindende sekundærregulering .....	145
4.3.3.1.	Forordninger .....	146
4.3.3.2.	Direktiver .....	146
4.3.3.3.	Afgørelser .....	147
4.3.3.4.	Andre bindende retsakter .....	148
4.3.3.5.	Forarbejder til sekundærregulering .....	148
4.3.4.	Ikke-bindende EU-ret. Soft law .....	149
4.3.4.1.	Henstillinger og udtalelser .....	149
4.3.4.2.	EU's strategier .....	151
4.4.	EU-rettens virkning i dansk ret .....	152
4.4.1.	Direkte virkning .....	152
4.4.2.	Forrang .....	153
4.4.3.	EU-konform fortolkning .....	154
4.4.4.	Effektiv judiciel beskyttelse .....	155
4.4.5.	Medlemsstaternes erstatningsansvar .....	155
4.5.	Krav til, hvilke nationale retskilder, der kan implementere EU-ret .....	156
4.5.1.	Lovgivning og bindende administrative forskrifter .....	156
4.5.2.	Nationale lovforarbejder .....	157

## *Indholdsfortegnelse*

4.5.3.	Doms- og administrativ praksis .....	158
4.5.4.	Kollektive overenskomster .....	159
4.5.5.	Generalklausuler .....	159
4.5.6.	Skal rammedirektiver implementeres ved rammelove? .....	159
4.5.7.	Skal ikke-bindende dele af et direktiv implementeres? .....	160
4.5.8.	Sondringen mellem privat og offentlig ret ved implementering af direktiver .....	161
<b>Kapitel 4. Praksis .....</b>		<b>165</b>
1.	Indledning .....	165
2.	Domspraksis. Præjudikater .....	166
2.1.	En doms ratio og obiter dictum .....	166
2.2.	Grunde der taler for eller imod at tillægge præjudikater retskildeværdi .....	168
2.2.1.	Fordele ved at anerkende præjudikater som retskilde .....	168
2.2.2.	Ulemper ved at anerkende præjudikater som retskilde .....	168
2.3.	Præjudikatværdien af danske domme .....	169
2.4.	Præjudikatvirkningen af EU-domme .....	170
2.4.1.	Præjudicielle afgørelser .....	171
2.4.1.1.	Hvem kan spørge? – Hvilke nationale instanser er en ret efter art. 267 TEUF? .....	171
2.4.1.2.	Judiciel aktivisme .....	173
2.4.1.3.	Hvornår er der pligt til at spørge? .....	174
2.4.1.4.	Hvad kan EU-Domstolen udtale sig om? .....	176
2.4.2.	Udtalelser fra generaladvokaterne .....	178
2.4.3.	Præjudikatvirkning i forhold til EU-Domstolen selv .....	178
2.4.4.	EU-dommes præjudikatvirkning i forhold til danske domstole .....	179
2.5.	Folkeretlig domspraksis .....	184
2.6.	Domstolenes offentlighedsstrategi .....	185
2.6.1.	EU's offentlighedsstrategi .....	185
2.6.2.	Danske klagenævns offentlighedsstrategi .....	185
2.6.3.	Danske domstoles offentlighedsstrategi .....	185
2.6.3.1.	Kommercialiseret, halvhjemmelig offentlighedsstrategi .....	185

2.6.3.2. Aktindsigt i domme efter retsplejeloven .....	186
2.7. Hvordan undersøger man, om en eller flere domme har præjudikatværdi? .....	187
2.7.1. Retsdogmatisk analyse .....	187
2.7.2. Netværksanalyse .....	189
2.7.3. Afrunding .....	190
3. Administrativ praksis .....	191
3.1. Praksis fra almindelige forvaltningsmyndigheder .....	191
3.2. Praksis fra administrative klagenævn og lignende .....	192
4. Folketingets Ombudsmand .....	193
5. Den juridiske litteratur (juridisk forskningspraksis/retsviden-skaben/retsdogmatikken) som retskilde .....	193
5.1. Henvisninger til juridisk litteratur i andre retskilder .....	193
5.2. Forskellige retsteoriers syn på den juridiske litteraturs retskildestatus .....	194
5.3. Det kritiske perspektiv i retsvidenskaben .....	195
<b>Kapitel 5. Retsskabelse nedefra i retssystemet .....</b>	<b>197</b>
1. Indledning .....	197
2. Aftaleregulering .....	197
2.1. Aftalefrihed .....	197
2.2. Den historiske baggrund .....	198
2.3. EU-obligationsret .....	199
2.4. Deklaratorisk og præceptiv lovgivning .....	203
2.5. Forholdet mellem aftaleregulering og kutyme og god skik regler .....	204
2.6. Kontraktkonciperinge .....	205
2.7. Uniforme kontraktdokumenter og lignende .....	207
2.8. Virksomheders kontraktpaksis. Forholdet til andre end parterne i kontrakten .....	208
3. Selv- og samregulering .....	209
4. Retssædvaner og kutyme .....	211
4.1. Begreb .....	211
4.2. Betingelser for at der foreligger en retssædvaner .....	212
4.2.1. Almindeligt, stadigt og længe .....	212
4.2.2. Retsopfattelse. Følelse af forpligtelse eller berettigelse .....	212
4.3. Personkreds. Kendskab til sædvanen .....	212
4.4. Rimelighedscensur .....	213
4.5. Den historiske udvikling .....	213

## *Indholdsfortegnelse*

4.6.	Retsområder, hvor sædvaner/kutymmer spiller en stor rolle .	214
4.7.	Samspil mellem sædvaner og andre retskilder .....	215
4.8.	Ændring i retssædvaner .....	216
5.	God skik .....	216
6.	Folkeretlige sædvaner .....	217
7.	EU-retlige sædvaner .....	218
<b>Kapitel 6. Retsprincipper, almindelige retsgrundsætninger og forholdets natur .....</b>		219
1.	Indledning .....	219
2.	Almindelige EU-retlige retsprincipper og grundlæggende rettigheder .....	219
2.1.	Terminologi .....	220
2.2.	Den historiske udvikling .....	221
2.2.1.	Sammenhæng mellem medlemsstaternes accept af EU-rettens forrang og grundrettsbeskyttelsen i EU ..	221
2.2.2.	EU-retligt grundretskatalog .....	222
2.3.	EU-Domstolen praksis om grundlæggende rettigheder og almindelige retsprincipper .....	225
2.4.	EU's Charter om grundlæggende rettigheder .....	227
2.4.	Anvendelsesområde .....	228
3.	Respekterer Højesteret EU's almindelige retsprincipper og grundlæggende rettigheder? .....	229
3.1.	Generelt om Højesterets forhold til Chartret .....	229
3.2.	Horisontal, direkte virkning .....	229
3.2.1.	Grundfos-sagen .....	230
3.3.	Ajos-sagen .....	231
4.	Almindelige danske retsgrundsætninger .....	231
5.	Forholdets natur .....	232
5.1.	Hvad er forholdets natur? .....	232
5.2.	Forholdets natur som fortolkningsbaggrund .....	233
5.3.	Forholdets natur som selvstændig retskilde .....	234
5.4.	Betydningen af forholdets natur .....	234
5.5.	Sager med folkeretlige elementer .....	235
5.6.	Sager med EU-retlige aspekter .....	236
5.7.	Forholdets natur i den juridiske litteratur .....	238
5.8.	Ændrede systematiske snit .....	240
<b>Kapitel 7. Retsdogmatisk fortolkning .....</b>		243
1.	Indledning .....	243

2.	Ordlydsfortolkning .....	244
2.1.	Flere samtidig gyldige sproglige versioner. CILFIT-sagen ...	247
2.1.1.	Sammenligning af de sproglige versioner .....	248
2.1.2.	Særlige begreber .....	249
2.2.	Ikke autentiske tekster .....	249
2.2.1.	Menneskerettigheder .....	249
2.2.2.	Internationale handelsforhold .....	250
2.3.	Præciserende fortolkning .....	251
2.4.	Indskrænkende fortolkning .....	252
2.5.	Udvidende fortolkning. Analogi .....	254
2.5.1.	Årsagerne lighed .....	254
2.5.2.	Retstomt rum. Analogi fra undtagelsesregler .....	255
2.5.3.	Analogi i forvaltningsretten .....	256
2.5.4.	Analogi i formueretten .....	256
2.5.5.	Analogi i strafferetten .....	256
2.5.6.	Analogi i skatteretten .....	258
2.6.	Modsætningsslutninger .....	258
3.	Subjektiv og objektiv formålsfortolkning/teleologisk fortolkning ...	259
3.1.	Argументer for eller imod subjektiv eller objektiv fortolkning .....	260
3.2.	Formålsfortolkning/teleologisk fortolkning i EU-retten ....	263
3.3.	Formålsfortolkning i dansk og nordisk ret .....	266
3.4.	Formålsfortolkning/teleologisk fortolkning af folkeretlige kilder og love med internationale forarbejder .....	266
3.5.	Efterarbejder og lex futura .....	270
4.	Kontekstfortolkning .....	272
4.1.	Valg mellem retsregler (lex superior, lex specialis, lex posterior mv.) .....	273
4.2.	Lex superior-princippet .....	274
4.2.1.	Dansk reguleringshierarki .....	274
4.2.1.1.	Grundloven .....	274
4.2.1.2.	Almindelig lov .....	274
4.2.1.3.	Bekendtgørelse .....	275
4.2.1.4.	Cirkulære .....	275
4.2.2.	Rangforholdet mellem EU-ret og dansk ret .....	276
4.2.3.	Dansk ret og folkeret .....	276
4.2.4.	Rangforholdet mellem folkeret og EU-ret .....	277
4.3.	Lex specialis-princippet .....	277
4.4.	Lex posterior-princippet .....	278
4.5.	Andre tilfælde .....	279

## *Indholdsfortegnelse*

5.	EU-konform fortolkning, herunder contra legem undtagelsen .....	280
5.1.	EU-Domstolens praksis .....	281
5.1.1.	Hjemmel for pligten til EU-konform fortolkning ..	282
5.1.2.	Hvem har pligt til EU-konform fortolkning? .....	282
5.1.3.	Hvilke dele af EU-retten og national ret er omfattet af princippet om EU-konform fortolkning? .....	282
5.1.4.	Virkning i forhold til private og det offentlige .....	284
5.1.5.	Fra hvilket tidspunkt skal der fortolkes EU- konformt? .....	285
5.1.6.	Grænser for pligten til EU-konform fortolkning. Contra legem .....	285
5.1.7.	Almindelige retsprincipper .....	286
5.1.8.	Sammenfatning af EU-Domstolens praksis om EU-konform fortolkning .....	287
5.2.	Danske domstoles brug af EU-konform fortolkning .....	287
5.2.1.	Grundfos/ferielov-sagen .....	287
5.2.1.1.	EU-regler om ferie .....	287
5.2.1.2.	Den danske Grundfos/ferielovsag .....	289
5.2.2.	Ajos-sagen .....	291
5.3.	Statsligt ertatningsansvar .....	292
5.3.1.	Ferielov-sagen mod Beskæftigelsesministeriet .....	293
5.3.2.	Statsligt ertatningsansvar efter Ajos-sagen .....	294
6.	Fortolkning af love med international baggrund .....	295
6.1.	Ældre teori .....	295
6.2.	CISG .....	296
<b>Kapitel 8. Komparativ ret og metode .....</b>		297
1.	Indledning .....	297
1.1.	Internationale konventioner .....	299
1.2.	De skandinaviske obligations-kommisioner i starten af det 20. århundrede .....	300
1.3.	Komparativ ret i historisk perspektiv .....	302
2.	Komparative metoder .....	303
2.1.	Hvorfor foretage en komparativ analyse .....	303
2.2.	Hvad skal sammenlignes .....	304
2.3.	Hvordan sammenligner man i den komparative analyse ....	306
2.3.1.	Länderbericht eller analytisk metode eller en blanding .....	307
3.	Retsfamilierne .....	308

3.1.	Frankrig .....	310
3.2.	Tyskland .....	311
3.3.	England .....	312
3.4.	Skandinavien .....	314
4.	Komparativ ret, EU-retten og international ret .....	315
4.1.	EU-retten .....	315
4.2.	Den international ret .....	317
5.	Aftaleretligt eksempel på en komparativ analyse .....	318
6.	Afrunding .....	323
<b>Kapitel 9. Retshistorie</b> .....	<b>325</b>	
1.	Indledning .....	325
2.	Romerretten .....	327
2.1.	Romerretten og dansk ret .....	328
3.	Dansk oldtid .....	330
3.1.	Kanonisk ret i dansk ret .....	332
4.	Den danske middelalder og landskabslovene .....	333
5.	Renæssancen .....	337
5.1.	Reformationen og kirken .....	337
5.2.	Reformationen og universitetet .....	338
5.3.	Reformationen og domstolene .....	339
6.	Enevælden og Danske Lov .....	339
7.	Oplysningsstiden .....	341
7.1.	Grundloven .....	343
8.	Retten i dag .....	344
<b>Del II. Retsteorier</b> .....	<b>345</b>	
<b>Kapitel 10. Introduktion til retsfilosofi</b> .....	<b>347</b>	
1.	Indledning .....	347
2.	Videnskabsteori, filosofi og retsfilosofi .....	348
2.1.	Videnskabsteori .....	348
2.2.	Filosofi .....	349
2.2.1.	Platons hulelignelse .....	349
2.2.1.1.	Platon og lovene .....	350
2.2.2.	Aristoteles .....	351
2.2.2.1.	Aristoteles' opdeling i viden og retsvidenskaben ..	351
2.2.2.2.	Aristoteles og lovgivningen .....	353
2.3.	Videnskabsteoretiske grundbegreber .....	353
2.3.1.	Ontologi .....	354

## *Indholdsfortegnelse*

2.3.2. Epistemologi .....	355
2.3.3. Videnskab ctr. metafysik .....	356
3. Retsfilosofi .....	357
3.1. Retsfilosofiens forandring over tid .....	357
3.2. Definition af retsfilosofi .....	358
4. Sammenhæng mellem retsfilosofi og retsvidenskab .....	359
4.1. Juraens hus, stueetagen og retsvidenskaben .....	360
4.2. Første sal og retsfilosofien .....	361
4.3. En suite metaforen og retsteorierne på 1. sal .....	361
4.4. Fagreflektivt perspektiv .....	363
5. Retsfilosofiens udvikling og retninger .....	364
5.1. Bogens andre teorier .....	365
5.1.1. Kønsperspektivet på retten .....	365
5.1.2. Retsøkonomi .....	366
5.1.3. Andre kritiske retsteorier .....	367
5.2. Nyere dansk retsfilosofi .....	367
6. Det videnskabelige spørgsmål .....	372
6.1. Spørgsmålets betydning .....	373
7. Opsummering .....	375
 <b>Kapitel 11. Naturretten .....</b>	 377
1. Indledning .....	377
1.1. Naturretten som retsfilosofi .....	377
1.2. Naturrettens oprindelse .....	378
1.2.1. Den babylonske lov – Code Hammurabi .....	378
1.2.2. Platon og Aristoteles .....	379
1.2.3. Stoikerne og romerne .....	381
1.2.4. Den kristne naturret – Katolicismen og kanonisk ret .....	382
1.2.4.1. Kanonisk ret .....	382
1.2.4.2. Skolastisk naturret .....	382
1.2.4.3. Thomas Aquinas .....	382
2. Naturrettens grundelementer .....	383
2.1. Normsystemets retlige gyldighed .....	384
2.2. Overnormen .....	384
2.3. Relativ og hypotetisk naturret .....	385
2.4. Overnormen a priori .....	385
2.5. Ugeografisk overnorm .....	386
2.6. Naturrettens grundproblem .....	386
3. Den rationalistiske (klassiske) naturret i det 17. og 18. århundrede ...	387

3.1.	Monarkiernes sammenbrud .....	389
3.2.	Samfundscontrakten .....	390
3.3.	Frihed og lighed .....	390
3.4.	Montesquieu .....	391
4.	Overgangen til retspositivismen .....	392
4.1.	Det positivistiske gældebegreb .....	393
4.2.	Lovpositivisme .....	393
5.	Den moderne vestlige naturret – efter 2. Verdenskrig .....	394
5.1.	Nürnberg .....	394
5.2.	Nutidens naturrettlige teorier .....	395
5.3.	Den moderne naturret og moderne retfærdighedsteori .....	395
5.3.1.	Ronald Dworkin, Ota Weinberger og H.L.A. Hart ..	396
5.3.1.1.	Ronald Dworkin .....	396
5.3.1.2.	Ota Weinberger .....	397
5.3.1.3.	H.L.A. Hart .....	397
5.4.	Lissabon-traktaten som vor tids naturrettlige kodifikation ..	398
6.	Opsummering .....	399
<b>Kapitel 12. Hermeneutik .....</b>		401
1.	Indledning .....	401
1.1.	Historisk forklaring på hermeneutikken .....	402
2.	Hermeneutikkens to retninger .....	403
2.1.	Hermeneutik som fortolkningslære .....	404
2.2.	Hermeneutik som videnskabsteori .....	404
3.	Hermeneutikkens principper .....	404
3.1.	Helhed og del .....	404
3.2.	Forforståelse .....	405
3.3.	Den hermeneutiske cirkel .....	405
3.4.	Hermeneutikkens tre grundelementer .....	405
4.	Juridisk-hermeneutisk-cirkel .....	406
5.	Hermeneutisk retsteori – metode og erkendelsesteori .....	408
6.	Retsanvendelsen og hermeneutikken .....	412
7.	Hermeneutik og EU-retten .....	413
8.	Et eksempel på hermeneutisk fortolkningsstil .....	414
9.	Afrunding .....	417
<b>Kapitel 13. Retspositivisme .....</b>		419
1.	Indledning .....	419
1.1.	Positivisme – sikker viden .....	420
1.2.	Positiv ret .....	421

## *Indholdsfortegnelse*

2.	Engelsk retspositivisme .....	422
2.1.	Den klassiske (tidligste) britiske retspositivisme .....	422
2.1.1.	Befalingsteorien .....	422
2.1.2.	Utilitarismen .....	423
2.2.	Harts retstteori .....	425
2.2.1.	Ordinary-language .....	425
2.2.2.	The gun-man model .....	425
2.2.3.	Primary and secondary rules (pligtnormer og kompetencenormer) .....	426
2.2.4.	»Rule of recognition« og gyldighed. »Soft positivism« .....	426
2.2.5.	Interne og eksterne synsvinkler. Gyldighed og gælden (social effektivitet) .....	427
2.2.6.	Harts og Dworkins diskussion om Rules og Principles .....	429
3.	Tysk retspositivisme .....	429
3.1.	Kants rets- og moralfilosofi .....	429
3.2.	Den historiske skole .....	432
3.3.	Kelsens rene retslære .....	433
3.3.1.	Den rene retslærers videnskabsteoretiske udgangspunkt .....	433
3.3.2.	Forholdet mellem ret, moral og det faktiske (empiriske) i den rene retslære .....	435
3.3.3.	Den rene retslærers hovedproblemer .....	436
3.3.4.	Den rene retslærers adressater .....	437
3.3.5.	Statiske og dynamiske normssystemer i den rene retslære .....	437
3.3.6.	Kriteriet for en norms gyldighed i den rene retslære .....	438
3.3.7.	Den rene retslærers grundnorm .....	438
3.3.8.	Retssystemet i den rene retslære .....	441
3.3.9.	Ret og stat i den rene retslære .....	441
3.3.10.	Forholdet mellem national ret og folkeret .....	441
4.	Kritisk retspositivisme .....	442
4.1.	Tuoris kritiske retspositivisme og gældebegreb .....	443
4.1.1.	Tuori og rettens lagdeling .....	444
4.1.2.	Tuori og rettens kritiske potentiale .....	445
4.2.	Eksempel på kritisk retsdogmatisk analyse .....	446
4.3.	Kritisk retspositivisme og forholdet til EU .....	447
5.	Institutionel retstteori .....	448

5.1.	Institutionel teori i jura, samfundsvidenskab og økonomi ..	448
5.2.	Formålet med institutionel retsteori .....	449
5.3.	Institutionelle fakta og »rå fakta .....	450
5.3.1.	EU-retten og institutionelle fakta .....	450
5.4.	Retlige institutter .....	451
5.5.	Sande sætninger i institutionel retsteori .....	452
5.6.	Institutionel retsteori og begrebet gyldig ret .....	452
6.	Dansk retspositivisme .....	453
7.	Retspositivismen og retsrealisme .....	455
<b>Kapitel 14. Realistisk retsteori .....</b>		457
1.	Indledning .....	457
2.	Grundlaget for de realistiske retsteorier .....	458
2.1.	Axel Hägerström .....	458
2.2.	Ideologisk og behavioristisk realisme .....	459
2.3.	Retsrealismen og retsidealismen .....	460
3.	Alf Ross og realistisk retsteori .....	461
3.1.	Alf Ross og gældebegrebet .....	462
3.2.	Alf Ross og retsnormerne .....	463
3.2.1.	Forholdsnormer og kompetencenormerne .....	464
3.3.	Alf Ross og prognoseteorien .....	465
3.4.	Alf Ross og retskilderne .....	467
3.5.	Sammenhængen i retssystemet .....	469
3.6.	Verifikation .....	469
3.7.	Alf Ross og retsopolitik .....	471
3.8.	Alf Ross' analyse af retsinstitutter .....	472
3.9.	Retsrealismen i forhold til andre retsteorier .....	473
3.10.	Ross og dualismen .....	475
4.	Eckhoffs retskildelære .....	477
5.	Amerikansk realistisk retsteori .....	480
6.	Empirisk retsrealisme .....	481
7.	Opsummering .....	484
<b>Kapitel 15. Kønsperspektiv på retten .....</b>		487
1.	Indledning .....	487
2.	Køns juridiske betydning i historisk perspektiv. Vendepunkt i 1970'erne efter dansk medlemskab af EU .....	488
2.1.	Ligeløn .....	489
2.2.	Handlepligt for offentlige myndigheder til aktivt at fremme ligestilling .....	490

## *Indholdsfortegnelse*

2.3.	Køns betydning på rettens overflade og i dybere lag .....	490
2.4.	Den juridiske litteratur .....	491
3.	Forskellige kønsperspektiver .....	492
3.1.	Kønsperspektiver i tilgrænsende fag som sociologi og økonomi .....	493
3.2.	Kønsforskning inden for juraen .....	494
4.3.	Integrering af køn i den retlige selvforståelse .....	494
3.4.	Den sociale konstruktion af køn på individ- og institutionelt niveau .....	495
4.	Hvad er kønsligestilling? .....	496
4.1.	Europarådets definition: Lige synlighed, lige bemyndigelse (kompetence) og lige deltagelse .....	496
4.2.	Ligestillingsbegrebet i EU-retskilder .....	496
4.2.1.	Kønsligestilling som værdi .....	497
4.2.2.	Kønsligestilling som målsætning .....	497
4.2.3.	Pligt til aktivt at fremme ligestilling .....	497
4.2.4.	Konklusion .....	498
4.3.	Diskrimination (forskelsbehandling) pga. køn .....	498
5.	Direkte diskrimination (forskelsbehandling) .....	499
5.1.	Værnepligt for mænd og ikke for kvinder .....	499
5.2.	Aktuarmæssige beregninger .....	500
5.2.1.	Regler om betydningen af aktuarmæssige faktorer ..	500
5.2.1.1.	Udenfor arbejdsmarkedet .....	500
5.2.1.2.	På arbejdsmarkedet .....	501
5.2.2.	Bilforsikring .....	503
5.2.3.	Pension .....	504
5.3.	Diskrimination af gravide i forsikring .....	505
6.	Indirekte diskrimination (forskelsbehandling) .....	505
7.	Kønschikane .....	506
8.	Seksuel chikane .....	506
8.1.	Regulering .....	506
8.1.1.	EU-regulering .....	506
8.1.2.	Dansk regulering .....	507
8.2.	Praksis .....	508
8.2.1.	Retspraksis .....	508
8.2.2.	Forskningspraksis – den juridiske litteratur .....	509
8.3.	Opfylder dansk ret EU-kravene? .....	510
9.	Formel og materiel (reel) ligestilling. Positiv særbehandling .....	510
10.	EU's Strategi for ligestilling mellem kønnene 2020-2025 .....	511
10.1.	At være fri for vold og stereotyper .....	512

10.2.	Et velfungerende samfund med ligestilling mellem mænd og kvinder .....	512
10.3.	Ligestilling inden for ledende poster overalt i samfundet ...	512
10.4.	Integration af kønsaspektet og et intersektionelt perspektiv i alle EU-politikker .....	513
10.5.	Finansiering af foranstaltninger med henblik på at fremme ligestillingen mellem mænd og kvinder i EU .....	513
10.6.	At skabe ligestilling mellem kønnene og sikre kvinders indflydelse og status i hele verden .....	514
11.	Integrering af et kønsligestillingsperspektiv i alle retskilder.	
	Kønsmainstreaming .....	514
11.1.	Begreb .....	514
11.2.	Integrering af kønsperspektiv i forskellige retskilder .....	514
11.3.	Af områdets almindelige aktører .....	516
12.	Afrunding .....	516
<b>Kapitel 16. Retsøkonomi .....</b>		519
1.	Indledning .....	519
2.	Retsøkonomi og retsfilosofi .....	521
2.1.	Common sense ctr. økonomisk teori .....	522
2.2.	Richard A. Posner .....	523
2.3.	Økonomiske betragtninger i retsvidenskaben .....	524
2.4.	Økonomiske formål med juridiske regler .....	525
2.5.	Den erhvervsjuridiske metode .....	526
2.6.	Retsøkonomien og europæisk realistisk retspositivism .....	527
3.	Retsøkonomi og retsvidenskab generelt .....	528
3.1.	Retsøkonomi er økonomisk videnskab .....	529
3.2.	Retsøkonomiens analyseniveau .....	530
3.3.	Forklарingsredskab og supplement til den juridiske videnskab .....	530
4.	Økonomisk metodologi og forskellige økonomiske teorier .....	531
4.1.	Klassisk økonomisk teori .....	531
4.2.	Neoklassisk teori .....	531
4.3.	Nyttebegrebet .....	532
4.4.	Institutionel teori .....	533
4.5.	Retsøkonomiens analyseseenhed .....	533
4.6.	Samfunds niveau og kontraktniveau .....	533
4.7.	Markedsøkonomi og social markedsøkonomi – USA og EU i økonomisk teori .....	534
4.7.1.	EU og social markedsøkonomi .....	535

## *Indholdsfortegnelse*

4.7.2.	USA og markedsøkonomi .....	537
4.7.3.	Analytisk perspektiv .....	539
5.	Generelt om retspolitik .....	539
5.1.	Retspolitik som videnskab .....	540
5.2.	Retsdogmatik og retspolitik .....	540
5.3.	Retspolitiske diskussioner .....	541
5.4.	Videnskabelig retspolitik via retsøkonomi .....	543
5.5.	Retspolitiske analyser og økonomisk teori .....	543
5.6.	Analysernes univers .....	545
5.6.1.	Retspolitik og økonomisk teori i integrerede analyser .....	545
5.6.2.	Regulering og økonomisk konsekvensvurdering ..	546
6.	Retsøkonomi og komparativ ret .....	547
6.1.	Komparativ juridisk og retsøkonomisk metode .....	548
7.	Funktionel retsøkonomi i lyset af Chicago- og Yale-skolerne .....	551
8.	Behov for tværfaglighed i økonomi .....	553
9.	Opsummering .....	555
<b>Kapitel 17. Europæisk realistisk retspositivism .....</b>		557
1.	Indledning .....	557
2.	Retten som system i EU .....	558
3.	EU-udviklingen som udfordring til retsfilosofien .....	560
3.1.	Ret uden forankring i en nationalstat .....	561
3.2.	Ændret rollefordeling mellem centrale aktører (lovgivere, domstole, juridiske forskere) .....	563
3.2.1.	Svækelse af nationale lovgiveres rolle .....	563
3.2.2.	Svækelse af nationale top-domstoles rolle .....	565
3.2.3.	Svækelse af visse retskilder .....	567
3.2.4.	Styrkelse af EU-lovgiver, EU-Domstolen og juridiske forskere .....	567
4.	Retskilder og gælde/gyldighedsbegrebet i europæisk, realistisk retspositivism .....	569
4.1.	Syntese .....	569
4.2.	Retskildedefinition .....	569
4.3.	Gyldighedsbegrebet (gældende ret) .....	570
4.4.	Retsteoretiske samspil mellem EU-ret og national ret .....	570
4.4.1.	Retspositivismen .....	570
4.4.2.	Naturretten .....	571
4.4.3.	Institutionel retsteori .....	571
4.4.4.	Kelsens rene retslære .....	572

## *Indholdsfortegnelse*

4.4.5.	Dowrick og Hart .....	572
4.4.6.	Alf Ross .....	573
4.4.7.	Europæisk realistisk retspositivism .....	574
5.	Europæisk realistisk retspositivism sammenlignet med andre retsteorier .....	578
5.1.	Syntese af retspositivismen (Kelsen og Tuori) og Ross' realistiske retsteori. ....	578
5.2.	Europæisk realistisk retspositivism og European New Legal Realism .....	578
6.	Konklusion. Hvad nyt er der i europæisk realistisk retteori? .....	579
6.1.	EU-ret, folkeret og national ret som »one big system« .....	579
6.2.	Syntese af retspositivism og realistisk retsteori .....	579
6.3.	Konsensusteori. Juridisk praksis .....	580
6.4.	Nye teoretiske værktøjer .....	580
	<b>Litteraturliste .....</b>	<b>581</b>
	<b>Stikordsregister .....</b>	<b>603</b>

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licenstager i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

# Forord

Den hermed foreliggende 6. reviderede udgave af Retskilder og Retsteorier bygger ligesom 5. udgaven fra 2017 på Tvarnø & Nielsens retsteori, der kaldes europæisk, realistisk retspositivisme.

Bogen består af 17 kapitler. Kapitel 1 giver en introduktion til de følgende kapitler, der er opdelt i to dele. I del I gennemgås de retskilder, der anvendes i retsvidenskaben og i juridisk praksis samt i retsdogmatisk fortolkning. I del II gennemgås de vigtigste retsteorier og teoretiske perspektiver på retten.

I bogens del I gives i kapitel 2 en indledning til retskilder og retsdogmatisk fortolkning. I kapitel 3 gennemgås regulering, der omfatter dansk lovgivning i vid forstand (grundloven, almindelige love, bekendtgørelser, mv.), EU lovgivning, der omfatter traktater (TEU (Traktaten om den Europæiske Union), TEUF (Traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmåde) og Chartret om grundlæggende rettigheder), EU-retlig sekundærlovgivning (forordninger, direktiver, afgørelser, henstillinger og udtalelser) og folkeretlige traktater og rekommendationer. Derefter behandles i kapitel 4 professionel juridisk praksis (domspraksis, administrativ praksis og juridisk forskningspraksis). Kapitel 5 handler om retssædvaner, kutymer og god skik regler. I kapitel 6 gennemgås retsprincipper, almindelige retsgrundsætninger og forholdets natur. I kapitel 7 behandles retsdogmatisk fortolkning. Kapitel 8 handler om komparativ ret og metode og kapitel 9 om retshistorie.

I bogens del II gives i kapitel 10 en introduktion til retsfilosofi. Herefter gennemgås de vigtigste retsteorier og teoretiske perspektiver på retten. I kapitel 11 behandles naturret, i kapitel 12 hermeneutik, i kapitel 13 retspositivismen som udformet navnlig af Hans Kelsen og videreudviklet i 'critical legal positivism' og institutionel retsteori og i kapitel 14 skandinavisk realistisk retsteori som udformet navnlig af Alf Ross. I kapitel 15 gives et kønsperspektiv på retten og kapitel 16 handler om retsøkonomi.

Hovedtrækkene i europæisk, realistisk retspositivism opsummeres i bogens sidste kapitel (kap. 17). Europæisk, realistisk retspositivism skaber en syntese mellem den klassiske retspositivism som udformet af Kelsen og Ross' realistiske retsteori. Retten anskues ud fra en monistisk synsvinkel,

## *Forord*

hvor danske retskilder, EU-retlige retskilder og folkeretlige retskilder ses som ét stort, integreret retssystem. Gyldig ret (gældende ret) defineres som regler, der anvendes i juridisk praksis, fordi anvenderne på grundlag af en retsdogmatisk analyse, der behandler national ret, EU-ret og folkeret som et integreret system, finder, at de hører til retssystemet. De vigtigste former for juridisk praksis er domspraksis, lovgivningspraksis og forskningspraksis. Det er en forudsætning for, at en regel kan anses for gyldig ret (gældende ret), at der er en rimelig grad af konsensus herom mellem domstole, lovgivere og juridiske forskere. I tilfælde, hvor der ikke er det, er retsstillingen uklar. Regulering kan gennembrydes af praksis, og ingen af de juridiske praksisformer har forrang for de andre.

Bogen anvendes i universitetssektoren som lærebog på både bachelor- og kandidatniveau og på ph.d.-kurser. Bogen henviser sig generelt til alle, der er interesseret i, hvad retskilder og retsdogmatisk metode (juridisk metode) er, og hvilket teorigrundlag den hviler på.

Frederiksberg, april 2021  
*Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen*

## KAPITEL 1

# Introduktion til Del I og II

### 1. Emne og problemstilling

I denne bog fremstilles hovedtrækkene af retskilde- og fortolkningsslæren og de underliggende retsteorier, som de tegner sig i Europa i begyndelsen af det 21. århundrede. Vi lægger særlig vægt på de ændringer og tilpasninger i tidlige tiders opfattelse af retskilde- og fortolkningsslære og retsteorier, som samspillet mellem national ret, folkeret og EU-ret i forbindelse med udviklingen af EU enten allerede har medført eller gør det nærliggende at diskutere. Vi anlægger således et evolutionært, internationalt, især EU-orienteret perspektiv.<sup>1</sup>

Formålet med bogen er at gennemgå og analysere hovedtrækkene af retskildelæren og retsdogmatisk fortolkning samt at præsentere en række centrale retsteorier og at formulere europæisk realistisk retspositivism som en nuværende og fremtidig retsteori. Denne teori blev første gang formuleret i 2017-udgaven af nærværende bog. I denne udgave uddyber og præciserer vi europæisk, realistisk retspositivism.

Bogen er opdelt i to dele. Retskilder og retsdogmatisk analyse præsenteres i del I og de vigtigste retsteorier præsenteres i del II.

Del I gennemgår systematisk retskilderne og der lægges vægt på forholdet mellem retskildelære og retsdogmatisk fortolkning med henblik på indgående forståelse af indholdet i retskilderne og klarlæggelse af anvendelsen af retskilderne i gennemførelsen af en retsdogmatisk analyse. Endvidere lægges der i del I vægt på de ændringer og tilpasninger i retskildelæren og den retsdogmatiske fortolkning, som samspillet mellem national ret, folkeret og EU-ret har medført.

1. Se Nielsen, Ruth: Udviklingslinjer i europæisk retskildelære, EU-Ret & Menneskeret 2015 s. 153.

## Kapitel 1. Introduktion til Del I og II

I bogens del II præsenteres en række centrale retsteorier, som har og har haft indflydelse på retsvidenskaben. Bogen formulerer i sin helhed en nyere retsteori – europæisk realistisk retspositivisme – samt præsenterer naturret, hermeneutik, retspositivisme og retsrealisme. Endvidere præsenteres et kritisk kønsperspektiv på retten samt et retsøkonomisk perspektiv, der inddrager økonomisk teori i retsvidenskaben og retsøkonomiens anvendelse og indhold i forhold til retsvidenskaben.

Bogen udmonter en nyere teori – europæisk, realistisk retspositivisme – om retskildelæren og dennes indflydelse på retsdogmatikken samt sætter fokus på den retskildemæssige og retsteoretiske udvikling, som blev sat i gang med stiftelsen af EF/EU i 1958, og som med Danmarks medlemskab af EF/EU pr. 1. januar 1973 har været en aktiv bestanddel i dansk ret siden da. Bogen er således dels et eksempel på anvendelsen af europæisk realistisk retspositivisme, med udgangspunkt i EU-rettens udvikling og den folkeretlige indflydelse på national ret, og dels en retsteoretisk formulering af europæisk realistisk retspositivisme, herunder overgangen fra dualisme til monisme, teoriens retskilde- og gyldighedsbegreb og syntese mellem retspositivisme og retsrealisme.

## 2. Bogens struktur

Bogen er opdelt således: Nærværende kapitel 1 introducerer en række af de vigtigste begreber inden for retskildelære, retsdogmatik og retsfilosofi med henblik på at skabe et forståelsesmæssigt overblik og et grundlag for læsning af resten af bogen. Begreberne uddybes og forklares mere indgående i de følgende kapitler. I kapitlet fremdrages også hovedforskellene mellem en monistisk og en dualistisk tilgang og de vigtigste hovedtræk ved europæisk, realistisk retspositivisme.

Del I omfatter kapitlerne 2-9, der handler om retskildelæren og retsdogmatisk fortolkning og påpeger en række udviklingslinjer inden for retsvidenskaben og retskildelæren.

Kapitel 2 giver en introduktion til retskilder og retsdogmatik. Retskilderne præsenteres i denne bog i to kategorier: 1) regulering og 2) praksis. Retskilderne udgår fra dansk ret, EU-ret og folkeret. Retskilderne gennemgås i kapitel tre, fire, fem og seks nedenfor.

I kapitel 3 redegøres for *regulering*, der omfatter lovgivning i vid forstand, såvel på nationalt niveau (herunder både offentlig- og privatretlig regulering) som på folkeretligt og EU-retligt niveau. I kapitel 4 behandles *praksis*. Her behandles praksis fra domstole, forvaltningsmyndigheder, administrative kla-

### *3. Sammenhæng mellem retsfilosofi/retsteori ...*

genævn og Folketingets Ombudsmand samt retskildeværdien af juridisk forskningspraksis (juridisk litteratur). Kapitel 5 handler om aftaleregulering, retssædvaner, kutymer og god skik-regler. Dernæst behandles i kapitel 6 betydningen af retsprincipper, almindelige retsgrundsaetninger og forholdets natur. Kapitel 7 behandler retsdogmatisk fortolkning. Kapitel 8 handler om komparativ ret, og kapitel 9 omhandler retshistorie.

Bogens del II behandler i kapitel 10 til 17 retsfilosofi og en række forskellige retsteorier i et evolutionært perspektiv, herunder sammenhængen mellem retsteorier og retskidelæren og de ændringer, EU-udviklingen og internationalelseringen i øvrigt skaber behov for,

Kapitel 10 er en introduktion til retsfilosofien generelt. I de efterfølgende kapitler gennemgås en række centrale retsteorier i et historisk perspektiv. Kapitel 11 omhandler naturretten, kapitel 12 hermeneutisk retsteori, kapitel 13 gennemgår retspositivismen, og i kapitel 14 redegøres for skandinavisk retsrealisme. I kapitel 15 gennemgås et kønsperspektiv på retten, og i kapitel 16 introduceres retsøkonomiens sammenhæng med retsfilosofien. Det er i forhold til retspolitiske analyser særlig relevant at inddrage retsøkonomiske analyser, hvilket også behandles i kap. 16. I kapitel 17 gives en sammenfattende formulering af europæisk realistisk retspositivisme som retsteori. Dette skal ses i sammenhæng med bogens del I, som anvender denne retsteori på retskidelæren og retsdogmatikken.

### **3. Sammenhæng mellem retsfilosofi/retsteori og retsvidenskab/retsdogmatik**

Retsfilosofi er betegnelse for den samlede mængde af retsteorier, som alle giver udgangspunkter for at forklare retsvidenskaben, herunder retskilderne og retsdogmatikken. Alf Ross definerede retsfilosofien således:<sup>2</sup>

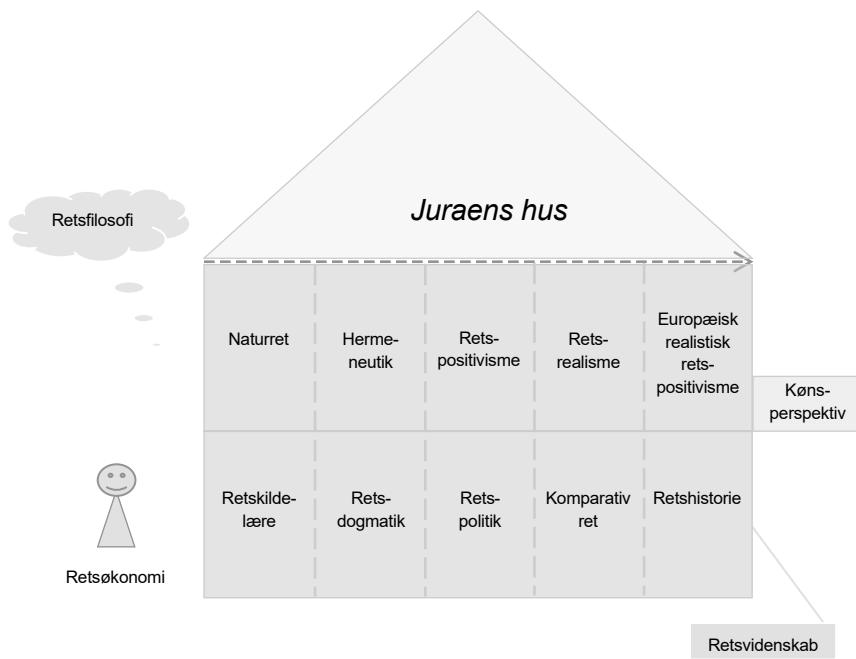
Retsfilosofiens genstand er ikke retten, nogen del eller side af denne, men retsvidenskaben. Retsfilosofien bor så at sige, en etage højere end retsvidenskaben og »ser ned« på denne.

Sammenhængen mellem retsfilosofi, retsteori og retsvidenskab i Ross' teori fremgår af nedenstående figur, *Juraens hus*, hvor stueetagen udgør retsvidenskaben og 1.-salen udgør retsfilosofien, se om denne nærmere i del II.

2. Ross, Alf: Om Ret og Rettfærdighed, Kbh., 1953, s. 35.

## Kapitel 1. Introduktion til Del I og II

Figur 1.1. Juraens hus



Retsvidenskaben i stueetagen er opdelt i stuer, som til dels kan være adskilte, dels være sammenfaldende. Hensigten er at vise, at der er forskel på delområder i retsvidenskaben, selv om sammenhængen er stor.

Europæisk, realistisk retspositivisme har – ligesom andre varianter af retspositivismen, se om adressaterne for Kelsens rene retslære nedenfor i kapitel 13 – flere adressater end Ross' retsteori. Den retsdogmatiske analysemetode anvendes af alle, som udøver jura. Det er traditionelt dommere, advokater, anklagere, jurister (cand.jur.er) og embedsmænd, og det er også cand.merc(jur)'ere og inhouse jurister i virksomheder, patenthuse, sagsbehandlere i staten, regioner og kommuner.

Europæisk, realistisk retspositivisme er enig med Ross, Kelsen og de fleste andre retsteoretikere i, at det er retsteoriens opgave at formulere overordnede

#### *4. Begreber og deres varierende betydning i forskellige retsteorier*

kriterier vedrørende ontologi og epistemologi, som den juridiske videnskab skal leve op til.<sup>3</sup>

## 4. Begreber og deres varierende betydning i forskellige retsteorier

### **4.1. Gældende/gyldig ret**

Begrebet gældende/gyldig ret varierer en del fra retsteori til retsteori. I europæisk, realistisk retsteori definerer vi gyldig/gældende ret som regler, der anvendes i juridisk praksis, fordi anvenderne på grundlag af en retsdogmatisk analyse, der behandler national ret, EU-ret og folkeret som et integreret enhedssystem, finder, at de hører til retssystemet. De vigtigste former for juridisk praksis er domspraksis, lovgivningspraksis og forskningspraksis. Det er en forudsætning for, at en regel kan anse for gyldig ret (gældende ret), at der er en rimelig grad af konsensus herom mellem domstole, lovgivere og juridiske forskere. I tilfælde, hvor der ikke er det, er retsstillingen uklar. Regulering kan gennembrydes af praksis, og ingen af de juridiske praksisformer har forrang for de andre, se nærmere nedenfor i kapitel 17.

Naturretten lægger vægt på en evaluering af retsreglens indhold, før reglen anses som bindende og gyldig. Evalueringen har skiftet gennem tiden, men bygger grundlæggende på idéen om at måle rettens gyldighed op mod en overnorm, der er baseret på religion, moral og etik eller på den menneskelige fornuft, se nærmere nedenfor i kapitel 11.

I hermeneutisk retsteori lægges vægt på juristers indsigt i retsvidenskaben på grund af den retstradition og det retssystem, jurister selv er en del af. Dette har betydning for fortolkningen af gældende ret, fordi jurister fortolker og forstår den juridiske tekst ud fra forudgående juridisk indsigt og teknik, en juridisk forståelse. Jurister læser lovens regler ud fra helheden, og den samlede lov kan ikke forstås uden fortolkning af de enkelte bestemmelser. Således kan hverken lovens dele eller lovens helhed stå alene. Del og helhed er gensidigt betingede og skal fortolkes i sammenhæng og vekselvirkning, hvilket kan beskrives ved hjælp af den hermeneutiske cirkel. Der ses således på

3. Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, Kbh. 2020 er af en anden opfattelse. Han skriver: 'Med undtagelse af Alf Ross (1899-1979), som i sit retsfilosofiske fatterskab forsøgte at formulere en videnskabsteori for juridisk forskning, har ingen siden hævdet, at juridisk forskning bør opfylde bestemte af retsfilosofien opstillede kriterier for at kunne betragtes som (rets)videnskab. Gennem historien har den juridiske forskning vist sig at være stabil over for forbipasserende teoretiske modeluner og synes i det hele taget at leve sit eget liv uafhængigt af retsfilosofien.'