

Ret som praksis. En beretning¹

HENRIK ZAHLE

Med dette indlæg vil jeg give en beretning fra en retsfilosofisk konference, jeg nylig har deltaget i. Konferencen blev afholdt et sted mellem Vitisop og Terrutan, et tyndt befolket ingenmandsland med billige hoteller. Den var som andre konferencer præget af kedelige foredrag og tamme diskussioner, men indimellem havde man god lejlighed til at diskutere med kolleger fra andre lande, der arbejder med samme problemer.

Når jeg skriver denne beretning, er det kun på grund af en enkelt diskussion, som forekom mig fascinerende og lidt mystificerende. Det, der fascinerede mig, var, at den angik et grundproblem, som vi sjældent tænker over. Hvordan forestiller vi os retten som sådan, retten som helhed, alle de retlige normer, der er gældende i denne verden? Har vi ikke et billede, en figur, et mønster, som er det vi indordner, det vi ser, under, og som også har en B nogle gange åben, andre gange måske skjult B betydning for, hvordan vi behandler og afgør juridiske spørgsmål? Hvordan er relationen mellem de forskellige regler B det spørgsmål kan gives en mere konkret form: Hvordan er forholdet mellem

en lov og en bekendtgørelse, der er udstedt i medfør af loven? Det var sådanne spørgsmål, der blev debatteret, og jeg vil gerne viderebringe et referat til fortsat overvejelse.

Der var tre indledere, og det var også dem, der stod for debatten: En retsfilosof, en B kvindelig B lektor i stats og forvaltningsret, og en dommer, altså en praktiker.

Lektoren i stats- og forvaltningsret indledte med at beskrive vores grundopfattelse af retten, Det var temmelig traditionelt, men til gengæld ganske klart: Retten udgør en pyramide, vi har øverst en grundlov, så love, derefter bekendtgørelser og nederst de konkrete afgørelser. Alle lærebøger indeholder dette skema, eller de forudsætter det lige så stille, selvom forfatteren måske ikke bryder sig om hierarkier. Denne pyramide er grundskelettet.

Retsfilosofen eller vist egentlig blot **filosofen**, fik herefter ordet: Pyramidestrukturen stemmer med såvel positivistiske som naturretlige teorier. Begge skoler bygger på system og afledning, hvor lavere led legitimeres af højere led. Han havde selv tidligere delt denne opfattelse, men havde skiftet opfattelse. Han var blevet stærkt inspireret af en artikel i *Suum cuique* med titlen »Seks teser om den retlige pyramide«, der kort fortalt kritiserede pyramidetanken med følgende synspunkter:

1. Grundlag for seminar ved Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, i november 2002. Titlen refererer til min tiltrædelsesforelæsning »Hvad skal jeg gøre i denne sag?«, se *Juristen* 2003 s. 81f.

1. Hvor begynder pyramiden? Der er ikke mening i en pyramide, der ikke har noget udgangspunkt.
2. Der er andre retskilder end dem, der har fået plads i pyramiden (den eksterne retskultur). Trinlavere regler har betydning for fortolkningen af trindhøjere regler, hvilket ikke stemmer med pyramidemodellen.
3. De retskilder, der så hører til i pyramiden, lader sig ikke fast indordne i en bestemt rangorden. Ved regelkonflikter spiller andre momenter end de to reglers trindhøjde en rolle.
4. Institutionerne indgår ikke i et hierarki: Vælgerne er både nederst (som borgere) og øverst (som demokratiets beherskere).
5. Det er ikke entydigt, hvordan den enkelte regel skal indplaceres, f.eks. domstolenes lovprøvelsesret. Sådanne utydigheder viser, at pyramiden ikke er adækvat som model.
6. Pyramiden er nationalstatslig og derfor helt utilstrækkelig. Der er mere end én nation, og national og international ret integreres.²

Endelig kom dommerens indlæg, og jeg var nu blevet så optaget af emnet, at jeg noterede debatten ord for ord: Jeg har ikke hørt om dette før, men det lyder interessant. I praksis har vi nu ikke forladt hierarkiet. Det er da klart at loven står over bekendtgørelsen, og at afgørelser i henhold til lov og bekendtgørelse må respektere lov og bekendtgørelse (grundloven har jeg ikke haft brug for). Tænk også på det forvaltningsretlige legalitetsprin-

cip: Vi traf i ministeriet kun afgørelser inden for lovens rammer, loven var vores hjemmel. Det bliver jo uden mening med den retsfilosofiske nedbrydning. Der arbejdes efter min opfattelse i praksis med trin/niveau forskelle. Det er i praksis ikke noget problem, at vi ikke ved, hvor pyramiden ender. B pyramidens problemer er noget retsfilosoffer selv har skabt B en selvskabt plage. Men man kan ikke komme uden om en hjemmelstanke, en afledning.

Statsretten: Læs forvaltningsretten, f.eks. forvaltningsretsprofessor Rønsholdt, der anfører, at forvaltningsmyndighederne må som alt overvejende hovedregel søge deres positive hjemmelsgrundlag i skrevne retskilder.³ En hjemmel er nødvendig, det er det krav hele legitimiteten i den offentlige ret hviler på. Hvor var vi uden en sådan regel? Jeg er heller ikke så bekymret over, at vi ikke rigtig ved, hvor det hele begynder, det gælder også andre spørgsmål. I realiteten er det jo enkelt nok: Den gældende (danske) grundlov er vedtaget i overensstemmelse med den forrige grundlov fra 1920. Den var tilvejebragt i overensstemmelse med 1915-grundloven, og i 1866 og 1849 gik det fredeligt til, vi skal helt tilbage til 1660 for at finde noget, der lignede en omvæltning. Det kan vi overlade til retshistorikerne.

Men det er rigtigt, at det er uheldigt, at man bryder trindhøjden i fortolkningen, f.eks. at man fortolker grundloven indskrænkende på grundlag af en lov. Dommerfuldmægtigsagen angik konstitution af dommerfuldmægtige, der har dømmende myndighed, og spørgsmålet var, om dette var i strid med grundlovens § 64 om domstolenes uafhæn-

2. Henrik Zahle: Seks teser om den retlige pyramide, i P. Blume o.a. (red.): *Suum Cuique*, 1991, s. 50.

3. Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret*, 2001, s. 31.

gighed, fordi fuldmægtige kan afskediges af justitsministeren; nej, svarede Højesteret med henvisning til, at sådan havde loven været indrettet siden retsplejelovens ikrafttræden i 1919, og tilsvarende havde været gældende forud for loven. Højesteret skrev, at »på baggrund af denne lovhjemlede, mangeårige praksis (må bestemmelserne i grundlovens §§ 3 og 64) ... fortolkes således, at de ikke udelukker, at dømmende funktioner i et vist omfang kan udøves af dommere, der ikke nyder en grundlovssikret beskyttelse mod afskedigelse og forflyttelse«. ⁴ I sådan et ræsonnement vendes tingene på hovedet. Når man lægger så stor vægt på praksis, er det vel, fordi tingenes tilstand faktisk er i strid med grundloven: dommerfuldmægtige, der kan afskediges, men som udøver dømmende myndighed, er i strid med § 64. Kun fordi der har været en lang praksis for en sådan ordning, gik det an. Men efter min opfattelse må man sige, at det forhold, at noget har været grundlovsstridigt i mange år, gør ikke sagen bedre. Ulykken er, at Højesteret ikke fastholdt betydningen af trindhøjden. Her bliver det for praktisk, pragmatisk.

Dommeren: Jamen, Højesteret må jo finde en løsning: Vi kan da ikke leve med, at en velkendt ordning, der har været kendt gennem mange årtier, ikke skulle være i orden. Grundlov og lov indgår i en helhed; det er jo tekster, der i realiteten udgår fra samme personkreds, som er fortrolig med forholdene. Om der virkelig er strid mellem en sådan ordning og grundloven, er vel svært at sige B det er jo et hypotetisk spørgsmål, for nu har vi altså haft en mangeårig praksis, og det har indvirkning på grundlovens fortolkning

Filosoffen: Jeg er i og for sig enig i, hvad du siger, der er ikke nogen absolut trinfor-skel. Dommeren beslutter sig for, om der er en trinfor-skel. Men du modsiger dig selv, for lige før var det netop dig, der talte for betydningen af at juridiske problemer stilles op i den rette struktur: Lov over bekendtgørelse, skrevne regler over afgørelser. Men den struktur fastholder du ikke konsekvent. Du lader det afhænge af situationen. Det er, ifølge dig, situationen der afgør om noget er »højere« eller »lavere«, om du vil fortolke det »højere« før og uafhængigt af det »lavere«, og altså dermed følge det, du indledte med at mene, at der ER en trindhøjde. Eller om du vil sige, at først fortolker jeg den trindhøjere regel i lyset af praksis, og så B vupti B er der ingen modstrid.

Statsretten: Hør nu begynder det at gynge for øjnene af mig. Det er vel ikke dommeren, der bestemmer, om noget er trindhøjere eller på niveau eller underordnet: Vi kan vel kende en grundlov fra en lov, og en lov fra en bekendtgørelse.

Dommeren: Ja, det er klart. Det, der må afgøres i det konkrete tilfælde, er hvilken betydning det skal have, at der er flere forskrifter, og at disse er forskellige: den ene grundlov, den anden lov, den tredje bekendtgørelse. Der foreligger en regelkonflikt. Regelkonflikten må bedømmes i praksis. I nogle lande har man en fast praksis for nogle typer af regelkonflikter, i andre flyder det mere.

Filosoffen: Det er altså i praksis, at forholdet mellem forskellige retskilder bestemmes, det kan ske mere eller mindre generelt, afhængig af retskulturen. Det er derfor jeg hævder, at grundloven ikke som sådan står over loven, eller loven over bekendtgørelsen. Det er relationer, der er skabt i praksis, dvs. i den retlige diskurs som den udfolder sig i

4. UfR 1994 536 H.

retsanvendende myndigheder såvel om i den juridiske litteratur. De juridiske tekster, vi finder i grundlov, lov og bekendtgørelse, indgår ikke i et hierarki, der kan sammenlignes med etager i en ejendom eller trinnene i en pyramide, 1 etage ligger under 2 etage, der ligger under 3 etage B det skal man relativere meget for at få vendt på hovedet. Anderledes med regler: Stats- og forvaltningsrettens og retskildelærens billeder af normerne i disse pyramide-figurer er misvisende. Etagerne eller trinnene skabes i den retlige argumentation B og de ændres med den, varieres med den.

Statsretten: Jamen, vil du så have, at jeg skal holde op med at fortælle de studerende, at grundloven står over loven?

Dommeren: Eller loven over afgørelsen?

Filosoffen: Pyramiden er en metafor. Også vores talen om »over« og under«, trindhøjde, »superior og inferior« osv. Bgrundloven står mig bekendt i Lovtidende på linje med lovene fra 1953. Hverken over eller under de love og bekendtgørelser, den må dele bind med. Hvad du vil fortælle dine studenter, må du selv afgøre. Men i dommerfuldmægtigsagen gik lovens ordening jo forud for grundloven? Så spørgsmålet er vel, om du vil fortælle dem sandheden?

Dommeren: Det er jo ikke en rimelig udlægning: Grundloven fortolkes på en bestemt måde, lad os i dommerfuldmægtigsagen bare kalde den indskrænkende, selvom jeg ikke bryder mig om det udtryk. Alle tekster skal fortolkes. Vi kan ikke tale om meningen af en tekst uden at forudsætte en læsning og dermed en fortolkning. I mener begge, at grundloven måtte vige for loven. Men det forudsætter, at I fortolker grundloven på en anden måde, end Højesteret gjorde. I har en fortolkning, Højesteret havde en anden

fortolkning B det er en ærlig sag at være uenig med Højesteret. Men jeres fortolkning kan ikke begrunde den konklusion, at Højesteret satte loven over grundloven. Højesteret fortolkede grundloven, og med den fortolkning, man valgte, var der ingen modstrid mellem grundlov og lov. I fortolker grundloven på en anden måde. I mener vel, at Højesterets dom er forkert. Nuvel, det er ikke ensbetydende med, at grundloven er sat til side for en lov.

Det er også derfor jeg ikke bryder mig om, at man ikke længere skulle tale om trindhøjde, *lex superior* osv. B for trindhøjde spiller da en afgørende rolle i praksis.

Filosoffen: Det vi har lært, er vel, at det er i den praktiske diskurs, i den retlige kultur, at forholdet mellem forskellige regler skabes B ja, det er jo her reglerne som sådan skabes, ved at blive anerkendt og prioriteret. I denne proces skabes hierarkier, nogle mere stabile end andre, nogle med flere undtagelser end andre, men det er i praksis det sker. I fortolkningen er der et hermeneutisk element, som stats- og forvaltningsrettens billeder glemmer. Det er i fortolkningen, altså den menneskelige læsning, forståelse, omtanke og samtale, at reglen konstitueres som en regel B som en regel med en vis valør eller vægt eller gennemslag eller trindhøjde.

Statsretten: Ja, jeg ved nu ikke, om det lige er det, jeg har lært ...

Her blev mødet afbrudt, fordi værten skulle bruge lokalet til noget andet, og der blev ikke tid til en afrunding. Tilhørerne var i vildrede om, hvad det egentlig var, der var blevet debatteret, men alle var ret påvirkede. Vi var lidt mystificerede. Min egen udlægning af debatten er følgende B men jeg kan let have misforstået noget:

Statsretten har vel ret i, at vi faktisk tænker i pyramider og afledninger. Det er den type af strukturer, der udgør et fælles træk ved mange nationale retssystemer, som vi tænker på dem. Og det er jo ikke bare noget vi tænker: Vi kan se, at dommere i højere instanser er finere end dommere i lavere instanser, kontorchefen bestemmer mere end fuldmægtigen, osv. Vi kan ikke nivellere alt. Dette overser filosoffen.

Vi kan imidlertid lære af filosoffen, at der er ikke nogen objektiv og praksis-uafhængig retlig pyramide. Der er ikke noget, der objektivt og uafhængigt af praksis har hjemmel i noget andet. Hvis vi taler om pyramider og hjemmel, er det noget, vi i praksis bygger op, konstruerer.

Vi kan på den anden side lære af dommeren, at samtidig med, at pyramider faktisk er bygget op, fordi vi fungerer i en retskultur, hvor der er pyramider og hjemmelstænkning, kan deres afhængighed af praksis, af kulturen forklare, at de ikke tvinger til bestemte resultater.

Pyramide og hjemmel skabes i stadig praksis, genskabes, udvikles eller forlades. Som følge af, at pyramiden ikke er en struktur af samme art som en etageejendom, forekommer der også argumenter, der ikke stemmer med pyramidemodellen. At sådanne argumenter kan fremføres og føre til afvigelser, bestyrker, at pyramiden har sin realitet som praksis, er et fænomen i praksis. Praksis er formbar, praksis kan ændres eller afviges, ny praksis kan udvikles, og det er det, der engang imellem sker. Hjemmelsloven sætter grænser for bekendtgørelsen, men bekendtgørelsen kan som en praksis omskabe hjemmelsgrundlaget. Praksis skaber hjemmel.

Men på den anden side: At der engang imellem sker afvigelser fra pyramidemodellen, betyder ikke, at pyramiden er vendt på hovedet, at grundloven er underordnet loven.

Ja, det var, hvad jeg fik ud af det. De kloge hoveder fortalte ikke noget om, hvornår det så er, at praksis pludselig kan udgøre hjemmel. Måske fordi de ikke vidste det. Men det hele forekom mig tankevækkende, så derfor denne beretning.

Forfatteroplysning

Henrik Zahle er professor i Almindelig retslære vid Københavns universitet.