

# Findes der præjudikater?

PETER BLUME, Professor i retsinformatik, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

## Does precedent exist?

This article discusses how the concept of precedent should be understood. Although decisions that function like precedents also may be made by administrative authorities the focus is on court decisions. It is argued that a precedent is not an invention of a legal norm but a detection of such a norm which already existed in the legal sources but before the decision was unknown. In this sense courts do not make law but find law.

**Keywords:** Precedent, Administrative precedents, Position of courts, Legal unity, Legal theory.

## 1 Børnelærdom

Det er en del af vores retsteoretiske børnelærdom (Ross 1953, p. 101-107; Stuer Lauridsen 1977, p. 361-364; Zahle 2005, p. 151-166), at domstolene kan være retsskabende og at dette sker ved afsigelse af domme, der er baseret på noget retligt nyt, som herefter virker styrende i forhold til fremtiden. Disse domme præjudicerer via deres normer fremtidig anvendelse af ret og betegnes derfor præjudikater.<sup>1</sup> Vi har også lært, at den måde vi finder ud af om en konkret dom er eller har potentialet til at blive et præjudikat er ved at analysere dommens begrundelse, præmisserne, for at afklare om der i disse er blevet anvendt en almindelig regel, som på en eller anden måde adskiller sig fra de hidtil anvendte regler.<sup>2</sup> En regel i denne sammenhæng svarer til en retlig norm og disse to begreber benyttes da også som synonyme i det følgende. Vores interesse er knyttet til generelle elementer i præmisserne, der ikke med nødvendighed er forbundet med sagens faktum og dermed er anvendelige i forhold til andre fakta. Om den regel, der er lagt til grund i præmisserne, faktisk vil blive benyttet i andre domme (eller andre retskilder) hører i første omgang fremtiden til, men afslører analysen af præmisserne en almindelig regel er der en formodning for at dommen kan blive et præjudikat. Denne formodning kan bestyrkes såfremt dommen er afsagt af Højesteret og dette er sket i enighed, men det er dog ikke udelukket, at andre domme kan være præjudikater. Det er endvidere med i børnelærdommen, at præjudikater er retskilder og at de dermed er en del af det grundlag, der er til rådighed

---

1 Stare decisis et non quieta movere.

2 Om hvorvidt præmisserne er troværdige, herunder voteringsprotokollers betydning, se Blume 2005, p. 21-27.

når det i almindelighed skal bestemmes hvad der er gældende ret uden at det i øvrigt her er nødvendigt at gå dybt ind i diskussionen om hvad der nærmere skal forstås ved dette begreb. Samlet er det velkendte budskab, at der findes præjudikater af den her beskrevne karakter og at de udgør et vigtigt bidrag til retten.

Formålet med denne artikel er at overveje om denne børnelærdom, der i forskellige lande (retskulturer) og af forskellige forfattere bliver præsenteret i varierende udformning, men som dog grundlæggende er fælles tankegods, fuldt ud er dækkende. Spørgsmålet er om der findes præjudikater i den mening, der er beskrevet ovenfor, og om dette er en rigtig måde at forstå disse dommes bidrag til retsudviklingen. Interessen for præjudikater er alment knyttet til interessen i at forstå rettens dynamik. Denne dynamik er forårsaget af mange forskellige faktorer med varierende betydning og som udgangspunkt er præjudikater en af disse faktorer.

Denne øvelse tager således ikke blot sigte på at vurdere betimeligheden af kategoriseringen af en bestemt retskilde, men er indirekte tillige et bidrag til en fastlæggelse af domstolens almene betydning for retten og retsudviklingen. Ved at sætte fokus på disse domme kan man komme nærmere på en forståelse af om domstolene i det såkaldte præjudikat rekonstruerer ret, om de snarere konstruerer ret, eller som en midterposition konstruktivt rekonstruerer retten. Øvelsen er primært teoretisk, men dog ikke udelukkende da en forståelse af de domme, der på en eller anden måde indbefatter noget retligt nyt, som allerede nævnt indgår som en vigtig brik i karakteristikken af domstolene som retlig institution. I det følgende inddrages derfor ligeledes en række momenter af betydning for en forståelse af det såkaldte præjudikat, uanset at disse ikke direkte er forbundet med karakteren af den retlige norm, som dommen indeholder. Den her foretagne øvelse er ligeledes udtryk for den opfattelse, at det er nyttigt for udviklingen af retskundskab af og til at kaste et blik på de grundfigurer, der indgår i den juridiske metode således som denne manifesterer sig i retlig praksis. Alt i alt bør gammel lærdom ikke tages for givet, men derimod underkastes en prøvelse.

## 2 Retsudvikling

Det er velkendt, at domstolene kan præge retsudviklingen. I og med at retsfor skrifter, der i vores retskultur er den centrale retskilde, en art *primus inter pares*, er generelle og aldrig kan være komplette i forhold til de samfundsmæssige spørgsmål, der bliver regulerede eller som på et bestemt tidspunkt kan aktualisere et behov for retlig regulering, er det nødvendigt, at der ved domstolene (eller tilsvarende instanser) sker en tilpasning af den generelle ret til sådanne specifikke faktiske forhold. Den retlige norm, der er virksom i relation til et bestemt faktum, er ikke altid åbenbar og den må rekonstrueres ud fra de foreliggende retskilder. Det er på denne baggrund naturligt, at denne tilpasning er udtryk for, at der bliver truffet valg, som har indflydelse på fastlæggelsen af et udsnit af gældende ret. Denne aktivitet har ikke alene interesse for den konkrete sags parter, men har tillige

stor almen betydning fordi domstolene som institution i særlig grad af mange bliver identificeret med retfærdighed. Domstolene som institution yder et væsentligt bidrag til den legitimitet, der er afgørende for at retten kan udøve sine samfundsmæssige funktioner. I forhold til det samlede retssystem medfører dette ideologiske udgangspunkt, at domstolernes normerende afgørelser har en særlig gennemslagskraft. Denne status understøttes af den position, som domstolene sædvanligvis er tillagt forfatningsmæssigt. Det er på denne baggrund, at domstolene har og får indflydelse på retsudviklingen.

Domstolene er dog i almindelighed ikke primus motor i udviklingen af retten, idet det bl.a. kan iagttages, at forvaltningen i moderne tid har fået stigende betydning. I denne forbindelse er der grund til at fremhæve, at de principielle iagttagelser vedrørende præjudikatets natur på tilsvarende måde kan appliceres på forvaltningsafgørelser. De kan for så vidt være præjudikater. Dette er ikke den sædvanlige opfattelse, hvilket dels skyldes at præjudikatslæren er fra en tid, hvor forvaltningen ikke påkaldte sig synderlig opmærksomhed dels at der i retsteorien kan iagttages en tendens til domstolsfiksering. Når det tages i betragtning, at rettens tilpasning i betydelig udstrækning sker i forvaltningsmæssigt regi er det nærliggende, at også en forvaltningsafgørelse vil kunne virke som et præjudikat.<sup>3</sup> Domstolene er ikke alene på banen, og det har yderligere betydning, at domstolene altid – modsat forvaltningen – befinder sig i en modtagende rolle og ikke uden for denne kan tage egne initiativer. Det er som udgangspunkt ikke muligt for domstolene uopfordret at starte en retsudvikling. I visse retskulturer (common law) har domstolene traditionelt haft større generel betydning end i f.eks. de nordiske lande, og man har i videre udstrækning talt om dommerskabt ret, men selv i disse retskulturer er domstolene i hvert fald i dag ikke dominerende.

Den omstændighed, at domstolenes afgørelser i nogle tilfælde har betydning for hvad der anses for at være ret ud over den konkrete afgjorte sag, er i dag trivial, og selvom det fortsat kan diskuteres hvor stor en indflydelse, der er rimelig, og selvom den nationale retskultur som nævnt i denne henseende er forskellig, er der ikke nogen, som betvivler at domstolene udøver en sådan indflydelse. Det kan specifikt diskuteres hvor stor indflydelsen på et givet tidspunkt er og en differentiering mellem retsområder er ofte nærliggende, men selve udgangspunktet er ikke til diskussion. Det synes heller ikke længere at være nødvendigt at argumentere for at det er acceptabelt, at domstolene ikke alene virker som lovgivers praktiske talerør. Det er ikke et aktuelt retspolitisk spørgsmål om domstolene bør kunne bidrage til retsudviklingen. Der er udbredt enighed om, at domstolene kan spille en sådan rolle og i denne forbindelse kan benytte retlige regler, der ikke umiddelbart kan udledes af i forvejen foreliggende retskilder. Der sættes ikke spørgsmålstegn ved domstolernes legitimitet i denne sammenhæng. Den teoretiske overvejelse af på hvilken måde denne rolle varetages udspiller sig derfor inden for et roligt miljø.

---

3 Der er dog muligvis den forskel, at domspræjudikatet i videre udstrækning kan have virkninger uden for det regi, hvori det er fremkommet, dvs. virke uden for domstolene.

### 3 Skabe ret?

Denne udbredte enighed om udgangspunktet er dog ikke i sig selv ensbetydende med, at alt er fuldt ud oplyst og at det er klart hvad det egentligt er, som domstolene foretager sig når de frembringer det såkaldte præjudikat. I dansk terminologi er det sædvanligt at karakterisere denne virksomhed på den måde, at domstolene er retsskabende. Med denne terminologi er det angivet, at en domstol i disse tilfælde virker som retsproducent, hvilket betyder, at den baserer sin afgørelse på en retlig norm, der ikke er benyttet tidligere og som den selv har fundet frem til. Domstolen konstruerer sin ret. På et eller andet grundlag lokaliserer domstolen en ny regel (norm), der efter domstolens opfattelse medfører den retligt korrekte afgørelse af den pågældende sag. Bliver denne regel efterfølgende anerkendt hos domstolene eller andetsteds er den nu en del af gældende ret, der således er anderledes end den var før dommen. De følgende overvejelser tager sigte på at tage stilling til om det er dækkende at karakterisere disse afgørelser som konstruktioner dvs. som egentligt retsskabende eller om denne forståelse tillægger afgørelserne en mere vidtgående betydning end de i og for sig har. Med en anden formulering er spørgsmålet hvad det i denne sammenhæng egentlig betyder, at reglen er ny.

Disse overvejelser er struktureret således, at de som nævnt samtidig inddrager en række af de aspekter, der omgiver præjudikatet som retlig kategori. Udgangspunktet tages i præjudikatets kernefunktion, der består i at præge eller styre fremtiden. Uden at dette måske altid er bevidst er målet, at den regel, som en sådan dom udtrykker, skal leve videre og blive reproduceret i fremtidige afgørelser. Reglen skal række ud over den konkrete sag og styre fremtiden. Denne funktion udøves uafhængigt af den måde begrebet nyt forstås, men er alligevel baseret på, at præjudikatet har to dimensioner, der kan rubriceres som henholdsvis praktisk og teoretisk.

### 4 Styring

Den praktiske dimension tager først og fremmest sigte på livet indenfor domstolene, idet præjudikatet bliver benyttet som et styringsredskab af de øverste domstole, især Højesteret, til at fastlægge de regler, som er bestemmende for de afgørelser, der bliver truffet i hele domstolssystemet. Der er principielt ikke noget til hinder for at en byretsdom kan være et præjudikat, men det er kun yderst sjældent tilfældet, idet dette bl.a. afhænger af hvorledes retsplejeordningen er udformet. Skal en sådan dom virke over byretsniveauet vil den have behov for konfirmation fra domstole længere oppe i hierarkiet for at kunne blive reelt virksom. Under det styringsmæssige perspektiv er det sædvanlige præjudikat et middel, der bliver brugt til at skabe orden og retsenhed. Der er ikke tvivl om at der er brug for et sådant middel. Et lands judicielle system består sædvanligvis af et større antal domstole, der er spredt geografisk, og i mange lande som tilfældet er i de nordiske er dommerne forfatningsmæssigt sikret en uafhængighed, der medfører, at de kun i helt ekstraordi-

nære tilfælde kan fjernes fra deres position. Der er som udgangspunkt ikke noget til hinder for, at den enkelte dommer afsiger de domme, som vedkommende selv synes er de rigtige uden at tage hensyn til om der i almindelighed er juridisk kohærens. Der er ikke nogen garanteret sammenhængskraft.

Risikoen for fragmentering er reel og må modvirkes fordi domstolens institutionelle og ideologiske position ellers svækkes og i værste fald undermineres. Denne aspiration opnås i praksis ved en kombination af forskellige virkemidler, der erfaringsmæssigt fungerer. Blandt disse er (1) fremgangsmåden ved udnævnelse af dommere, herunder i vel stort set alle lande kravet om at disse skal være jurister, (2) instanssystemet, der betyder at afgørelser kan indbringes for en højere instans, idet disse instansers afgørelser i sig selv virker styrende ud fra, at det på denne baggrund bliver en ressourcebelastning for de i sagerne involverede parter såfremt der træffes afgørelser, der med sikkerhed vil blive ændrede, (3) karrieremulighederne, idet dommerens hidtidige adfærd har betydning for muligheden for at få en plads i de højere instanser, og (4) endelig de domme, der angiver en regel, som efter især Højesterets opfattelse skal anvendes i tilsvarende sager. En sådan dom er formelt set ikke bindende for dommerne i de forskellige instanser, idet en dommer har mulighed for at antage at en aktuel sag adskiller sig fra den sag, der danner grundlag for præjudikatet, dvs. med common law terminologi to »distinguish the case« (Raz 1979, p. 183-189). Selvom præjudikatet formelt set ikke binder virker det i kombination med de andre virkemidler styrende og fremmer dermed den tilstræbte retsenhed. Det er således en vigtig funktion ved disse domme, at de bidrager til orden inden for domstolssystemet. De medfører retsenhed forstået som tilslutning til den retsopfattelse, som især den øverste domstol artikulerer.

Beskrevet på denne måde er Højesteret ikke selv underlagt retsenhedens pres, eftersom ingen af de nævnte virkemidler har betydning for dommerne i denne ret. De befinder sig i en urørlig position. Højesteret kan dog ikke i praksis frit skabe de præjudikater den har lyst til fordi retten er omgivet af den juridiske offentlighed med en heraf følgende forventning om at de afsagte domme kan finde intersubjektiv anerkendelse. De må ikke fremtræde som tilfældigheder. En forventning, som dommerne selv har fået internaliseret via deres uddannelse og karriere. Selvom der i og for sig ikke er nogen bånd, der binder dem, viser erfaringen, at Højesteret ikke løber løbsk.

Det er de retsfastlæggende domme, der gør det meningsfuldt at tale om, at domstolene har dannet en opfattelse om et bestemt retsspørgsmål. Man kan sige, at præjudikatet under dette perspektiv virker ud fra et op-ned perspektiv, og altså ikke kun qua sig selv. Som nævnt indebærer dette perspektiv ikke nødvendigvis, at der i disse domme bliver produceret nye retlige normer, idet disse domme fungerer på en sådan måde, at de uanset hvorledes man besvarer dette spørgsmål har en almen værdi, der understøtter, at domstolene er

en af de centrale retlige institutioner.<sup>4</sup> Det såkaldte præjudikat som styringsmiddel er derfor under alle omstændigheder en væsentlig del af rettens liv.

## 5 Almen styring?

I fortsættelse heraf har det interesse at overveje om de præjudikater, der frembringes af domstolene, udelukkende har betydning inden for domstolene, eller om de også virker styrende på andre retlige institutioners bedømmelse af de spørgsmål, som disse domme omfatter. Med andre ord om den retlige regel, som præjudikatet udtrykker, også opfattes som gældende i andre retlige fora. Medmindre man anlægger et institutionelt polycentrisk synspunkt er dette nødvendigt for at reglen kan betragtes som en del af gældende ret. Besvarelsen af dette spørgsmål beror som udgangspunkt ikke på en retsteoretisk iagttagelse, men derimod på den forfatningsretligt betingede kompetencefordeling mellem de retlige institutioner, der udgør det retlige system. I dansk ret er udgangspunktet, at de andre hovedtyper af institutionelle fora, lovgiver og forvaltning, er forpligtede til at lægge domstolenes retsopfattelse til grund, idet der hertil straks må føjes, at lovgiver har en umiddelbar mulighed for at ændre denne opfattelse i de tilfælde hvor der er tale om et regulerings-spørgsmål, som lovgiver er rådig over. Foretages ingen forandring er lovgiver dog forpligtet, idet det er en almindelig antagelse at der ikke kan lovgives om gældende ret. Love anvender ikke, men skaber ret.

Det er for præjudikatets status især interessant, at forvaltningen er forpligtet af den retsopfattelse, som domstolene tilkendegiver. Dette er det principielle udgangspunkt og i forhold til den problemstilling, der drøftes her, er det derfor mindre væsentligt i hvilken udstrækning forvaltningen rent faktisk lever op til denne forpligtelse. Der er næppe tvivl om, at dette, især på førstinstansniveau, ikke altid sker og at domme af denne karakter undertiden bliver opfattet som noget, der påtrykkes udefra af nogen, som ikke forstår den forvaltningsmæssige virkelighed. Der kan altså være modstand imod den dommerskabte regel, men denne modstand vil være skjult fordi den ikke systemmæssigt er acceptabel. Det kan alt i alt lægges til grund, at præjudikater sædvanligvis virker bredere end hos domstolene selv, og dette kan betragtes som et indicium for, at de har en videregående almen retlig betydning.

---

4 Domstolenes betydning svinger over tid og varierer indenfor forskellige retsområder, men det er svært at forestille sig et retligt system uden en institution med de funktioner, der udøves af domstolene.

## 6 Hvor nyt er det nye?

Denne iagttagelse danner indgangen til en stillingtagen til hvad præjudikatets generelle eller retsteoretiske betydning egentlig er. Det almindelige spørgsmål er hvilken indflydelse disse domme har på rettens udvikling og yderligere for den samlede forståelse af hvorledes retssystemet fungerer. Udgangspunktet er, at der er domme, som baserer deres resultat på en retlig opfattelse, der ikke tidligere var kendt, og at dommen dermed får en art tilbagevirkende kraft i forhold til bedømmelsen af dens konkrete sag, idet dennes parter ikke haft mulighed for at indrette sig i forhold til den dommerskabte regel, og dommen har ligeledes en potentiel påtrykningskraft i forhold til fremtiden. Præjudikatet samler på en særegen måde fortid, nutid og fremtid (Blume 2007, p. 332). Det retsteoretiske spørgsmål vedrører hvad det mere præcist vil sige, at dommens regel er ny, og ligeledes hvad denne »regel« retligt og metodisk er. Problemstillingen er med andre ord om reglen retligt er ny i den betydning, at den ikke har eksisteret før, eller om den er ny i den forstand, at den ikke er blevet fundet i retskildernes verden inden de pågældende dommere gjorde dette. Er reglen en opfindelse eller en opdagelse. På tilsvarende måde er spørgsmålet om denne regel virker som en retskilde eller om den bedre som nævnt under 1 forstås som en retlig norm, dvs. at reglen enten betragtes som et konglomerat af mange retskildefragmenter eller ses som noget originært, der fungerer uafhængigt af andre retskilder. I almindelighed har en stillingtagen til denne problemstilling betydning for i hvilken udstrækning retten som sådan betragtes som noget sikkert eller derimod fremtræder som usikker og måske endda uberegnelig.

Først kan det være nyttigt nærmere at udrede hvad der er i denne sammenhæng er forskellen på en opfindelse og en opdagelse. Opfindelse og opdagelse adskiller sig fra hinanden ud fra den måde relationen er fastlagt mellem den regel eller mere præcist den retlige norm, der betinger dommens resultat, og de for den pågældende sag relevante retskilder. I almindelighed kan man opfatte den retlige norm, der sammen med øvrige normer danner den samlede gældende ret på et bestemt tidspunkt, således, at normen er en rekonstruktion, der kommer til verden via en sammensætning af dele eller fragmenter af de foreliggende retskilders normative indhold efter at dette er blevet underlagt en juridisk fortolkning. Det er atypisk at normen alene er udledt af en enkelt retskilde og det er ligeledes atypisk, at norm og retskilde er fuldt ud sammenfaldende. Det er via en analyse af et antal retskilder, at normens indhold bestemmes. Anvisninger og råd om hvorledes denne analyse foretages indgår i den juridiske metode, der udgør et fælles beredskab for alle dommere. Sammenstilling af regelfragmenter er den fremgangsmåde, der følges eller måske snarere reproduceres, dvs. hentes fra tidligere afgørelser, i alle de domme, der ikke i en eller anden forstand indebærer noget nyt, dvs. ikke har mulighed for at være præjudikater. Dette karakteriserer således retsanvendelsen. I forbindelse med en overvejelse af om der findes præjudikater er det især væsentligt, at det indtil videre er antaget, at der er en sammenhæng mellem retlige normer og retskilder. For at bruge en gammel terminologi er retskilderne basis, der er bestemmende for overbygningen, hvor normen befinder sig.

Normerne kommer ikke fra Gud eller den blå luft. Det lægges indtil videre yderligere til grund, at der ikke findes judicielle sager, der udspiller sig indenfor et retskildetomt rum.

I forsættelse heraf er det nærliggende også at antage, at de normer, der tillægges en rolle ved afgørelsen af en sag, befinder sig i sagens retskilder med den konsekvens, at normerne i og for sig er til stede før de bliver artikulere. Man kan i de fleste tilfælde se retskilderne, men man kan ikke umiddelbart se normerne fordi de er rekonstruktioner, der ikke på forhånd er manifesterede. Juristen eller dommeren, der skal bestemme sig for hvilken retlig norm, som skal lægges til grund ved en afgørelse, har dermed den opgave at lokalisere de retskilder, der kan være relevante, og fra disse at udlede det brugbare og klarlægge den retlige mening (fortolkning) af hvert enkelt brudstykke for dernæst at foretage normkonstruktionen. Dommeren må som fremhævet bruge sin juridiske metode og denne fører frem til målet, den retlige norm.

Som alle ved er dette i de fleste tilfælde ikke så kompliceret som det er fremstillet her, og ligeledes kan man ofte genbruge den rekonstruktion, som andre tidligere har foretaget. Der kan dog forekomme situationer, som er besværlige, fordi der ikke findes et tidligere paradigme, som kan benyttes, og hvor det ikke er åbenbart hvilken norm, som retskilderne peger på. Der er blevet forelagt et nyt judiciabelt tema og der efterlyses et svar. Er grundlaget for den valgte norm alligevel retskilderne således som det er beskrevet ovenfor kan man i sådanne tilfælde opfatte normen som en opdagelse. I det tilsyneladende uigenemskuelige flimmer, som retskilderne præsenterer, finder dommeren de fragmenter, der gør det muligt at rekonstruere normen. Opdagelsen har fundet en norm, der hele tiden, dvs. i retskildernes levetid, har været til stede, men som ikke er blevet afdækket før, hvilket nogle gange kan skyldes, at det ikke tidligere, før det nye tema kom på banen, har været nødvendigt. Der har ikke været et faktum, som har efterspurgt normen.<sup>5</sup> Denne norm fremtræder som ny, men den er kun ny fordi den nu er blevet afdækket. Alle, der kan deres juridiske metode, vil i princippet være i stand til at finde normen, men det er først dommerne, der er blevet bedt om det. Denne norm har nyhedsværdi, men den er ikke ny fordi den ikke har eksisteret før. Normen var her før sagen. Normen er heller ikke ny i den forstand, at den er kommet til verden uden nogen forbindelse til retskilderne. Normrekonstruktionen harmonerer med sædvanlig juridisk metode, og i denne forstand er der ikke noget epokegørende forbundet med disse domme.

En anden mulighed er som nævnt at opfatte den norm, der er udslagsgivende i præjudikatet, som en opfindelse. Dette indebærer, at den retlige norm, der bliver lagt til grund i afgørelsen, ikke på forhånd har været gemt i retskildefragmenterne, men at den derimod dannes originært af de dommere, der anvender den første gang. Normens grundlag er ikke juridisk metode, der dermed er forbeholdt retsanvendelsen. Det har ikke været muligt for

---

5 Dette indebærer, at der i retskilderne kan være skjult retlige normer, der aldrig ser dagens lys, fordi der aldrig opstår en sag, hvor der bliver kaldt på dem. Man kan i og for sig også sige, at gældende ret aldrig vil kunne blive helt synlig eller helt sikker.

andre at finde denne norm fordi den opstår først ved dommen. Betragtet på denne måde er normen ikke nogen rekonstruktion, men derimod en konstruktion. Den kommer til verden i princippet uden nogen forbindelse til retskilderne, men dog indenfor et retligt miljø. Forstås det såkaldte præjudikat på denne måde er det i egentlig forstand udtryk for noget nyt og indtager i og for sig en enestående position i den retlige verden fordi der ikke er andre steder, hvor den retlige norm opstår direkte ved en beslutning. Især kan i denne forbindelse fremhæves, at lovgiver ikke skaber normer, men derimod retskilder, der ofte er meget væsentlige, men altså ikke er normer. En ny lov er ikke (umiddelbart) ny gældende ret. Tages en sådan opfattelse for gode varer vil det utvivlsomt være berettiget at tale om dommerproduceret ret samt om præjudikater, og det vil ligeledes være berettiget at karakterisere denne del af domstolenes virksomhed som retsskabende i ordets egentlige forstand.

## 7 Er afgørelser rigtige?

Forinden der tages stilling til om det nye i præjudikatet er en opdagelse eller en opfindelse er det naturligt at nævne en problemstilling, der er impliceret i valget mellem disse to positioner. Det har ofte været diskuteret om der altid findes rigtige afgørelser eller med andre ord om der til alle sager, der præsenteres for domstolene, er en retligt korrekt afgørelse og at det, som dommeren gør, er at finde frem til denne afgørelse.<sup>6</sup> Når der foretages en opdeling mellem svære og lette sager beror dette bl.a. på hvor umiddelbart den rigtige afgørelse fremtræder, men den findes også i den svære sag. Opfattes præjudikatet som en opdagelse kan dette ses som en tilslutning til denne opfattelse fordi det her »blot« drejer sig om at lokalisere den norm, der er gemt blandt retskilderne og som medfører den rigtige afgørelse, der altså allerede lå i den foreliggende ret.<sup>7</sup> Dette er mindre nærliggende hvis den nye norm er en opfindelse selvom denne er underlagt en forventning om intersubjektivitet. Man kan dog godt opfatte præjudikatet som en opdagelse uden at tilslutte sig det synspunkt, at der til enhver sag er en rigtig afgørelse. Dette skyldes, at det i den samme sag i nogle tilfælde vil være muligt at gøre forskellige opdagelser, der fører til forskellige resultater. Det er ikke givet, at der kun er en anvendelig norm skjult blandt retskilderne, idet disse kan være mere eller mindre præcise, og i øvrigt er den juridiske metode ikke eksakt.

Det må yderligere kvalificeres hvad der i denne sammenhæng forstås ved en rigtig afgørelse. En afgørelse, forstået som en retsfølge, er resultatet af en sammenstilling af faktum

6 Dette er som bekendt et synspunkt, der bl.a. er hævdet af Dworkin.

7 Uden at der er nogen direkte sammenhæng så passer opfattelsen af præjudikatet som opdagelse ligeledes bedst til den forkætrede prognoseteori (Ross 1953, p. 51-59) eftersom en opfindelse ikke kan forudsiges.

og jus. Faktum, de for sagen relevante faktiske omstændigheder, adskiller sig fra jus ved, at de med sikkerhed ikke foreligger før eller uafhængig af sagen. I denne forstand findes der ikke rigtige fakta og selvom der er en nøje og i øvrigt svært gennemskuelig sammenhæng mellem faktum og jus således, at der ikke er tale om to rene eller adskilte størrelser betyder dette, at der med en rigtig afgørelse menes en afgørelse, som på en korrekt måde anvender den retlige norm. Faktum kan ikke i denne forstand anvendes rigtigt. Dette indebærer, at det er regelanvendelsen og ikke afgørelsen, der kan være rigtig.

Ideen om, at afgørelser rigtigt anvender den rigtige retlige norm harmonerer som nævnt bedst med den opfattelse, at præjudikatet er en opdagelse. Dette kan give grobund for den opfattelse, at en sådan forståelse er konservativ i den forstand, at den efterlader et begrænset spillerum for domstolene hvorved de afskæres fra at udøve en dynamisk funktion i retssystemet. At betragte domstolene som opfindere synes at give dem en større frihed. I denne sammenhæng er betegnelsen konservativ dog ikke ensbetydende med uddynamisk fordi også en opdagelse kan kaste lys ind der, hvor der tidligere var mørke, og også en opdagelse kan styrke rettens potentiale. Tages det i betragtning at nutidens retssystem bl.a. er karakteriseret af retskilder, der er åbne og som ikke tilstræber præcision som eksempelvis retlige standarder, er der grobund for mange opdagelser, der klargør retskilderens normative indhold. Uanset dette giver opfindelsen større frihed, og der er derfor en forskel, og den vender jeg tilbage nedenfor.

## 8 En opdagelse

Som allerede søgt påvist er der en betydelig forskel på at betragte præjudikatet som en opdagelse eller som en opfindelse. Under en retsteoretisk synsvinkel må interessen først og fremmest være knyttet til den divergerende forståelse af forholdet mellem norm og retskilde, der repræsenteres af disse to synsmåder. Ved en opdagelse er der en forbindelse, medens den ikke er til stede ved en opfindelse.<sup>8</sup> Det er en grundlæggende antagelse i den juridiske metode, der kan formuleres på mange forskellige måder, at retskilderne er det grundlag, som især jurister anvender når de fastlægger de retlige normer («gældende ret»). Retskilderne er fundamentet, der ganske vist i moderne tid er blevet stadig mere sammensat og differentieret, hvilket dog her må være en anden historie om end det har den betydning, at muligheden for at gøre en opdagelse er blevet større. Metoden er alt i alt baseret på, at der er en forståelse af retskilderne. De retlige normer opstår ikke umiddelbart, men er baseret på retskilderne.

Ud fra denne opfattelse er det nærliggende at betragte præjudikatet som en opdagelse således som det også er tilfældet i common law (Loughlin 2000, p. 11) og derimod meget

---

8 I hvert fald ikke fuldstændigt, idet man kan forestille sig afgørelser, der har et delvist retskildemæssigt grundlag.

vidtgående og udtryk for en anderledes metodeopfattelse at se det som en opfindelse. Sidstnævnte indebærer nemlig, at forbindelsen mellem retskilde og norm kappes over, hvilket er udtryk for en frihed, der ikke er en sædvanlig del af det retlige system. Dommeren kan ikke frit vælge sin retlige norm og i den forstand bestemme hvad der er ret. Institutionelt udleder dommeren sin adkomst til at opdage retlige normer fra sin kompetence til at anvende ret (Olsen 2005, p. 591). Man går til domstolene for at få at vide hvad der er gældende ret. Det lægges derfor til grund her, at når der tales om domme, der anvender en ny retlig regel eller norm, menes der ikke ny i genuin betydning, men derimod ny forstået på den måde, at dommen ved sin sammensætning af retskildefragmenter har fundet en norm, som ikke tidligere er blevet fundet. Dette har været påkrævet netop for i den konkrete sag at give svaret på spørgsmålet om gældende ret.

Konsekvensen heraf er bl.a., at det er en misvisende terminologi at karakterisere visse domme som retsskabende. Domstolene skaber ikke ret forstået som retlige normer. Deres innovative funktion er mere beskeden, men på ingen måde uvæsentlig. Dommeren kan bedre sammenlignes med en stifinder, der leder frem til det rette sted på vejen. Denne opfattelse er ikke udtryk for nogen reduktion af domstolenes betydning for retsudviklingen også fordi man i og for sig kan føre den her angivne opfattelse videre til det generelle synspunkt, at der ikke er nogen bestemte institutioner, der skaber ret, men derimod er der mange forskellige fora, som bidrager til det fundament, der samlet udgør retten. Ingen retlig institution befinder sig i opfinderens rolle, men de kan alle levere elementer til det, der af og til bliver til opdagelser og et dynamisk bidrag til retten. Som fremhævet tidligere skaber lovgiver heller ikke ret, men bidrager til retten når denne forstås som de retlige normer. At lade domstolene være opdagende står således ikke i modsætning til at domstolene i nogle situationer kan være prægende eller styrende i forhold til hvad der bliver antaget som gældende ret, men angiver blot måden hvorpå dette sker. Denne forståelse udelukker ej heller, at en opdagende dom kan overraske det juridiske auditorium, men dog alligevel finde intersubjektiv accept. En opdagelse kan være uventet selvom andre kunne have gjort den samme opdagelse.

Man kan derfor spørge om det gør en forskel om disse domme betragtes som opdagelser eller opfindelser. Svaret herpå er, at ganske vist er iagttagelsen først og fremmest teoretisk, men den har også praktiske implikationer. Svaret har betydning for den måde, som domstolenes rolle i retssystemet opfattes på. Ved at forstå det såkaldte præjudikat som en opdagelse betones det, at domstolene ikke indtager nogen særposition i retssystemet og ikke er mere væsentlige end de andre retlige institutioner, der anvender retten. Alle institutioner kan opdage den gældende norm, men der er ikke nogen institution, inklusive domstolene, der alene skaber denne norm. Retsteorien bør derfor ikke cirkle om domstolene, men derimod inddrage alle retlige institutioner i dens bestræbelse på at forstå hvad ret er og hvorledes ret fungerer. Den praktiske konsekvens er endvidere, at de forventninger, der kan stilles til domstolene, bliver nedtonede, og at der tilvejebringes en mere realistisk forståelse af hvad der alment foregår ved domstolene. Som andre steder i retssystemet er det

brugen af den ordinære juridiske metode, der betinger de normer, som bliver brugt i de trufne afgørelser.

## 9 Præjudikatet findes

Svaret på spørgsmålet om hvorvidt der findes præjudikater er for så vidt bekræftende, og der er ikke nogen grund til at forlade en indarbejdet terminologi. Der findes domme, som opdager retlige normer, der hidtil har været ukendte. Disse domme fungerer som præjudikater. Dette er vigtige domme fordi de i særlig grad kan virke styrende i forhold til kommende afgørelser og kan ligeledes påvirke andre retlige institutioner. De er ydermere vigtige fordi de bidrager til retlig orden og retsenhed. Der findes dog ikke præjudikater hvis der herved forstås domme, der baserer sig på en retlig norm, som er uden forbindelse med de foreliggende retskilder, men er dannet på et andet grundlag. Sådanne opfindende domme eksisterer ikke, og på denne baggrund skaber præjudikatet ikke ret i betydningen egentligt nye normer. Lægges denne forståelse til grund kan præjudikatet fortsat være en vigtig brik i retskildelæren og retsteorien som sådan.

### Litteratur

- Blume, Peter. »Dommeren, fremtiden og retfærdigheden«, s. 21-27, *Retfærd* 109, 2005.
- Blume, Peter. *Rettenns veje og vildveje*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007.
- Stuer Lauridsen, Preben. *Retslæren*. København: Akademisk Forlag, 1977.
- Loughlin, Martin. *Sword & Scales*. Oxford: Hart Publishing, 2000.
- Olsen, Henrik Palmer. *Magtfordeling*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.
- Raz, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Ross, Alf. *Om ret og retfærdighed*. København: Nyt Nordisk Forlag, 1953.
- Zahle, Henrik. *Praktisk retsfilosofi*. København: Chr. Ejlers Forlag, 2005.