

Carsten Henrichsen

Moderne retsvidenskab

Bidrag til den nordiske debat om
retsstat, legalstrategier og juridisk metode



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2001

Moderne retsvidenskab

1. udgave

© 2001 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
eller mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Omslagsillustration: Morten Højmark
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers
Printed in Denmark 2001
ISBN 87-574-0492-5

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: fl@djoef.dk
Homepage: www.djoef.dk/forlag

Forord

Nærværende bog omfatter tre »mini«-afhandlinger, der hver på sin måde udspringer af og forholder sig til en debat om statsstyrets og rettens femtrædelsesformer, funktioner og konkrete implikationer, som har pågået specielt i den nordiske retslitteratur gennem de seneste par årtier, og som – her ved begyndelsen af det nye århundrede – fortsat er levende.

Den første af afhandlingerne er en analyse af statsstyrets udvikling og fremtidsmuligheder i det moderne samfund. Staten har i nyere tid udviklet sig til et center for retlig regulering af alle slags forhold, men måske har staten – som institution – overlevet sig selv. Dette er i hvert fald et perspektiv, som har optaget både samfunds- og retstænkningen i snart en menneskealder. Under etiketter som marxistisk retsteori og postmodernistisk retspluralisme er der fremført ideer og visioner om statsmagtens erodering og opsplitning på mange forskellige centre for beslutningstagning i samfundet. Afhandlingen »fortæller« en historie med en delvis anden pointe, hvor en ny statsform, »miljøstaten«, ses som mulig arvtager for den velfærdsstat, der er vokset frem op gennem 1900-tallet, og som måske nu er stødt på sin egen »vækstgrænse«. Analysen af statsstyrets udvikling kompletteres af en undersøgelse af de specifikt retlige fremtrædelsesformer, hvor især teorien om den refleksive ret inddrages som et muligt modstykke til den miljøstatslige konstruktion.

I forlængelse heraf gennemgås i den næstfølgende afhandling den nordiske såkaldte »legalstrategidebat«, som specielt retter sig mod den retlige reguleringsmuligheder i et moderne velfærdssamfund. Et fællestræk for de herom gældende teorier er deres – angivelige – emancipatoriske perspektiv, som synes at anslå et nyt paradigme i retstænkningen. Spørgsmålet i den forbindelse er, om disse teorier kan betragtes som et – frugtbart – svar på de problemer, som fremtidens samfund rejser, eller om de må tages som udtryk for en reaktion på disse problemer. I førstnævnte tilfælde kan teorierne ses som en løsning på overgangssamfundets problemer. I sidstnævnte tilfælde fremstår de derimod som et symptom på de selvsamme problemer, og må på den måde snarere selv betragtes som en del af problemerne. Mit eget svar på dette spørgsmål er, at teorierne et langt stykke af vejen må opfattes som udslag af nogle – ikke altid lige gennemreflekterede – tendenser i den aktuelle samfundsudvikling, og at de

som sådanne er mindre egnede til at indgå i et socialkonstruktivistisk projekt med sigte på at løse overgangssamfundets problemer.

Den tredje afhandling angår selve kernen i den retsvidenskabelige metier, den såkaldte juridiske metode. I en vis forstand indgår legalstrategier og juridisk metode som hinandens modsætninger. Hvor debatten om legalstrategier som udgangspunkt er en – værdiorienteret – retspolitisk debat om, hvilken karakter den retlige regulering og retsanvendelse bør have i praksis, angår spørgsmålet om den juridiske metode retsanvendelsen i teoretisk forstand. Hovedproblemet er her, hvilken videnskabelig målestok der skal anvendes – f.eks. en positivistisk målestok eller noget andet. Der er imidlertid også berøringsflader: Valg af legalstrategi kan have metodemæssige implikationer, og den juridiske metode er – ligesom legalstrategierne – påvirket af den virkelighed, som den skal anvendes på. Afhandlingen rummer i den henseende et forsøg på en rekonstruktion – og rehabilitering – af den positivistiske metode, hvorved det indskrives sig som et – ganske bevidst – opgør med de omtalte retsidealistiske strømninger i retsvidenskaben.

Det tanke- og idémæssige grundlag for bogens afhandlinger kan beskrives meget enkelt som på én gang en erkendelse af, at samfundet – og her har jeg som nævnt først og fremmest de nordiske velfærdssamfund i tankerne – befinder sig i en brydningstid, hvor nye teknologier og nye værdisæt trænger frem overalt, og en bestræbelse på at fastholde en kontinuitet i udviklingen, som sikrer, at man billedlig talt ikke »smider barnet ud med badevandet«. For selv om fornyelser og omstillinger er nødvendige – og også trænger sig på – i alle dele af samfundet, herunder i statsstyret og i den retlige regulering og retsanvendelse, betyder dette ikke, at vi på én gang skal til at opfinde helt nye styre- og reguleringsformer, eller at vi helt må opgive de kendte metodemæssige indfaldsvinkler på retten og dens anvendelse til konkrete formål. Snarere end at »opfinde den dybe tallerken« på ny, drejer det sig om at videreudvikle det bestående – de eksisterende samfundsstrukturer og praktikker – således, at det modsvarer (frem-)tidens krav.

Som sådan indskrives bogen sig som et bidrag til en moderne retsvidenskab, der forholder sig til tidens problemer på et på én gang fremtidsrettet og realistisk idégrundlag.

Bogen er udgivet med støtte fra *Det Finneske Legat*, for hvilken støtte jeg takker.

April 2001
Forfatteren

Indholdsfortegnelse

1. Del: Til den nordiske debat om retsstaten

Kapitel 1. Stat, ret og samfund	3
1.1. En norsk debat om »retsstaten«	3
1.2. Mod en teori om statsstyrets udvikling	6
Kapitel 2. Statsstyrets fremvækst og udvikling	11
2.1. Nationalstatens dannelse	11
2.2. Etablering af den borgerlige retsstat	13
2.3. Fremvæksten af en moderne velfærdsstat	16
2.4. Retssikkerhedsmæssige perspektiver	19
Kapitel 3. Kritikken af det velfærdsstatslige projekt	23
3.1. Den samfundsteoretiske debat	23
3.2. Grænser for velfærdsstatens udvikling	26
3.3. Efter velfærdsstaten – hvad så?	29
3.4. Miljøstaten som velfærdsstatens arvtager	33
Kapitel 4. Konfrontation med nyere statsteorier	39
4.1. Klassifikation af statsformer	39
4.2. Teorien om den norske embedsmandsstat	41
4.3. En faseteori om statsstyrets udvikling	47
4.4. Velfærdsstatens »lykkelige øjeblik«	52
Kapitel 5. Teorier om retsformernes udvikling	55
5.1. Teoretiske bestemmelser af retsudviklingen	55
5.2. Nonet/Selznicks teori om responsiv ret	57
5.3. Teubners teori om den refleksive ret	60
Kapitel 6. Vurderinger af den refleksive retsform	67
6.1. Ideen om selvregulering	67
6.2. Det systemteoretiske koncept	69
6.3. Neokorporatisme som diskursetik	71

6.4. Den refleksive ret og det politiske	73
Kapitel 7. Konfrontation med nyere retssociologisk teori	77
7.1. Teubners udviklingsmodel rekapituleret	77
7.2. Konfrontation med Håkan Hydéns udviklingsmodel	78
7.3. Dalberg-Larsens model af de aktuelle valgmuligheder	80
7.4. En slutbemærkning til »striden om retsstaten«	82
Litteratur	83

2. Del: Til den nordiske debat om letalstrategier

Kapitel 1. Udviklingen af den moderne retsvidenskab	89
1.1. Paradigmer i retsvidenskaben	89
1.2. Udfordringen af det traditionelle juridiske paradigme	91
Kapitel 2. Alternativ jus og nynormativisme	95
2.1. 1970'ernes nymarxistiske retsskoler	95
2.2. Udkast til en marxistisk retsteori	97
2.3. Reaktioner på Lars D. Erikssons »utkast«	99
Kapitel 3. Ideologikritik og friretlige tendenser	103
3.1. Ideologikritiske retsopfattelser	103
3.2. Friretlige tendenser i retsdogmatikken	104
3.3. Retsdogmatik og retspolitik	108
Kapitel 4. Kvinderetten og den refleksive ret	113
4.1. Ret og radikal-feministiske værdier	113
4.2. Tabet af det utopiske perspektiv	114
4.3. Retsudvikling og velfærdssikring	116
4.4. Kvinderet som retsvidenskab	119
Kapitel 5. Styringsjus og retssikkerhedsjus	123
5.1. En norsk kritik af »styringsjussen«	123
5.2. Om »retssikkerhedsjussen« som alternativ	125
Kapitel 6. Polycentriske og retsøkologiske perspektiver	127
6.1. Det danske polycentriprojekt	127
6.2. Den pluralistiske retsskole	130

6.3. Den autopoietiske retsopfattelse	134
6.4. Postmodernistisk dissensustænkning	136
6.5. Polycentri og retssikkerhed	138
Kapitel 7. Alternative legalstrategier versus retssikkerhed	141
Litteratur	143

3. Del: Til den nordiske debat om juridisk metode

Kapitel 1. Den juridiske metodelæres kalamiteter	151
Kapitel 2. Retsbegrebet – empirisk og normativt	157
2.1. Retsbegrebet – en foreløbig definition	157
2.2. Om retsnormer som pligtnormer	160
2.3. Retsregler og retlige metanormer	164
2.4. Materielle og formelle aspekter	167
Kapitel 3. Retsvidenskaben og dens »almene lærer«	171
3.1. Retssystemet og dets grundelementer	171
3.2. Retsvidenskabens teknik og metode	173
3.3. Metanormernes retlige status	176
Kapitel 4. Den juridiske normlære	179
4.1. Retsvidenskaben som argumentationsvidenskab	179
4.2. Forholdet mellem teori og praksis	183
4.3. Forholdet mellem ret og moral	188
4.4. Forholdet mellem ret og legitimitet	193
Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære	199
5.1. Retsteori og retspraksis	199
5.2. Retsdogmatik og retspolitik	201
5.3. Stuer Lauridsens kohærenslære	205
5.4. Særligt om folketingsbeslutninger – et eksempel	209
5.5. Retsvidenskab og empirisk analyse	211
5.6. Offentligt ansattes ytringsfrihed – et eksempel	216
Kapitel 6. Den juridiske retskildelære	219
6.1. Retskildebegrebet	219

6.2. Den polycentriske retskildelære	222
6.3. Polycentriteoriens gennemslag i retsvidenskaben	228
Kapitel 7. Til rekonstruktion af metodelæren	233
7.1. Den pyramidalske retskildeopfattelse	233
7.2. Til kritikken af den polycentriske retskildeopfattelse	238
7.3. Særligt om retssikkerhedsaspektet	241
7.4. Retssystemets »grundnorm« og »cirkularitet«	243
Kapitel 8. Perspektiver for en videreudvikling af retsvidenskaben	247
8.1. For en »realistisk« retsvidenskab	247
8.2. For en »dynamisk« retsvidenskab	249
Litteratur	250
Personregister	257
Stikordregister	259

1. Del
Til den nordiske debat
om retsstaten

KAPITEL 1

Stat, ret og samfund

1.1. En norsk debat om »retsstaten«

Når jurister befatter sig med staten og statsstyrets værdigrundlag, er det normalt med udgangspunkt i den specifikt juridiske etiket »retsstaten«. I al sin uklarhed er der i hvert fald en kerne i dette begreb, som alle eller de fleste jurister kan tilslutte sig, nemlig den ideale forestilling om, at statsstyret ved den retlige regulering af samfundslivet skal respektere individets integritet og frihed, og at myndighedernes retsanvendelse i konkrete sager skal ske med respekt for borgernes retssikkerhed.¹ Som sådan – det vil sige som juridisk fagspecifik kategori – hører det til sjældenhederne, at retsstaten påberåbes i den offentlige debat om statsstyrets anliggender. Retlige problemer ved statsstyrets virksomhed omtales hellere under de mere jordnære etiketter som »menneskerettigheder« og borgernes »retssikkerhed«, og temaer i debatten er ofte forholdet mellem sådanne retlige og andre – mere eller mindre kontradiktoriske – værdier, såsom hensynet til statsstyrets legitimitet og effektiviteten af det offentliges virksomhed. Retsstaten som sådan er derimod ikke – eller kun sjældent – til debat. Denne tages oftest som en given – nærmest sakrosant – størrelse, hævet over den daglige, pulveriserende samfundsdebat.

Norske avislæsere kunne ikke desto mindre i forårsmånederne 1984 opleve en særegen debat mellem universitetsfolk om netop »retsstaten«.² Samtidig startede en faglige debat om dette begreb mellem jurister, »statsvitere« (politologer) og historikere, hvor der blandt de sidstnævnte var blevet lanceret en opsigtsvækkende nyfortolkning af Norges nyere historie med baggrund i nogle ligeledes nye samfundsteoretiske udlægninger af retsstatens historiske og

1. Se *Henrichsen* 1997 s. 62ff med yderligere henvisninger.

2. *Hans Frederik Dahl, Ole Jakob Bae, Thomas Mathiesen og Rune Slagstad* i *Dagbladet* 3/3, 8/3, 16/3 4/4 og 13/4 og *Hans Petter Graver* i *Arbeiderbladet* 27/3 og 27/4.

Kapitel 1. Stat, ret og samfund

aktuelle betydningsindhold.³ Denne rent faglige debat vender jeg tilbage til senere i denne afhandling.⁴ Her skal blot fremhæves nogle hovedpunkter af den pressedebat, der opstod om det retsstatslige fænomen – mere eller mindre som en udløber af de nævnte nyfortolkninger af norsk samtidshistorie. Den konkrete baggrund for denne debat lader jeg ligge, selv om den ellers kunne være alvorlig nok.⁵ Det er alene de principielle aspekter, som jeg her hæfter mig ved, idet disse i særlig grad er egnet til at illustrere den problematik vedrørende statsstyrets udvikling, som er genstand for denne afhandling.

Kernen i striden mellem de debattører, som meldte sig i den norske pressespalter, var spørgsmålet om den indholdsmæssige rækkevidde af retsstatsideen. Det er da karakteristisk, at hvor statsviterne henviste til den klassiske forståelse af retsstaten som et principielt »afpolitiseret« fænomen, hvor alene loven – forstået som stabile regelværker uden større ændringsmuligheder – skal regere og samtidig fungere som et værn for borgerne mod vilkårlige statslige indgreb, ville juristerne anlægge et på én gang bredere og mere »moderne« syn på retsstaten som et udtryk for en statsform, hvor også statsmagtens funktion i nyere tid som en garant for sociale rettigheder og en løbende – politisk betinget – tilpasning af regelværkerne til samfundets forandringer over tid indfortolkes. De forskellige positioner repræsenteres af juristen Hans Petter Graver og statsviteren Rune Slagstad som et par af kombattanterne i denne debat.

*Hans Petter Graver*⁶ udtrykker sin kritik af statsviterens position med ordene: »Å forfekte rettstaten som avpolitiseret idé bygger opp under myten om at samfunnsmedlemmerne har fellesinteresser som kan koordineres av den 'objektive juss'«, og han viser polemisk hen til, at »det var et rettstatsprinsipp av denne snevre type Anatole France karakteriserte i sin berømte uttalelse om, at 'loven' i sin majestetiske streben etter likhet, forbyr så vel den rike som den fattige å sove under broene, å tigge i gatene og å stjele brød«. Graver understreger i fortsættelse heraf, at »'rettstat' like lidt som andre juridiske begreper kan forstås løsrevet fra et bestemt politisk innhold«, og at dette indhold må forstås i lyset af de konkrete ideer om statsstyre og menneskerettigheder, som har bærekraft i nutidens samfund – i konstitutionen, i loven og i myndighedernes praksis. På denne baggrund lægger Graver til grund, at retsstatsideen i dag har

3. Ophavsmanden til denne nyfortolkning er den norske historiker *Frances Sejersted* 1984, der udviklede sin teori på baggrund af Jürgen Habermas' analyser af den borgerlige offentlighed (*Habermas* 1974), jfr. herom nærmere *Henrichsen* 1991.263 og *samme* 1997 s. 66ff.
4. Jfr. nedenfor kap. 4.2.
5. Debatten udsprang bl.a. af en påstået grundlovsstridig praksis i visse sikkerhedspolitiske sager, jfr. *Ole Jakob Bae*, *Dagbladet* 8/3 1984.
6. *Arbeiderbladet* 27/3 1984 (»Rettstaten som prinsipp og mote«).

et andet og langt videre betydningsindhold, end da ideen om retsstaten oprindeligt blev født i 17-1800-tallet.

Graver får det glatte lag af *Rune Slagstad*,⁷ der karakteriserer juristernes position som udtryk for en modsatrettet, velfærdsstatsligt inspireret opfattelse, og som finder det stærkt misvisende og udtryk for en »intellektuel slaphet« at fremstille denne nye statsform som retsstatens moderne realisering. »Gør man det«, fortsætter Slagstad, »definerer man bort den helt centrale konflikt i vårt statssystem mellom hensynet til retsstatens prinsipper og hensynet til velfærdsstatens«, og han spår, »at avveiningen mellom disse to, til dels konflikterende hensyn, vil måtte bli et hovedtema i vår politiske debatt i en situasjon da den nye edb-teknologi drastisk utvider statsmaktens kontrollmuligheter«.

Hvor juristen (Graver) således betragter retsstaten som et fortidigt projekt, der for længst er blevet transformeret til noget nær sin egen modsætning, velfærdsstaten, ser statsviteren (Slagstad) den selvsamme statsform som et endnu ufuldendt projekt, der står i skarp kontrast til de velfærdsstatslige værdier. Og hvor juristen videre placerer retsstaten som en borgerlig-liberal idé, antager statsviteren, at velfærdsstaten udspringer af en socialdemokratisk lighedstanke, fjernt fra retsstatens idé. I begge tilfælde anses de tilgrundliggende værdier som udslag af særinteresser, henholdsvis borgerskabets og arbejderklassens. Hvad retsstaten er for Graver – en idé om statsstyrelsen, som er forankret i (borgerskabets) særinteresser – er velfærdsstaten for Slagstad – en styreform, der er udviklet for at fremme arbejderklassens særinteresser. Og disse grundindstillinger modsiges energisk, som når Slagstad fremhæver de klassiske retsstatslige ideer som et udtryk for nogle almengyldige principper, mens Graver omvendt ser de moderne velfærdsstatslige værdier som et materielt modstykke til de formale retsgarantier under retsstaten.

Debattørerne synes dermed at have manøvreret sig ind i nogle modsatrettede positioner, som næppe er særlig frugtbare for en dialog om statsstyrets stilling i nutidens samfund. På den ene side har man påstanden om en universel konflikt mellem retsstatens og velfærdsstatens værdier og på den anden side hører postulatet om den moderne – sociale, demokratiske – retsstats iboende modsætninger. Det er to vidt forskellige fortolkningsmodeller, hvis anvendelse til konkrete analytiske formål selvsagt kan og må føre til forskellige resultater og vurderinger, som når Slagstad antager, at den gryende elektroniske tidsalder vil være en – velfærdsstatsligt betinget – udfordring for de klassiske retsstatslige principper, mens det samme fænomen i en moderne retsstatslig optik måske i virkeligheden snarere må betragtes som en udfordring for de sociale retsstatslige værdier.

7. Dagbladet 4/4 1984 (»Rettstaten før og nå«).

Kapitel 1. Stat, ret og samfund

I denne afhandling analyseres statsstyrets udvikling fra grunden af i håbet om at nå frem til en afklaring af, hvilken af de to nævnte modeller – om nogen af dem overhovedet – der kan betragtes som et frugtbart analyseredskab i samfundsdebatten. Udgangspunktet herfor er nogle overordnede forestillinger om samspillet mellem statsstyrets og samfundets udvikling og forandringer over tid, som jeg tager op i det følgende. Herefter analyseres statsstyrets fremvækst og udvikling (kap. 2), hvorefter der særligt fokuseres på den kritik af det velfærdsstatslige projekt, som især var et hovedpunkt 1970'ernes og 80'ernes stats- og samfundsteoretiske litteratur (kap. 3). På baggrund heraf udvikles en egen statsteoretisk position med sigte på afklaring af statsstyrets fremtidige udviklingsmuligheder.

De teoretiske stipulationer konfronteres siden med de teorier om stat, ret og samfund, som i særlig grad har præget samfundsdebatten i nyere tid, herunder teorier om velfærdsstatens krise og om problemer i den aktuelle retsudvikling (kap. 4). I denne sidstnævnte forbindelse behandles de særlige teorier om responsiv og reflektiv ret, der er udviklet som et svar på tidens problemer (kap. 5). Disse modeller har givet anledning til en righoldig debat i den retsteoretiske litteratur, der ligeledes refereres (kap. 6). Denne debat følges afslutningsvis til dørs med en omtale af nogle udviklingsmodeller, som er frembragt i nordisk retsteori, og som danner udgangspunkt for en præcisering af mine egne standpunkter i debatten (kap. 7).

1.2. Mod en teori om statsstyrets udvikling

Teorier om statsstyrets udvikling vil som oftest være funderet i en eller anden form for samfundsteoretisk analyse. Det grundlæggende analytiske udgangspunkt er da typisk opfattelsen af staten som en institution eller et (del-)system i samfundet og en dermed forbunden forestilling om en sammenhæng mellem dette systems struktur og dets funktioner. Statsstyret antages således at være tilpasset de samfundsmæssige funktioner, som dette delsystem skal varetage, og dette med god grund. En hvilken som helst del af samfundet må strukturelt set være indrettet på at fremme de – skiftende – krav, som samfundsudviklingen betinger med hensyn til ordningen af forholdet mellem individ, stat og samfund. Det gælder for staten som for det administrative apparat og andre dele af samfundssystemet – i hvert fald når udviklingen anskues i et helhedsmæssigt,

1.2. Mod en teori om statsstyrets udvikling

holistisk, perspektiv, og når forholdene i øvrigt anskues på et overordnet, *aggregeret*, niveau.⁸

De krav, som samfundsudviklingen stiller, er – ideelt set – ensbetydende med de pågældende delsystemers samfundsmæssige funktioner. Disse funktioner fremtræder derfor analytisk set som den relevante forklaringsmæssige variabel i forhold til de indre strukturer, som kendetegner disse systemer. At reducere dette forhold mellem omgivelser, funktioner og strukturer til en enkelt årsag-virkningsrelation vil dog naturligvis være en overforenkling, der vil gøre det vanskeligt eller umuligt at erkende endsige forklare afvigende udviklingstræk hos konkrete systemer, og som vil kunne gøre det endnu vanskeligere at forstå, hvordan et én gang etableret system kan omstille sig til ændrede krav. Den hypotetiske variabel, der skal forklare sådanne fænomener, kan betegnes som systemets »*ledelse*«,⁹ dets evne til at vælge fremtid, og herunder i princippet også vælge en fremtid, der så langt fra er afpasset efter omstændighederne. Det kan så i givet fald betyde, at systemet risikerer at blive nedbrudt af omgivelsernes påvirkninger, eller – hvis systemet er tilstrækkelig modstandsdygtigt – at det, i hvert fald for en tid, kan undertrykke eller måske ligefrem sætte »udviklingen« i stå. En sådan ledelse er ikke noget strukturelt fænomen, men netop en *egenskab*, som et hvilket som helst (del-)system kan besidde i større eller mindre omfang – i princippet ganske uafhængigt af, hvem der i øvrigt formelt måtte spille de ledende roller i det pågældende system.

De teorier om statsstyret, der skal drøftes i det følgende, er – hypotetisk – »afledet« af nogle samfundsteoretiske stipulationer. Den hypotetiske antagelse er af typen: Givet en vis samfundsformation, forstået som en bestemt konstellation af teknologi og værdinormer, kan man forvente udviklingen af bestemte stats-, administrations- og retsformer. De pågældende delsystemers fremtrædelsesformer bestemmes herved analytisk som idealtypiske kategorier med et historisk-specifikt fæste. Det idealtypiske element bevirker, at kategorierne kan fremstilles som indbyrdes sammenhængende på en sådan måde, at de *under ét* kan antages at forklare den fortsatte udvikling af den pågældende samfundsformation. Samtidig må kategorierne imidlertid analyseres med henblik på at afdække indre modsætninger, der kan forklare deres respektive udvikling og forandring over tid.

Med dette formål analyseres i det følgende statsformernes udvikling og forandring, idet der herved lægges særlig vægt på at efterspore og afklare de aktuelle valgmuligheder for en videreudvikling af statsstyret i overensstemmel-

8. Cfr. nedenfor kap. 4.2 med kritik af det *reduktionistiske* perspektiv på statsstyrets udvikling, som Francis Sejersted 1984 anlægger.

9. Se om dette begreb Jens Gunst *m.fl.* 1985 s. 17ff.

se med de igangværende sociale og teknologiske forandringer af samfundet.¹⁰ Hermed antages der at finde en udvikling sted fra en klassisk-liberal retsstat til en social-liberal velfærdsstat, med en post-liberal miljøstat som en mulig – og i hvert fald »logisk« – arvtager. Som et modstykke til denne statsteori kan der i forvaltningsteorien findes en parallel beskrivelse af den offentlige forvaltnings udvikling fra et juristdomineret bureaukrati til et professionsbaseret teknokrati, hvortil det multidisciplinære adhoc-rati føjer sig som en nærliggende fremtidsmulighed.¹¹ Tilsvarende beskrives retssystemets udvikling i (dele af) moderne retsteori som en udvikling fra formel til materiel ret, med den såkaldte refleksi-ve ret som en hypotetisk fremtidsmulighed.¹²

For den indforståede iagttager af de historiske og aktuelle udviklingstenden-der i samfundet er der ikke så meget nyt at hente i disse etiketter. Stats-, administrations- og retsformernes udvikling har været drøftet indgående gen-nem de seneste årtier under anvendelse af disse eller lignende betegnelser. Ikke mindst *Jørgen Dalberg-Larsens* snart klassiske studie, »Retsstaten, velfærdssta-ten og hvad så« (1984), indeholder en bredt anlagt analyse af udviklingen af retsordenen i det moderne samfund, som mere eller mindre detaljeret beskæfti-ger sig med de heromhandlede delsystemers udvikling. Tilmed indgår et par af de centrale begreber – »retsstat« og »velfærdsstat« – i titlen på denne afhand-ling. Som det imidlertid også fremgår af titlen, har Dalberg-Larsen forsynet den videre udvikling med et spørgsmålstejn. Forfatteren gør sig rigtignok sine overvejelser om de fremtidige udviklingsmuligheder, men disse betragtninger er i sagens natur af noget løsere karakter og som sådan i højere grad åben for diskussion.

Det er for så vidt netop denne debat, som jeg her ønsker at genoptage – nu med et mere direkte normativt, handlingsteoretisk perspektiv end det, Dalberg-Larsen selv anlægger i sin afhandling. Denne forfatters analyser er bredt anlagt med inddragelse af – og i konfrontation med – stort set hele rækken af sam-fundsfilosofiske og -videnskabelige tankeretninger. Dalberg-Larsen markerer herved en holdning – og herunder også en forskningsstrategisk position – som jeg fuldt ud kan tilslutte mig. Det gælder også dér, hvor forfatteren – og det gør han ofte – retter skarp kritik mod fundamentalistiske synspunkter i samfundsvi-denskaberne. Især må hans påvisning af, hvorledes yderligtgående samfundsfor-skere på alle fløje kan mødes i deres konsekvente afvisning af det til enhver tid

10. Se om sociale og teknologiske forandringer af det moderne samfund *Henrichsen* 1997 s. 42ff og s. 593ff og *samme* 2000.39.

11. *Henrichsen* 1999 s. 62ff.

12. *Dalberg-Larsen* 1984 s. 197f med henvisning til *Gunther Teubner* (1982, 1983); denne terminologi er overtaget af *Henrichsen* 1997 s. 593ff.

1.2. Mod en teori om statsstyrets udvikling

bestående og endda – som et par af de store »navne« i samfundsforskningen, Hayek og MacIntyre – påkalde sig »de gode gamle dage« i middelalderen, forekomme tankevækkende.

Hvad man derimod nok i nogen grad kan savne i analyser som Dalberg-Larsens, er udvikling af en selvstændig, konsistent teori med handlingsmæssige implikationer. Det er en sådan teoriudvikling, som jeg her vil koncentrere mig om, idet jeg så til gengæld må afstå fra at gå i detaljer med de mange forskelligartede synspunkter, der har været fremsat i samfundsfilosofi og -videnskab om disse emner. Den følgende analyse af statsstyrets udvikling er således (mere) »målrettet« (normativ) og uden intentioner om at fremdrage og forholde sig til alt, hvad der måtte være skrevet og tænkt om forholdet mellem stat, forvaltning og borger. Inddragelse af anden litteratur vil kun ske selektivt og i reglen med sigte på at illustrere de centrale pointer i analyserne.

KAPITEL 2

Statsstyrets fremvækst og udvikling

2.1. Nationalstatens dannelse

Samfundets udvikling kan – i meget grove træk – forstås på baggrund af de krav og ønsker, som de til enhver tid herskende grupper i befolkningen prioriterer, det være sig krav om basale goder som føde, klæder og bolig, om materielle velstandsgoder og social tryghed i tilværelsen eller om kognitive goder i form af indflydelse på egen tilværelse og mentale udfordringer i arbejdslivet. Disse krav og ønsker skifter over tid – typisk på den måde, at de mere grundlæggende behov må være opfyldt, førend der samler sig tilstrækkelig interesse om andre behov til, at det får nogen konsekvenser for den sociale værdifordeling.¹³ De fysiske og sociale teknologier kan i denne forbindelse betragtes som midler til realisering af samfundsmål som de nævnte, og fornyelsen af disse teknologier er et andet karakteristisk træk i samfundsudviklingen, som indvirker på samfundets arbejdsdeling og specialisering med deraf følgende dannelse af befolkningsgrupper med egne særskilte interesser, såsom bønder, arbejdere og funktionærer m.fl.

De skiftende krav til fordelingen af samfundets værdier sætter sig i første omgang igennem over for statsmagten som den institution i samfundet, der har den fornødne magt til at realisere idealerne med virkning for hele samfundet. Skønt staten er – som historisk-specifik institution – selvsagt ikke nogen universel eller uforanderlig størrelse. Statsstyret er, om ikke en refleks af de samfundsmæssige forhold og de krav om et retfærdigt samfund, som disse forhold betinger, så dog efterhånden et centralt – og i perioder *det* centrale – element i samfundsstyringen. Statsstyret i dets nuværende udformning, som et styre for en nation – *nationalstaten* – begynder at tage form i middelalderen, hvor de

13. Jfr. Maslows klassiske behovspyramide (*A.H. Maslow 1970*), som nærmere omtalt af *Henrik Palmer Olsen 1997 s. 173f.*

Kapitel 2. Statsstyrets fremvækst og udvikling

mange fyrstedømmer – efter princippet om »survival of the fittest« – samles i stadig større geografiske enheder, typisk med en fælles kultur, og et fælles sprog, og i alle tilfælde med et fælles retssystem til regulering af samvirket mellem statens borgere.¹⁴

Et statsstyre i nutidig forstand, det vil sige et centralt styre for hele nationen, er der dog endnu langt fra tale om. Staten repræsenteret ved kongehuset har endnu ikke magt til at kontrollere riget i alle henseender. Nogen centralforvaltning af betydning findes ikke på den tid, og lokalforvaltningen udøves mere eller mindre autonomt af det til adelen hørende aristokrati, foruden af kirken, der efterhånden spiller en betydelig rolle i kraft af sine voksende jordbesiddelser. Noget fælles retssystem findes således heller ikke i dette feudalsamfund. Et sådant skabes i Danmark først med enevældens indførelse i 1600-tallet.¹⁵

Med den enevældige styreform realiseres imidlertid statsstyret i nutidig forstand som et *omnipotent* styre med adgang til at gribe ind i og kontrollere alle dele af samfundet.¹⁶ Indførelsen af denne styreform skal netop ses på baggrund af det opsplittede retssystem, som den hidtidige udvikling havde medført, og som efterhånden udgjorde en hindring for handel og andet samkvem mellem de enkelte lokalsamfund. Enevælden var således langt fra et resultat af, at kongehuset tiltvang sig al magt i samfundet. Forholdet var tværtimod det, at befolkningsklasserne – stænderne og herunder specielt borgerskabet¹⁷ – enedes om at overlade magten til kongen for netop at skabe betingelserne for, at vare- og andet samkvem kunne indrettes efter et fælles sæt af regler.

Imperiebygningen under en række af enevældens statsstyrer repræsenterer en *potensering* af nationsideologien. Nationerne skulle bevise deres eksistensberettigelse gennem ydre styrke og rivalisering, hvorunder den nye verden gradvis blev »opdaget« og underlagt de stærkeste nationer. Det er den *merkantilistiske* ideologi, som på den tid er dominerende for varesamkvemet mellem staterne indbyrdes og mellem disse og deres oversøiske kolonier. Indadtil finder denne ideologi udtryk i en nok så håndfast statslig beskyttelse af den tids dominerende erhverv: handel, håndværk og landbrug – ligesom det almene velfærd i det hele

14. Se hertil Øyvind Østerud 1978.9 s. 10, som definerer et statssamfund som et samfund, hvor »politisk makt institusjonaliseres under en suveren territorial makt«. Om statsstyrets udvikling i Danmark »fra enevælde til liberal velfærdsstat«, se Tim Knudsen 1993.21.

15. Ditlev Tamm 1996 s. 21. De såkaldte »landskabslove« fra 1200-tallet betegner i så henseende vigtige ansatser til en fællesnational retlig regulering, men et samlet retssystem fik Danmark først i det 17. århundrede.

16. Tim Knudsen 1993.21 s. 23ff.

17. *Ibid.* s. 24.

2.2. Etablering af den borgerlige retsstat

søges fremmet gennem et fintmasket net af detailforkrifter for borgernes gøren og laden, den såkaldte »politiret«.¹⁸

Det er ikke mindst mod denne merkantilistiske ideologi, at oplysningstidens og det fremvoksende borgerskabs krav om »frihed, lighed og broderskab« rettes. Den erhvervsmæssige udvikling, der hidtil har fundet sted i ly af den enevældige statsmagts beskyttende foranstaltninger, truer nu med at sprænge rammerne for samme. Beskyttelsesforanstaltningerne er ikke blot unødvendige, men en hæmsko for den videre udvikling af handel, håndværk og landbrug. Efter den ideologi, der nu med støtte fra den tids samfundsfilosofi (Jeremy Bentham og Adam Smith) begynder at vokse frem, skal statsstyrets magt begrænses – ja, mere end dette: Staten skal gøres til et redskab for en erhvervsmæssig udvikling baseret på markedsøkonomiske principper. Ophævelsen af stavnsbånd, laugsbindinger og handelsrestriktioner er mærkesagerne i denne borgerskabets ideologi, der grundlæggende tager sigte på at fremme den enkeltes *selvansvarlighed*.

2.2. Etablering af den borgerlige retsstat

Med de borgerlige revolutioner i 1800-tallet realiseres ideen om retsstaten, den til loven bundne statsmagt, hvis strukturelle (ny-)ordning repræsenterer det første skridt henimod en demokratisering af statsstyret.

Den retsstatslige konstruktion er behandlet andetsteds, for så vidt angår dens retlige implikationer og i den forbindelse også den historiske udvikling af statsstyret fra en klassisk-liberal til en moderne social retsstat.¹⁹ Her skal retsstatens fremvækst og udvikling sættes ind i en bredere politisk sammenhæng for at få et skarpere billede af denne statsforms historisk-specifikke egenart, herunder med hensyn til de værdier, den repræsenterer, såvel som med hensyn til de samfundsmæssige funktioner og indre strukturer, den implicerer. Formålet er at klarlægge, hvorfor retsstaten opstår, hvorfor den gradvist skifter karakter for sluttelig at »slå over« i en kvalitativt anderledes – nærmest modsatrettet – statsform, social- eller velfærdsstaten, samt hvilke perspektiver der i øvrigt er forbundet med den videre udvikling af statsstyret.

Retsstatens primære funktion og eksistensberettigelse er, som allerede fremhævet, at garantere borgernes *retssikkerhed*. Opfattet i sin historisk-specifikke egenart repræsenterer retsstaten herved to væsensforskellige – men i den historiske situation tæt sammenhørende – elementer af betydning for denne

18. Henning Koch 1985.38 og Inger Dübeck 1993.99.

19. Se Henrichsen 1991.263 og samme 1997 s. 57ff (især kap. 2.2-4).

Kapitel 2. Statsstyrets fremvækst og udvikling

grundværdi. Det er på den ene side ideen om det »bundne« statsstyre, om et statsstyre, der er bundet af og til loven. Og det er på den anden side ideen om det »begrænsede« statsstyre, om en statsmagt, der ikke intervenserer i privatfærens anliggender. Retsstaten markerer herved i sin fuldt udviklede form et skarpt skel mellem på den ene side politik og administration, mellem lovgivning og udførelse af lovene, og på den anden side mellem stat og samfund, mellem det offentlige og det private. Netop ønsket om at gennemtvinge og fastholde disse skarpe skel betinger den særlige strukturelle udformning, som statsstyret får på den tid gennem etableringen af henholdsvis den *magtfordelte* stat – der sikrer adskillelsen mellem politik og administration – og den *konstitutionelle* stat – der sikrer adskillelsen mellem det offentlige og det private.

Ideerne om det bundne og det begrænsede statsstyre er omfattet af den retssikkerhedsopfattelse, som de borgerlige revolutioner afspejler. Det drejer sig i begge tilfælde om at sikre den forudsigelighed i statsstyrets og varesamkvemets forhold, der altid har været fremhævet som et centralt kendemærke for retsstaten. Det er som sagt netop den *samtidige* realisering af disse ideer, der karakteriserer og særpræger denne statsform. Taget hver for sig er disse ideer således ikke nye. En binding af samfundsmagten til loven har været kendt langt tilbage i middelalderen. *Jyske Lov* fra 1241, der i fortalen giver kongen til opgave at sikre lovenes overholdelse og at skride ind over for lovovertrædere, er et eksempel herpå. Men også under enevælden havde princippet betydelig gennemslagskraft, om ikke formelt så dog i praksis. Den enevældige konge, der med *Danske Lov* fra 1683 sørgede for at reetablere retsenheden i Riget, beholdt sig ret til at fravige de i lovbogen optegnede regler, men i praksis benyttede kongen sig kun undtagelsesvis heraf, og da i reglen efter ansøgning fra borgerne selv.²⁰

Alligevel repræsenterer retsstaten på dette punkt en udvidelse af forestillingerne om, hvad retssikkerhed kunne betyde. Vendt mod enevældens omfattende *politiret*, der gennem en stadig strøm af kongelige forordninger regulerede borgernes gøren og laden ned i mindste detaljer, lå der i retsstatsideen en forudsætning om retsordenens relative *stabilitet* over tid. Rammerne for samfundslivet skulle så vidt muligt sættes ved lov, men var de først én gang fastsat,

20. *Dalberg-Larsen* 1984 s. 53f. – Enkelte områder frembyder dog en righoldig administrativ dispensationspraksis, hvorved der udviklede sig en retsdannelse på tværs af *Danske Lov*; således med hensyn til familieretten, hvor der ofte blev meddelt separation og skilsmisse uden for de i loven angivne tilfælde, jfr. *Ditlev Tamm* 1996 s. 145. Cfr. med hensyn til stillingsbesættelser, hvor kongerne under hele enevælden deltog personligt i udnævnelserne til statens embeder med henblik på at sikre loyale statstjenere, og hvor de enevældige konger ikke mindst fastholdt en stærk personlig kontrol med militæret, jfr. *Tim Knudsen* 1993.21 s. 25f.

2.2. Etablering af den borgerlige retsstat

måtte borgerne kunne indrette sig herefter i tillid til, at de ikke senere ville blive genstand for hyppige ændringer. Forudsigelighedskravet omfattede således ikke blot de elementære tilfælde af magtmisbrug i form af brud på loven, men altså også et videregående krav om ikke at benytte lovgivningen som et instrument til styring/ændring af de samfundsmæssige forhold.

Den norske historiker *Francis Sejersted* (1984) mener ligefrem at kunne påvise, at denne videregående udlægning af retssikkerhedens idé har fundet udtryk i en egentlig *retlig* forpligtelse for statsmagten, i hvert fald i 1800-tallets Norge. Selv om denne antagelse har været omdiskuteret i norsk historie- og retsteori, og utvivlsomt også må afvises for Danmarks vedkommende, kan man imidlertid vanskeligt se bort fra muligheden af, at sådanne forestillinger tendentielt har spillet en rolle i *praktisk politik*. Kravet om en vis stabilitet i lovværket synes i hvert fald at ligge i naturlig forlængelse af retssikkerhedstanken på den tid.

Den anden del af retssikkerhedsideen – begrænsningen af statsmagten og den hermed forbundne magtfordeling – var for så vidt heller ikke ny. Senmiddelalderens *håndfæstninger* og i det hele samfundsmagtens fordeling på konge, kirke og adel kan ses som en håndfast udgave af denne tanke, omend her realiseret på en ganske anden baggrund. Hvor magtdelingen dengang skulle beskytte adel og kirke mod tidlig indblanding fra kongen, skal den magtfordelte stat, der afløser enevældens statsstyre, beskytte borgerskabet (og de frie bønder) mod statslig indblanding i privatsfærens anliggender. Det magtfordelingsprincip, der hermed introduceredes i overensstemmelse med *Montesquieus* ideer, er for så vidt ikke nogen ny tanke, men et udslag af det »del og hersk«-princip, der også tidligere i historien har været praktiseret i mere eller mindre formaliserede former. Forskellen er, at 1800-tallets stater fremtræder som konsoliderede magtapparater, hvis omnipotens i lovgivningsmæssig henseende for længst er blevet anerkendt. Problemet har derfor her bestået i at underlægge denne magt en form for kontrol.

Selv om *demokratiet* sædvanligvis antages at blive født med 1800-tallets borgerlige retsstater, er den demokratiske tanke – i nutidig forstand – ikke noget fremtrædende element i statsstyret på den tid. Tværtimod ansås retsstat og demokrati som uforenelige størrelser, og den senere udvikling af statsstyret kan da også – med Sejersted (op. cit.) – beskrives som en kamp mellem retsstatslige og demokratiske værdier. Demokrati, forstået som et bredt funderet »folkestyre«, der har overherredømmet i alle lovgivningsmæssige anliggender, var for 1800-tallets borgerskab et »pøbelstyre«, en despotisk statsform på linje med enevælden, som kunne risikere at nedbryde den garanti for en stabil retsorden og en forudsigelig retsanvendelse, som retsstaten mentes at repræsentere. Hvad borgerskabet her især frygtede, var, at samfundøkonomiske spørgsmål skulle

Kapitel 2. Statsstyrets fremvækst og udvikling

komme til at optage den offentlige debat med den virkning, at der blev skabt et pres for at løse eventuelle sociale problemer ad lovgivningens vej. Idealet var derfor en *afpolitiseret statsform*, hvor samfundsstyringen og dermed den offentlige debat kunne indskrænkes til spørgsmålet om rammerne for varetagelsen af privatsfærens anliggender.

2.3. Fremvæksten af en moderne velfærdsstat

Det er imidlertid karakteristisk, at denne helt fundamentale forudsætning for statsstyrets virksomhed på den tid nedbrydes så at sige »indefra«. Den retsstatslige konstruktion har tydeligvis lovet mere, end den kunne holde. Det gælder på det strukturelle plan med hensyn til de borgerlige frihedsrettigheder, som trods deres almene karakter i realiteten – med den etablerede, stærkt restriktive, valgordning til de styrende organer – kun var forbeholdt et fåtal af befolkningen: De borgere, der som ejendomsbesiddere, embedsmænd og lignende besad tilstrækkelig *dannelse og indsigt* i de samfundsmæssige forhold til, at de turde betros nogen indflydelse på statsmagtens anliggender. Og det gælder – især – på det funktionelle plan med hensyn til begrænsningen af statsstyrets opgaver til sikring af de materielle produktionsbetingelser (gennem en privatretlig retsorden), den almindelige ro og orden i samfundet (gennem en strafferetlig retsorden) og lovenes håndhævelse (gennem en procesretlig retsorden).

De bagvedliggende forestillinger om, at markedsmekanismen skulle kunne løse alle (fordelings-)problemer i samfundet, holdt som bekendt ikke stik. De sociale problemer tårnede sig op i kølvandet på samfundets industrialisering og urbanisering, og henimod århundredets slutning var problemerne blevet så store, at borgerskabet selv erkendte, at der måtte gøres noget ved dem.²¹ Med optagelsen af dette såkaldte »*sociale spørgsmål*« på den politiske dagsorden var det første skridt henimod retsstatens nedbrydning taget. Det næste skridt påtvang sig som et resultat af ydre kræfters kamp for at tiltvinge sig politisk indflydelse på statsstyrets virksomhed. Den samtidige »*forfatningskamp*«, der i Danmark fandt sted med det regerende borgerskab og bondestanden i oppositionen som hovedaktører, afsluttedes i 1901 med indførelsen af det parlamentariske system. Hertil kommer en gradvis liberalisering af valgreglerne, der også åbnede mulighed for, at den talmæssigt voksende *arbejderklasse*, som i slutningen af 1800-tallet havde mødt stærk modstand fra regering og embedsap-

21. *Dalberg-Larsen* 1984 s. 102ff.

2.3. Fremvæksten af en moderne velfærdsstat

parat, kunne gøre sig gældende politisk.²² Med disse udvidelser og ændringer af statsstyret tages der i realiteten endeligt afsked med den borgerlige retsstat.

De sociale kræfter – *konge, aristokrati og borgerskab* – som den magtfordelte retsstat skulle holde i »skak og balance«, forsvinder nu helt eller delvis ud af billedet, idet de erstattes af et andet trekløver: kapital, bonde og arbejderklasse. I modsætning til den tidligere ordning fordeles rollerne imidlertid ikke længere på de forskellige statsfunktioner, idet statsstyret efter indførelsen af det parlamentariske system antager karakter af et *monistisk* system med den folkevalgte Rigsdag som det centrale politiske organ.²³ Den magtfordelte stat, der også anerkendte en selvstændig anordningsmagt for konge og regering, foruden en vetoret for samme over for nye lovforslag, erstattedes dermed af en *enhedsstat* under Rigsdagens ledelse, hvorved samtidig legalitetsprincippet udstraktes til at omfatte alle sider af det offentliges virksomhed.²⁴

Med denne statsmagts demokratisering lægges grunden til en ny statsform, den *redistributive socialstat*, der i flere – om ikke i alle – henseender repræsenterer retsstatens modsætning. Karakteristisk for denne statsform er således, at lovgivning bliver en permanent foreteelse med den virkning, at retssystemet til stadighed undergår forandringer og tilpasninger til de skiftende samfundsforhold. Retten bliver dermed anvendt som instrument for en *aktiv samfundsstyring*, hvor den hidtil havde fundet anvendelse som et mere passivt, opfølgende redskab til sikring af de materielle produktionsbetingelser. Den verdensomspændende samfundsøkonomiske krise i 1920'erne repræsenterer i så henseende et afgørende vendepunkt, der tvinger statsmagten ind i en hidtil uset *intervention* i de samfundsmæssige forhold. I stigende grad påtager staten sig nu – som det siges med en karakteristisk formulering i den franske forfatning af 1946 – at »overvinde de forhindringer af økonomisk og social karakter, der faktisk indskrænker borgernes frihed og lighed« (art. 3).²⁵

22. Om valgsystemets udvikling se *Jørgen Elklit* 1988; *Torben Wanscher* 1979 beskriver arbejderbevægelsens fødsel og svære udvikling henimod slutningen af det 19. århundrede.

23. Cfr. dog *Landstinget*, der indtil 1930-erne fungerede som en konservativ bastion, jfr. *Ross* 1966 s. 121ff.

24. Jfr. herom nærmere *Zahle* 1995/1 s. 229ff og 1996/2 s. 27ff; se om ældre teori *Ross* 1959.71ff og *Jens Garde m.fl.* 1997.151ff.

25. Den nye økonomiske politik, der vinder indpas i en række lande i 1930'erne, er i høj grad inspireret – og fagligt legitimeret – af den tids nationaløkonomer, med den engelske økonom J.M. Keynes som den absolutte frontfigur. Den politiske økonomi, der udvikledes på den tid, anbefalede at løse »det økonomiske problem« efter *børskrakket* i 1929 med finanspolitiske indgreb enten i form af direkte erhvervstilskud eller ved en forøgelse af købekraften i befolkningen. Begge dele indgik i den *New Deal politik*, som Roosevelt blev valgt på som de Forenede Staters præsident i 1936 (*Dalberg-Larsen* 1984 s. 115), og som *Philippe Nonet* 1969 s. 83 ser som selve startskuddet til en ny socialstatlig retsorden:

Kapitel 2. Statsstyrets fremvækst og udvikling

Denne udvikling foregår som bekendt langt fra gnidningsfrit i alle de europæiske lande. En svigtende omstillingsevne i nogle af disse stater bidrager til at forhale udviklingen, hvorved der i enkelte tilfælde banes vej for *totalitære* styreformer. De sociale omkostninger, som denne »fejludvikling« medfører for såvel de pågældende lande som for Europa og verdenen i det hele, er et tungtvæjende vidnesbyrd om betydningen af at kunne omstille sig til ændrede forhold. Valgmulighederne er, når det kommer til stykket, ikke så store, som man kunne tro. I de demokratiske stater førte hele denne udvikling imidlertid til en yderligere befæstelse af demokratiske og socialstatslige værdier, således som det bl.a. kom til udtryk i en række *forfatningsrevisioner* i efterkrigstiden. I den nye tyske forfatning institueres den »sociale retsstat« som et demokratisk statsstyre forpligtet på såvel borgerlige frihedsrettigheder som sociale velfærdsrettigheder. Tilsvarende gælder som nævnt den ovenfor omtalte franske forfatning, ligesom også Italien på den tid fik en ny forfatning.

Fremme af den enkeltes *selvbestemmelse* – ikke selvansvarlighed – bliver nu hovedindholdet af statsmagtens samfundsmæssige funktion.²⁶ En opgave, der i efterkrigstidens Danmark opnåede politisk konsensus om i en sådan grad, at statsstyret kan ekspandere sin virksomhed ud over alle grænser. Socialstaten antager mere og mere karakter af en *velfærdsstat*, der aktivt påtager sig løsningen af alle slags problemer, som kan true den enkeltes velfærd. Det offentlige ressourceforbrug kommer dermed også til at spille en voksende rolle i samfundsøkonomien, der efterhånden udvikler sig til en art »*blandingsøkonomi*«. Samtidig med, at udviklingen inden for den private sektor befordrer en hidtil uset velstand i samfundet, fremstår staten på denne måde i stigende grad som et center for *omfordeling af overskuddet* af den samfundsmæssige produktion.²⁷

Samlet set er denne velfærdsstat kendetegnet af en *nedbrydning* af de skarpe skel mellem politik og administration og mellem stat og samfund. Den sidstnævnte tendens ligger implicit i hele den foran beskrevne udvikling. Det første hænger sammen med den stigende anvendelse af ramme- og bemyndigelseslove, som også er et vigtigt kendetegn ved den offentligretlige regulering i denne periode. I stedet for som under retsstaten at styre *efter* loven har ændringen af statsmagtens funktioner givet sig udslag i, at der i højere grad styres *ved* loven, og endnu engang er forestillingerne om, hvad retssikkerhed kan betyde, hermed blevet udvidet. For styring »ved loven« er selvsagt ikke ensbetydende med, at legalitetsprincippet er blevet afskaffet. Derimod er det (politiske) element i den

»With the advent of the New Deal, the legal order suddenly turned from an obstacle and an enemy into a friend and a positive support«.

26. Henrichsen 2000.39 s. 51ff.

27. Kaj Nielsen og Ove K. Pedersen 1988.171 s. 173f.

2.4. Retssikkerhedsmæssige perspektiver

klassisk-liberale retssikkerhedsforståelse – forudsætningen om stabilitet i lovværket – forsvundet. Til gengæld har de berørte befolkningsgrupper gennem deres respektive interesseorganisationer opnået indflydelse på både lovskabelses- og implementeringsprocesserne i kraft af hørings- og repræsentationsordninger. Denne *korporative kanal*, der får voksende betydning op gennem århundredet, kommer i praksis til at indgå som et vigtigt legitimerende element i statsstyrelsen. I anglo-amerikansk litteratur hedder velfærdsstaten ligefrem »The Corporate State«. ²⁸

2.4. Retssikkerhedsmæssige perspektiver

Tilsvarende gælder med hensyn til kravet om en vis sikkerhed i rets anvendelsen. Denne normrationalitet elimineres naturligvis i takt med, at administrationen og de offentlige institutioner tildeles skønmæssige beføjelser. Risikoen for vilkårligheder og magtmisbrug forøges dermed alt andet lige. Til gengæld overtages udførelsen af det offentliges virksomhed af en række forskellige professioner, der hver har sine fagligt-etiske normer for varetagelsen af de pågældende opgaver. Disse professioners interesser er et langt stykke hen ad vejen, og i hvert fald så længe ressourcerne er rigelige, sammenfaldende med borgernes interesser som henholdsvis brugere af de offentlige institutioner og aftagere af indkomstoverførsler. Hvor embedsstandens loyalitet altid havde været rettet mod de til enhver tid siddende politiske magthavere, er det såkaldte »frontlinjepersonales« loyalitet således i højere grad rettet mod klienterne og deres behov. ²⁹ Denne forskydning af de ansattes loyalitet er som tidligere fremhævet en vigtig, og i praksis måske den vigtigste, garanti for en »retmæssig« behandling af borgernes forhold. ³⁰

Det samlede resultat af denne udvikling bliver for så vidt, at retssikkerhedens idé om stabilitet og bundethed genskabes på et »højere niveau«. Statsstyrets korporatisering sikrer en vis – man kunne næsten sige *organisk* – form for stabilitet i lovgivningsprocessen, der er kendetegnet ved, at de berørte (organisationer) hele tiden har tæt kontakt med lovgivnings- og lovimplementeringsprocessen. Men det er altså langt fra den – statiske – form for stabilitet, som tendentielt kendetegnede retsstatens regulering af samfundsforholdene. Ganske tilsvarende er statsmagtens bundethed ikke – som under retsstaten – knyttet til detaljerede lovværker, men derimod til en nok så »tæt« normering af arbejdsru-

28. Reich 1970 s. 89; Winckler 1975 s. 117.

29. Torstein Eckhoff 1976.292.

30. Se herom nærmere Henrichsen 1997 s. 304ff.

Kapitel 2. Statsstyrets fremvækst og udvikling

tinerne i kraft af administrative forskrifter og planer, foruden den omtalte professionalisering af de offentlige myndigheders og institutioners personale.

Retssikkerheden har efter det anførte nok ændret karakter, men den er altså ikke nødvendigvis blevet ringere. Selv om denne opfattelse ikke har ubetinget støtte i den forvaltningsretlige teori, kan der dog spores en vis bevægelse i juristernes holdning til den velfærdsstatslige retsorden i retning af en opgivelse af det traditionelle retsstatslige ideal om en regelbunden, domstolskontrolleret forvaltning. Denne udvikling kan aflæses i den nordiske forvaltningsretlige debat,³¹ men kommer også til udtryk i den internationale retslitteratur, hvor der undertiden foretages en nok så kraftig markering af de retspolitiske positioner. Under malende etiketter som »Red Light Theories« og »Green Light Theories« skildrer *Carol Harlow og Richard Rawlings* (1984) de historiske brydninger i den forvaltningsretlige debat i anglo-amerikansk og kontinentaleuropæisk retsteori.

Med nogen forenkling kan disse modsætninger ses repræsenteret ved nogle af engelsk forvaltningsrets store navne gennem tiderne: På den ene side Dicey og Wade og på den anden side Jennings og Reich. Hvor *A. V. Dicey* (1885) med sine klassiske forestillinger om »the rule-of-law state« og »the balanced constitution« står som grundlæggeren af engelsk forvaltningsret, følger *H. W. R. Wade* (1961) traditionen op med, hvad der ligner en slet skjult kritik af den velfærdsstatslige rets- og samfundsorden i det hele. I sin indledende fastlæggelse af forvaltningsrettens genstandsfelt og problemstilling hedder det således (s. 1):

»Administrative law deals with one aspect of the problem of power. During the last hundred years the conception of the proper sphere of governmental activity has been completely transformed. Instead of confining itself to defence, public order, the criminal law, and a few other general matters, the modern state also provides elaborate social services and undertakes the regulation of much of the daily business of mankind. The state has seized the initiative, and has put upon itself all kind of new duties. *To prevent them running amok there must be constant control*, both political and legal. The legal control is the task of the courts of law. *This legal control* provides the principal subject-matter of administrative law« (mine fremhævelser).

Den ekspanderende velfærdsstat er, fornemmer man her, ikke noget velkomment element i den forvaltningsretlige teori – andet end måske som en understregning af det, der er forvaltningsrettens mission: Fremstilling af reglerne for administrativ magtudøvelse med udgangspunkt i de judicielle myndigheders praksis. Denne domstolsfikserede tilgang, som også kendes herhjemme fra Poul Andersens forvaltningsret, får her en ekstra dimension: Juristerne skal påtage

31. *Ibid.* s. 55ff.

2.4. Retssikkerhedsmæssige perspektiver

sig rollen som et (sidste?) bolværk mod den fremstormende velfærdsstats amokløb. »Ancient liberties« og »Legal control« (ibid. s. 1) er de redskaber, som stats- og forvaltningsretten anviser til dette formål. Denne holdning går igen i de senere udgaver af Wades voluminøse fremstilling af »Administrative Law«: »If discretionary power is to be tolerable, it must be kept under control«, hedder det i den seneste udgave (Wade & Forsyth 2000 s. 4), der heller ikke efterlader nogen tvivl om, at de forvaltningsretlige regler og principper er til for borgernes skyld: »So as to protect the citizen against their abuse« (ibid. s. 5).

Allerede tidligt stillede andre jurister sig imidlertid i opposition til dette negative syn på velfærdsstaten. Klarest måske udtrykt af *W.I. Jennings* med ordene (1936 s. 430): »The task of the lawyer as such is not to declare that modern interventionism is pernicious, but, seeing that all modern states have adopted the policy, to advise as to the technical devices which are necessary to make the policy efficient and to provide justice for individuals«. Jennings markerer her en principiel tilslutning til det velfærdsstatslige projekt og henviser herved juristen til at spille en apolitisk rolle som teknisk rådgiver med fokus på den administrative effektivitet. Hovedsagen er ikke længere konkret retsanvendelse under judiciel kontrol, men lovgivning og administrativ regulering under kontrol af de politiske myndigheder. Retten skifter dermed karakter fra at være et kontrolinstrument til – som *Charles Reich* udtrykker det – at være en administrativ teknologi: »The Corporate State utilizes law for every facet of its activity. This produced law that fell into line with the requirements of organization and technology, and that supported the demands of administration rather than protecting the individual«. ³²

Skønt et hovedinstrument for reguleringen af de samfundsmæssige forhold, frembyder loven således ikke i sig selv nogen effektiv retsbeskyttelse for enkeltindividet i den korporative stat. Heller ikke proceduremæssige retsgarantier har nogen større effekt under disse forhold: »Procedural guarantees, however elaborate, are a feeble weapon against a determined official who knows how to stick to the formalities and to use them to get his own way«. ³³ Det bedste, der – ud fra et myndighedssynspunkt – kan siges om sådanne retsgarantier, er, at de for så vidt er ganske uskadelige: »It does no more interference than that of a referee whom the players like to have about in order to ensure that they all stick to the rules of the game«. ³⁴

32. *Reich* 1970 s. 117 f.

33. *Schonfield* 1965 s. 419. – Se i samme retning *Henrichsen* 1997 s. 223ff, der taler om »den retsstatslige fejlslutning«.

34. *Schonfield* 1965 a.st.

Kapitel 2. Statsstyrets fremvækst og udvikling

For så vidt den korporative stat overhovedet lader sig kontrollere, må dette ske ved interne kontrolmekanismer i form af styrende organer med repræsentanter fra organiserede interessegrupper («committees»), høringsordninger («Statutory Inquiries»), administrative klageordninger («Statutory Tribunals») og parlamentariske kontrolmyndigheder («Parliamentary Commissioners»). Men frem for alt benyttes administrativ regulering – »rule-making« – som et internt kontrolinstrument. Filosofien er, at det er bedre at forebygge end at forsøge at helbrede, når skaden først er indtruffet: »The search for bureaucratic efficiency leads administrators to prefer firewatching to firefighting«. ³⁵ Kontrollen bliver dermed prospektiv, fremadrettet, i modsætning til den traditionelle, retrospektive kontrol ved domstole og andre judicielt prægede klageorganer. ³⁶

35. *Harlow og Rawlings* 1984 s. 44.

36. *Ibid.* a.st.

KAPITEL 3

Kritikken af det velfærdsstatslige projekt

3.1. Den samfundsteoretiske debat

Det ligner skæbnens ironi, at netop som juristerne synes at have affundet sig med den korporative stat, sættes der ind med en kritik af samme fra næsten alle sider. Velfærdsstatens »bagside« – skattetrykket, ekspertvældet, institutionernes tyranni etc. – begynder at blive synlig henimod slutningen af 1960'erne og bliver snart et af tidens store debatemner. *Jørgen Dalberg-Larsen* (1984 s. 124ff) gennemgår en række af disse kritikpunkter af velfærdsstaten ud fra en teoretisk, samfundsvidenskabelig synsvinkel. Konklusionen er, at »fra slutningen af tresserne og fremefter opstår der hos stadig flere en opfattelse af, at de forskellige velfærdsforanstaltninger, som man har indført, kun i begrænset omfang formår at løse de opgaver, de er blevet tillagt« (s. 148).

Fra marxistisk hold bestrides det – ikke overraskende – at statsmagten overhovedet har mulighed for at foretage omfattende og bevidste reguleringer med »socialreformistisk sigte«. De økonomiske love for samfundets udvikling, som uvægerligt vil afdække kapitalismens indre modsætninger, indskrænker på forhånd valgmulighederne til et minimum. Velfærdsstaten er derfor enten en illusion, uden evne til at løse de sociale problemer, som den foregiver at bekymre sig om, eller, hvis den mod forventning har nogen praktiske effekter, et redskab for kapitalen. Den radikale tanke er i sidstnævnte tilfælde, at velfærdsstaten blot er et udslag af kapitalens behov for at sikre rolige arbejdsforhold og derfor et projekt, som arbejderklassen aldrig burde have indladt sig på at støtte,

Kapitel 3. Kritikken af det velfærdsstatslige projekt

fordi den ret beset kun er med til at forhale overgangen til det klasseløse, kommunistiske samfund.³⁷

Mindre radikal, men på linje med ovenstående kritiske vurderinger af velfærdsstatens muligheder for at løse de sociale problemer, er de social-liberales egen erkendelse af, at velfærdsstaten får stadig vanskeligere ved at holde trit med udviklingen af den sociale problematik. Samfundets mekanisering og automatisering, de stadig øgede krav til arbejdskraftens uddannelse og de periodiske tilfælde af arbejdsløshed, gør det velfærdsstatslige projekt til en »trædemøllevirksomhed«. ³⁸ Reformen kommer ofte som efterfølgende forsøg på at rette op på skader, som allerede er sket, og der opstår uafsluttelig huller i velfærdssystemet, som kræver ny lovgivning. ³⁹ Vanskeligheden er her ikke mindst, at takten i denne trædemølle hele tiden skal forøges, for at velfærdsstaten kan være »på højde med« udviklingen af den sociale problematik. Svaret på dette problem er – heller ikke uventet – at staten må gribe mere planmæssigt ind i den del af samfundsudviklingen, der styres af kortsigtede, privatøkonomiske interesser. ⁴⁰

Fra borgerligt hold – men undertiden sekunderet af samfundsdebattører på venstrefløj – retter kritikken sig især mod velfærdsstatens undertrykkelse af den enkeltes frihed som følge af voksende skattetryk, overdreven regulering og ekspertvælde. Resultatet er blevet en ny form for feudalisme, hvor bureaukratiet og fagprofessionerne er de nye herrer. Svaret på dette problem er i sin yderste konsekvens en fuldstændig afvikling af al offentlig ret. Dette er *F.A. Hayeks* standpunkt, ⁴¹ og han får fra nordisk hold følgeskab af *Jacob Sundberg* (1978), der kategorisk tager afstand fra den totalitære samfundsopfattelse, som det svenske socialdemokrati efter hans mening står for. Mere moderat er *Stig*

37. Jfr. *James O'Connor* 1973, *Müller & Neusiuss* 1974, *Ian Gough* 1979 og *Claus Offe* 1984. Lignende standpunkter hævdes i den nordiske juridiske debat på den tid af bl.a. *Thomas Mathiesen* 1979 og *Ole Krarup* 1980.209; jfr. herom nærmere *Dalberg-Larsen* 1984 s. 76ff og 138ff.

38. *Gunnar Adler-Karlsson* 1973 s. 40.

39. *Dalberg-Larsen* 1984 s. 130 note 99.

40. *Ibid.* s. 129ff, med henvisning til *Adler-Karlsson* 1973 og *Vilhelm Aubert* 1976.

41. For *Frederick A. Hayek* 1973 (s. 132f) er den spontane orden, hvorunder den markedsbestemte produktion af samfundsgoder finder sted, langt vigtigere for den enkelte og dermed for det generelle velfærd, end en hvilken som helst offentlig service, som staten kan frembringe, når lige bortses fra de statslige kernefunktioner: håndhævelse af privatrettens regler, opretholdelse af den almindelige ro og orden og sikring af statens interesser udadtil.

3.1. Den samfundsteoretiske debat

Strömholm (1972), der argumenterer for skabelsen af et nyt fælles værdigrundlag og (gen-)indførelse af en stabil retsorden.⁴²

De divergerende – delvis ideologisk bestemte – opfattelser af velfærdsstatens problemer rammer hver for sig noget rigtigt, men den fragmentariske forståelse af problemerne gør det ikke nemmere at løse dem. Det kan vel på forhånd synes vanskeligt at forene så relativt modstridende vurderinger af velfærdsstatens problemer og herunder specielt af mulighederne for at overvinde dem. Det synes imidlertid at være et fællestræk for de forskellige kritiske vurderinger af velfærdsstaten, at der peges på nogle *strukturelle grænser* for det velfærdsstatslige projekt. Forskellen beror på, om disse grænser opfattes som et udslag af nogle utilsigtede virkninger af samme (de moderat-liberale kritikere), af den stigende forandringsrate i samfundet (de social-liberale kritikere) eller af selve den kapitalistiske produktionsmåde (de marxistiske kritikere).

Eftersom disse forklaringsmodeller bevæger sig på forskellige analyseniveauer, behøver der ikke nødvendigvis at være nogen modstrid mellem dem. Dette synes da heller ikke at være tilfældet, hvis man i øvrigt skræller de ideologiske overtoner i samfundsdebatten bort. En påstand om, at de velfærdsstatslige reguleringer er forbundet med utilsigtede virkninger, kan således meget vel forenes med forestillingen om, at problemerne hænger sammen med samfundets forandringer. Sammenhængen beror da på, at de utilsigtede virkninger især viser sig i en situation, hvor forholdene præges af store og hurtige samfundsforandringer, hvilket i alle tilfælde også stemmer med, at de liberales kritik sætter ind netop på et tidspunkt, hvor teknologiske fornyelser og ændrede værdinormer stiller velfærdsstaten over for en række nye problemer.

At disse forandringer endvidere – dybest set – har sammenhæng med produktionsmåden, er også vanskeligt at afvise, selv om ejerforholdene ikke i denne henseende gør nogen forskel. Det er den industrielle produktionsmåde – forstærket af ny informationsteknologi med hvad deraf følger af rationaliserings- og produktudviklingsmuligheder – der skaber en del af problemerne. Noget andet er, at netop de kapitalistiske ejendomsforhold gør det til en uomgængelig opgave for statsmagten at forsøge at løse disse (balance-)problemer. Betragtningensmåden er dog under alle omstændigheder utilstrækkelig. Problemerne skyldes ikke blot den teknologiske udvikling, men i høj grad også de gradvist ændrede værdinormer, som medfører en forskydning af opfattelsen af karakteren af de samfundsmæssige problemer, herunder med hensyn til hvad der overhovedet skal betragtes som problemer, som det offentlige bør tage sig af.

42. Jfr. nærmere *Dalberg-Larsen* 1984 s. 132ff med yderligere henvisninger til bl.a. *Kamenka* og *Tay* 1980.

3.2. Grænser for velfærdsstatens udvikling

Velfærdsstatens aktuelle problemer hænger som ovenfor anført sammen med de sociale og teknologiske forandringer, der – i hvert fald her i landet – kendetegner udviklingen fra slutningen af 1960'erne. Heraf kan *ikke sluttes, at det velfærdsstatslige projekt som sådant er mislykkedes*. Det forholder sig i realiteten lige modsat. Velfærdsstaten har – uanset de aktuelle problemer – for en samlet betragtning i høj grad nået sit mål: At skabe en sådan grad af velfærd for det store flertal af befolkningen, at den enkelte under alle forhold frit kan bestemme sit livsforløb. Dette gælder måske især i de nordiske lande, hvor også den »skandinaviske velfærdsmodel« – i alt fald indtil slutningen af 1960'erne – er blevet fremhævet som et ideal i international sammenhæng. Men påstanden har også i varierende omfang gyldighed for de fleste andre lande i den vestlige verden, som vi normalt sammenligner os med.⁴³

Hvad der herefter sker, synes at bekræfte det gamle ord om, at succeser altid er noget, der hører fortiden til, muligvis også nutiden, men aldrig fremtiden. I en vis forstand kan nemlig det velfærdsstatslige projekt siges at blive offer for sin egen »succes«. I takt med realiseringen af de hidtidige målsætninger om vækst og velfærd begynder nye værdier at trænge sig på samtidig med, at teknologiske fornyelser gør det vanskeligt at fastholde realiseringen af de hidtidige mål. Den velfærdsstatslige praksis, der hidtil har avlet så mange succeser, tenderer mod at komme til kort over for de nye tendenser i samfundsudviklingen. Det var i princippet nøjagtig det samme, der skete, da retsstaten i slutningen af 1800-tallet stødte på problemer. Enhver medalje har som bekendt en bagside.

Denne påstand strider tilsyneladende mod kendsgerningerne: »Det sociale spørgsmål«, arbejdsløsheden og fattigdommen i byerne, var som allerede anført det, der satte gang i udviklingen henimod retsstatens afvikling. Dette spørgsmål trænger sig nu på igen, med arbejdsløsheden som det mest iøjnefaldende pro-

43. *Tim Knudsen* 1993.21 opregner forskellige måder, hvorpå den skandinaviske model kan karakteriseres: 1) Som skattefinansierede velfærdsstater med sociale rettigheder for alle borgere, med en omfordeling af samfundets værdier i hele samfundet, ensartede på nationalt niveau og med en høj andel af medarbejderne på social- og uddannelsesområdet som offentligt ansatte. 2) Som stater med »blandingsøkonomi« og »forhandlingsadministration«, hvor økonomien reguleres gennem forhandlinger med veletablerede organisationer, og hvor forvaltningen er pragmatisk »balancerende« mellem de forskellige interessegrupper i samfundet. 3) Som statssamfund, der foruden nævnte karakteristika besidder en høj grad af legitimitet, kontinuitet og homogenitet både etnisk, socialt og religiøst, og som derudover har tradition for kompromissøgning i det politiske liv, stærke kommuner, freds- og balancesøgning i international politik og en svag domstolstradition.

3.2. Grænser for velfærdsstatens udvikling

blem i de sidste årtier af 1900-tallet, men også med et »restfattigdomsproblem«, som de velfærdsstatslige ordninger tilsyneladende ikke har kunnet få bugt med. På denne baggrund må det være nærliggende at spørge, om denne udvikling ikke er en falliterklæring netop for et velfærdsstatsligt projekt, akkurat som det syntes at være tilfældet for det retsstatslige projekt i sidste århundrede.

Svaret er imidlertid, at disse problemer netop markerer en *grænse* for, hvor langt man kan nå med de pågældende styreformer. I begge tilfælde er der tale om strukturelle problemer, der hænger sammen med samfundets udvikling og forandring: I 1800-tallet var det som nævnt samfundets industrialisering og urbanisering, der skabte problemerne; i disse årtier – godt 100 år senere – er det igen de teknologiske fornyelser, nu fremvæksten af et informations- og service-samfund, der – i kraft af omfattende virksomhedsrationaliseringer og -fusioner – skaber voksende arbejdsløshed i en række af den vestlige verdens højtudviklede lande.

De teknologiske fornyelser er imidlertid, som også ovenfor nævnt, ikke hele forklaringen. Også ændrede værdinormer spiller ind – tilsammen med den øgede velstand i samfundet. Når den tyske rigskansler *Bismarck*, hvem ingen kunne beskyldte for socialdemokratiske tilbøjeligheder, i slutningen af 1800-tallet fandt, at der måtte sættes ind over for de voksende problemer med arbejdsløshed og social nød, skyldtes det næppe alene frygten for sociale omvæltninger, men formentlig også, at den stigende velstand i samfundet gjorde det stadig vanskeligere at overse disse problemer. Som F.A. Hayek⁴⁴ selv konstaterer, skabte den markedsbaserede økonomi i sidste århundrede grundlaget for en hidtil uset velstand. Hvad Hayek derimod overser, er, at netop denne omstændighed medførte en øget »følsomhed« hos de velstillede over for de voksende sociale problemer i samfundet, således som det også konkret kom til udtryk ved dannelsen af en række foreninger med velgørende formål, der på forskellige områder søgte at lindre nøden for de dårligst stillede.⁴⁵ De sociale problemer blev så at sige »synlige« for borgerskabet og de magtbærende institutioner i samfundet med de ovenfor skildrede styringsmæssige konsekvenser til følge.

Det er – i princippet – den samme mekanisme, der sætter ind fra slutningen af 1960'erne, hvor opmærksomheden omkring indflydelses-, miljø- og levevilkårsproblemer skærpes i en sådan grad, at det afføder politiske initiativer. Medvirkende til denne – efter omstændighederne – relativt hurtige reaktion på de ændrede værdinormer i samfundet har utvivlsomt været den betydelig større åbenhed, der kendetegner nutidens politiske systemer sammenlignet med datidens retsstatslige styre. Således har udviklingen på kort tid ført til dannelsen

44. Hayek 1973 s. 133.

45. Dalberg-Larsen 1984 s. 102.

Kapitel 3. Kritikken af det velfærdsstatslige projekt

af politiske partier på begge fløje, der i høj grad har stået som eksponenter for kritikken af velfærdsstaten. Det har tvunget de etablerede partier til i det mindste at forholde sig til problemerne, uden at man dog kan sige, at den voksende befolkningsgruppe af *funktionærer*, de såkaldte »mellemlag«, der i særlig grad kan formodes at være bærere af de nye værdier, endnu har opnået en politisk set afgørende repræsentation i de styrende organer.⁴⁶ Herom vidner også de mange »græsrodsbevægelser«, der opstår på den tid i opposition til det etablerede system og med en række politiske enkeltsager på programmet.⁴⁷

At de politiske initiativer – ligesom forsøgene på at løse »det sociale spørgsmål« i slutningen af 1800'tallet – hurtigt viser sig at være utilstrækkelige, er en anden sag. Her i landet er det kun miljøproblemerne, der fører til egentlige lovinitiativer. Levevilkårsproblemerne, der i slutningen af 1970'erne gøres til genstand for et omfattende analysearbejde i *Lavindkomstkommissionens* regi, tages ikke op af de efterfølgende borgerlige regeringer. I Norge – og senere i Sverige – gennemføres et omfattende studie af de politiske magtforhold, den såkaldte »*Maktutredning*«, som dog heller ikke fører til nogen konkrete, lovgivningsmæssige, tiltag.⁴⁸ I så henseende markerer de danske planlovsreformer i begyndelsen af 1970'erne et mere håndgribeligt forsøg på at give lokalbefolkningen indflydelse på de fysiske levevilkår.

Utilstrækkeligheden af de nævnte initiativer beror imidlertid netop på, at de gennemføres inden for rammerne af en velfærdsstatslig praksis, som grundlæggende er uegnet til at generere en løsning af de sociale problemer. De nye problemer er af en sådan karakter, at man ikke på traditionel velfærdsstatslig manér kan regulere, betale eller bygge sig fra dem. Den foreløbige konklusion på denne statsteoretiske analyse bliver på denne baggrund, at det velfærdsstatslige projekt så langt fra har været resultatet af en »fejlvikling«, således som dens mest rabiate kritikere på begge fløje ellers har kunnet enes om at hævde.

46. Erik Høgh 1983 s. 18; T.B. Jansen 1988-92 s. 264.

47. Det såkaldte »*Oprør fra midten*« var formentlig med sine ideer om »det humane ligevægtssamfund« (*Meyer m.fl. 1978*) et bredt anlagt og velmenende forsøg på at ramme funktionærstandens ønsker og krav til fremtidens samfund. Bevægelsens ideer og forslag til politiske reformer illustrerer imidlertid tydeligt vanskelighederne ved at overskride den eksisterende erfaringshorisont. Forslagene om udligning af indtægtsforskelle, nationalisering af liberale erhverv, demokratiske valg af virksomhedsledelser, restriktioner på anvendelse af økonomisk overskud fra virksomhedsdrift, indførelse af såkaldte rådgivende »borgerråd« på alle niveauer etc. repræsenterer snarere en videreførelse af en velfærdsstatslig systemlogik end et brud med samme. Måske af samme grund er »oprøret« stort set gået i glemmebogen i dag.

48. Jfr. slutrapporterne i NOU 1982:3 og SOU 1990:44. I slutningen af 1990'erne indledes et nyt magtudredningsarbejde i Norge og Sverige samtidig med, at et lignende projekt søsættes i Danmark, se *Henrichsen* 1999 s. 175 ff.

3.3. Efter velfærdsstaten – hvad så?

Velfærdsstaten har – ligesom retsstaten i sidste århundrede – markeret sig som en historisk-specifik statsform, der imidlertid nu ser ud til at have nået sin egen »vækstgrænse«.⁴⁹ Hermed stemmer, at spørgsmålet om »afvikling« eller »videreudvikling« af velfærdsstaten i det forgangne årti har været et centralt, måske *det* centrale, stridspunkt i den politiske debat både i Danmark og i de fleste andre lande, som vi normalt sammenligner os med.

3.3. Efter velfærdsstaten – hvad så?

For mange samfundsforskere i 1970'erne var udviklingen af totalitære styreformere et realistisk perspektiv for den kriseramte velfærdsstat. Den østrigske fremtidsforsker *Robert Heilbroner* (1976) spiller i titlen på sin bog om »Industrikulturens forfald« på de historiske erfaringer med romerrigets sammenbrud godt 1500 år tidligere. En anden fremtidsforsker *Robert Jungk* (1977) introducerer udtrykket »atomstat« som betegnelse for en højteknologisk samfundsform, hvor statsmagten gradvist indfører et vidtstrakt kontrolapparat med undertrykkelse af de borgerlige frihedsrettigheder til følge. Det er her sammenstødet mellem en statsform af gængs social-liberalt tilsnit og en ny tids krav om ændrede prioriteringer af de samfundsmæssige værdier, der efter Jungks opfattelse gør denne profeti til en realistisk mulighed.

Forudsætningen er imidlertid netop, at samfundets styrende organer ikke formår at tilpasse sig samfundets – sociale og teknologiske – forandringer. Profetien ligner for så vidt den type »dommedagsprofetier«, der også i øvrigt flourer i samfundsforskningen på den tid. Givet den hidtidige stigningstakt i befolkningsudvikling, råstofforbrug og forurening kan det forudsiges med næsten matematisk sikkerhed, at de naturgivne ressourcer vil slippe op på et nærmere angivet tidspunkt i det næste eller næstfølgende århundrede. Sygdom, krig og ødelæggelse af de bærende institutioner i samfundet vil blive resultatet. Der er »grænser for vækst«, som det malende blev udtrykt i Rom-Klubbens skrift med samme titel fra 1972 – en af den tids bestsellere.⁵⁰

Det er imidlertid forudsigelser af den type, hvor resultatet er indeholdt i problemformuleringen. Når forudsætningerne for sådanne samfundsanalyser holdes uændrede, kan resultatet kun blive forudsigelse af »katastrofer«. For-

49. Denne vækstgrænse gælder principielt alle velfærdsstatens institutioner, herunder navnlig også den samfundsinstitution, hvorved befolkningens krav og ønsker »transformeres« til konkrete initiativer til styring af samfundsudviklingen, in casu det *repræsentative demokrati*, jfr. herom *Henrichsen* 2001.

50. *D.H. Meadows et. al.* 1972.

Kapitel 3. Kritikken af det velfærdsstatslige projekt .

udsætningen er jo netop, at man er »på galt spor«, at udviklingen går i den forkerte retning. Sådanne forudsigelser kan ikke vurderes ud fra, om de er rigtige eller forkerte, eftersom resultatet følger af det valgte udgangspunkt. De kan heller ikke danne grundlag for handlingsorienterede anvisninger. Det gælder i hvert fald med hensyn til de mere langsigtede analyser af typen »grænser for vækst«. Den intuitive løsning på det beskrevne problem vil være at forsøge at begrænse væksten i de højtudviklede industrisamfund, som de kendes i dag (eller kendtes i 1972). En sådan strategi tager imidlertid ikke højde for, hvad der er kaldt samfundets »antiintuitive« udviklingsmåde.⁵¹ Forsøg på at begrænse væksten – uden i øvrigt at ændre produktionsmåde og forbrugsvaner etc. – vil, ud fra denne betragtning, blot sætte en kæde af »modforanstaltninger« i gang, som vil kunne risikere at nedbryde samfundssystemet, længe inden de omtalte naturressourcer slipper op.

Svaret på de økologiske problemer er ikke at begrænse eller stoppe væksten, men at få væksten til at foregå på et andet og mindre ressourcekrævende grundlag. Eksemplet illustrerer manglen ved sådanne analyser. Ikke blot ser de bort fra markedets modererende virkninger: Produktionen af materielle goder *skal* jo gå i stå, hvis ressourcerne truer med at slippe op, af den enkle grund, at varerne bliver så kostbare, at ingen har råd til at anskaffe dem. Men analyserne bortser også fra den teknologiske udvikling og de muligheder, der her ligger for gennem egentlige fornyelser af produktionsmåden at generere nye og mindre ressourcekrævende produkter i såvel produktionsleddet som forbrugsleddet. Endelig negligeres den værdimæssige udvikling, herunder specielt muligheden af, at forbrugsvanerne ændrer sig i retning af efterspørgsel efter kvalitet i stedet for kvantitet, økologiske produkter i stedet for varer, der er »beriget« med tilsætningsstoffer, etc.⁵²

Det her anførte betyder naturligvis ikke, at problemerne ikke eksisterer. Miljøproblemet er jo f.eks. reelt eksisterende, selv om der kan være uenighed blandt eksperterne om, hvor presserende det er inden for de forskellige områder af samfundslivet, hvor det viser sig, således som det illustreres af debatten om betydningen af ozonlagets nedbrydning. Men det betyder, at løsningen af de pågældende problemer kræver en samfundsstyring, der er i stand til – i den aktuelle situation – at skabe betingelserne for, at de fornødne omstillinger af den samfundsmæssige produktion kan finde sted. De praktiske forudsætninger for at gennemføre en sådan omstilling foreligger allerede med de tidligere

51. T.B. Jansen 1973/74.13 (s. 14f) benytter begrebet som et udtryk for, at samfundet udvikler sig på en måde, som man ikke kan gribe ind i og justere ud fra en intuitiv problemopfattelse uden at risikere, at indgrebet får den modsatte effekt af den tilsigtede.

52. Boserup 1984.269.

3.3. Efter velfærdsstaten – hvad så?

beskrevne teknologiske fornyelser og ændrede værdinormer. Problemet er derfor politisk. En omstilling af den samfundsmæssige produktion kræver, at de styrende organer erkender såvel behovet som mulighederne herfor. Det er i forbindelse med dette projekt, at den andetsteds omtalte »miljøstat« kommer ind i billedet som en mulig arvtager efter industrisamfundets velfærdsstat.⁵³

I den tidligere refererede kritik af velfærdsstaten blev det fra liberalt hold fremhævet, at styringen af fremtidens samfund må indrettes efter et fælles værdigrundlag og i øvrigt tage sigte på genskabelse af en stabil retsorden. Fra social-liberalt hold pointeredes betydningen af en mere planlagt intervention i den del af samfundsudviklingen, som styres ud fra privatøkonomiske motiver, idet man her afviste muligheden af at løse problemerne gennem enkeltstående lovreformer. Fra marxistisk hold hørtes derimod ingen konstruktive forslag, idet forudsætningen her netop var, at ethvert forøg på at reformere samfundet ville være et »blændværk«, således som også hele det velfærdsstatslige projekt måtte antages at udspringe, ikke af almenmenneskelige behov og ønsker, men af kapitalens behov for at kunne fungere på de hidtidige præmisser.⁵⁴

De nævnte forslag har påfaldende lighedspunkter med den miljøstat, som jeg – i anden sammenhæng⁵⁵ – har tegnet konturerne af på baggrund af tendenser i udviklingen af den nuværende statslige praktik. Det gælder med hensyn til værdigrundlaget, hvor jeg netop har understreget betydningen af, at myndighederne ekspliciterer *formålet* med deres aktiviteter. Det gælder endvidere med hensyn til regelværkernes stabilitet, hvor jeg ligeledes – med miljølovgivningen som eksempel – har pointeret den specifikt retssikkerhedsmæssige betydning af, at lovgivningen knytter an til nogle *stabile* elementer i samfundet i stedet for at regulere forhold, der som den teknologiske udvikling til stadighed er genstand for løbende forandringer. Og det gælder endelig med hensyn til behovet for mere planlagte indsatser, hvor jeg tilsvarende har fremhævet betydningen af en sammenhængende *strategi* for ændring af de bestående forhold, en mere direkte »samfundsregulering«, som jeg kalder det, som supplement til de traditionelle former for offentlig virksomhed (myndighedsudøvelse og servicevirksomhed).

Jørgen Dalberg-Larsen (1984 s. 153ff) fremhæver ligeledes betydningen af planlægning som reguleringsmiddel, men hæfter sig derudover ved *borgerdelta-*

53. *Henrichsen* 1997 kap. 7-9.

54. Cfr. *Lars D. Eriksson* 1979 og 1980 med en atypisk – marxistisk begrundet – idé om at holde myndighederne fast på velfærdslovgivningens idealer som udgangspunkt for den politiske kamp for et andet og mere retfærdigt samfund end det etablerede. Se nedenfor 2. del, kap. 2.2, om den såkaldte »legalstrategidebat«, som dette forslag indgik i.

55. *Henrichsen* 1991.263 og 1997 s. 402.

Kapitel 3. Kritikken af det velfærdsstatslige projekt

gelse som en anden væsentlig nyskabelse i den statslige regulering af samfundsforholdene. Dette moment indgår i høj grad også i min karakteristik af miljøstaten og fører direkte frem til den afgørende ledetråd for konstitueringen af denne statsform, nemlig ønsket om at fremme den enkeltes muligheder for selvudfoldelse og selvrealisering, det der på et mere konkret plan handler om at skabe *lige muligheder* for alle for at øve indflydelse på politiske beslutninger om forhold, der har betydning for fastlæggelsen af egne – fysiske og sociale – levevilkår.⁵⁶

Hvad særlig angår *planlægning*, understreger Dalberg-Larsen (s. 155) – og efter min opfattelse med rette – at denne reguleringsform i et samfund med en privat-økonomisk sektor nødvendigvis må indrettes på de vilkår, som denne sektors betingelser, og at der derfor ikke kan blive tale om en omfattende samfundsplanlægning som i de – nu tidligere – socialistiske lande med en egentlig planøkonomi. Det fører Dalberg-Larsen til at beskrive planlægningen som en »fortløbende proces, hvor man hele tiden bestræber sig på at undgå, at problemer af den ene eller anden art vokser til at blive alt for store og uhåndterlige« (a.st.). Beskrivelsen kunne pege i retning af en anvendelse af planlægningen som et aktivt styringsredskab i forbindelse med *forebyggelsen* af de sociale problemer. I så fald kunne planlægningen blive en værdifuld nyskabelse i det statslige arsenal af styringsinstrumenter. Planlægning betegner for så vidt en udvidelse af de hidtil kendte retligt prægede reguleringsformer, hvor udvidelsen mere konkret består i, at myndighederne forpligtes på nogle eksplicit formulerede hensigter med eller målsætninger for deres aktiviteter.⁵⁷

På samme måde må ordninger, der instituerer en form for borgerdeltagelse, opfattes som en *udvidelse* af de etablerede repræsentative styreformers i stat og kommuner.⁵⁸ Selv om sådanne ordninger ikke umiddelbart synes at lade sig forene med krav om planlægning af det offentliges aktiviteter, er det et faktum, at de danske planlovsreformer fra begyndelsen af 1970'erne netop instituerede en form for borgerdeltagelse baseret på omfattende høringsordninger, alternative planskitser, offentligt initierede planlægningsdebatter etc. Det er dog også et faktum, at både planlægning og borgerdeltagelse i de anførte former siden er blevet nedtonet i den »modernisering« af den offentlige sektor, som blev indledt

56. Jfr. nærmere *Henrichsen* 2000.39 s. 49ff.

57. Jfr. om udviklingsplanlægning *Gunst m.fl.* 1985 s. 25ff og s. 59ff og *Henrichsen* 1997 s. 387.

58. Jfr. tilsvarende *Dalberg-Larsen* 1984 s. 158 og s. 159 med note 17, hvor der eksplicit tales om borgerdeltagelse som en »udvidelse af demokratiet«.

3.4. Miljøstaten som velfærdsstatens arvtager

under de borgerlige regeringer i 1980'erne, og som i stedet har sat en *markeds-mæssiggørelse* af den offentlige (service-)virksomhed på programmet.⁵⁹

3.4. Miljøstaten som velfærdsstatens arvtager

Selve udtrykket »miljøstat« er dobbelttydigt. Det spiller på to forskellige, men hver for sig centrale udfordringer for de styrende organer i forbindelse med den aktuelle samfundsudvikling. Det drejer sig naturligvis først og fremmest om det økologiske problem, der på sæt og vis synes at spille den samme rolle som »det sociale spørgsmål« i slutningen af 1800-tallet. For selv om der eksisterede et betydeligt arbejdsløshedsproblem i de sidste årtier af 1900-tallet, så havde det ikke på langt nær samme karakter som i slutningen af forrige århundrede, eller som det for den sags skyld havde i 1930'erne. Med de eksisterende velfærdsordninger er arbejdsløsheden ikke længere et egentligt socialt problem i den forstand, at »udstødning« fra arbejdsmarkedet *umiddelbart* kaster den enkelte ud i en social nødsituation med fattigdom eller tab af velstand til følge.⁶⁰

Problemet ligger derimod på det psyko-sociale plan, for så vidt som arbejdsløshed – med de i dag herskende normer – kan være ødelæggende for den enkeltes selvagtelse,⁶¹ hvad der på sin side – afhængig af omstændighederne – kan føre til social deroute. Snarere end et velfærds-endsige et velstandsproblem er arbejdsløshedsproblemet dermed et spørgsmål om (tab af) livskvalitet. Arbejdsløsheden begrænser – stadig med de herskende normer in mente – den enkeltes muligheder for personlig selvudfoldelse og -realisering. I hvert fald har den arbejdsløse ingen muligheder for at realisere sig gennem et fast lønnet arbejde, hvortil kommer, at såvel lovgivning som sociale normer holder den arbejdsløse fast i en tilstand af passivitet og følelse af afmagt.⁶²

Arbejdsløsheden kan for så vidt henregnes som en del af den miljømæssige problematik i videste forstand. Det drejer sig da om det sociale miljø, der forhindrer den enkelte i at udvikle sig. Den aktuelle miljødebat sigter rigtignok mod det fysiske miljø og de trusler imod samme, som den samfundsmæssige

59. *Henrichsen* 1999 s. 136ff.

60. *Jørgen Goul Andersen og Jens Hoff* 1995.13.

61. Jfr. *Dalberg-Larsen* 1984 s. 152 om »stemplingselfekten« af arbejdsløshed.

62. Noget lignende gælder med hensyn til det såkaldte »restfattigdomsproblem«. Problemet er netop her marginalt – omend naturligvis alvorligt nok for de berørte. Når det alligevel opfattes som et væsentligt samfundsproblem hænger det sammen med, at det er specielt »synligt« i et samfund, hvor velfærd og velstand er udbredt. I 1930'ernes Danmark ville kun få ænse »posedamernes« og de hjemløses særlige forhold – i nutidens velfærdssamfund springer de derimod klart i øjnene og bliver følgelig *defineret* som problemer, som det offentlige må tage sig (mere effektivt) af.

Kapitel 3. Kritikken af det velfærdsstatslige projekt

produktion frembyder. Men miljøet i vid forstand har altså også andre sider. Det er akkurat denne omstændighed, der *også* spilles på med den miljøstatslige etiket. Som det vil være fremgået af de ovenstående krav til den samfundsmæssige styring i den aktuelle situation, er det nødvendigt, at de styrende organer i højere grad forsøger at angribe problemerne dér, hvor de opstår, nemlig »i miljøet«. Velfærdsstatens *reparative* praktik, hvor man til stadighed forsøger at »regulere, bygge og betale« sig fra de sociale problemer, må på denne måde erstattes af eller udvides med en *forebyggende* praktik, der sigter mod at ændre de forhold, som er med til at skabe og vedligeholde problemerne.

Nødvendigheden af en sådan praktik understreges af de *vækstgrænser*, som de nuværende styreformer implicerer. Det gælder på den ene side med hensyn til skattetrykket, der fremmer skattetænkning, -unddragelse og -gæld, som tilsyneladende kun kan imødegås med øget kontrol, hvis man da ikke vælger at skære ned på de velfærdsmæssige foranstaltninger. Det gælder på den anden side også en række af de sociale problemer, som i stigende grad belaster de offentlige institutioner (og budgetter), uden at man synes at komme en løsning af problemerne nærmere. Det samfundsmæssige udbytte af stigende investeringer i sociale og sundhedsmæssige ydelser er – som de tiltagende folkesygdomme illustrerer – marginalt, hvad der i sin tur frister til nedskæringer af de offentlige budgetter for at sænke skattetrykket og »sætte gang i hjulene«. ⁶³

Idet der politisk har været konsensus om det sidstnævnte mål gennem de seneste par årtier, har den politiske strid i øvrigt stået om, hvorvidt dette mål skulle nås gennem skærpede kontrolordninger eller ved reducerede velfærdsordninger. Det politiske liv har på denne måde formet sig som en *kamp om velfærdsstaten*, hvor – groft sagt – den ene fløj vil forsøge at opretholde samme, om nødvendigt ved øget anvendelse af repressive midler, mens den anden fløj ønsker en »nedbygning« af de bestående velfærdsinstitutioner for at nå målet. Perspektivet i denne debat indskrænker sig – i sin yderste konsekvens – til et valg mellem, hvad man henholdsvis kunne kalde »kontrolstaten« og »minimalstaten«. Da ingen af fløjene åbent vil vedkende sig sådanne perspektiver, forplumres den politiske debat med stadige vælgervandringer, voksende »politikerlede«, dannelse af »græsrodsbevægelser« og en følelse af almindelig afmagt og frustration til følge. ⁶⁴

63. *Svensson og Togeby* 1991 s. 12ff.

64. *Dalberg-Larsen* 1984 s. 205ff beskriver tilsvarende udviklingstendenser i retssystemet: På den ene side et stadig mere komplekst system af velfærdsordninger, der retskildemæssigt efterhånden minder mest om »enevældens retsorden«, og på den anden side stærke ønsker om en tilbagevenden til »retsstatens retsformer«, eventuelt kombineret med et ønske om at lade de frie markeds kræfter og det frie forbrugsvalg være styrende i højere grad end i dag.

3.4. Miljøstaten som velfærdsstatens arvtager

Miljøstaten og den hermed forbundne strategi for forebyggelse af de sociale problemer kan på denne baggrund endnu synes at fortone sig som et projekt med lange udsigter. Det er for så vidt heller ikke ærindet her at argumentere for en kursændring i denne retning. Den miljøstatslige konstruktion skal blot holdes op som én blandt flere valgmuligheder, hvorved det altså forudsættes, at udviklingen – som også Dalberg-Larsen understreger (s. 202) – bestemmes af de valg, som de styrende organer træffer i den aktuelle situation. Valgmulighederne er imidlertid ikke ubegrænsede, hvis man i øvrigt tilstræber at fastholde en fredelig videreudvikling og omformning af samfundet i overensstemmelse med de dominerende ønsker i samfundet.⁶⁵

Den velfærdsstatens »legitimationskrise«, som Habermas (1973) advarede imod tilbage i begyndelsen af 1970'erne, vil heller ikke kunne løses ved, som Dalberg-Larsen synes at mene, »at sikre, at den politiske kurs ikke fjerner sig for langt fra den, som de afgørende politiske aktører ønsker« (s. 151). Når de politiske aktører – partier, interesseorganisationer, offentlige myndigheder og massemedier – ikke kan eller vil afklare deres stilling til velfærdsstatens fremtidsmuligheder, kan man vanskeligt forvente en bred folkelig accept af og tilslutning til statsstyret. Dette er situationen, som den så småt tegnede sig for snart 30 år siden, og som den altså – her efter millenniumskiftet – fortsat ser ud, omend forholdene på visse punkter tydeligvis har stabiliseret sig, således bl.a. med hensyn til beskæftigelse og økonomi.

Forskellen fra dengang til i dag er nogle stærke tendenser, der har sat ind i den mellemliggende periode i retning af både *internationalisering* og *regionalisering* af styreformene. Disse tendenser kan i nogen grad ses som de enkelte staters forsøg på at skaffe sig aflastning for de aktuelle – økonomiske eller sikkerhedsmæssige – problemer ved enten at søge »fælles løsninger« på samme eller ved at »eksportere« dem til de lokale myndigheder. En anden og mere optimistisk bedømmelse er at se dem som et udslag af den stigende kompleksitet i samfundsforholdene, der gør sig gældende på alle niveauer, og som bevirker, at tingene hænger stadig mere sammen, hvorfor en indsats for løsning af problemerne kræver samarbejde på alle planer.

I førstnævnte tilfælde repræsenterer internationalisering og regionalisering nogle modgående tendenser, som det f.eks. kan aflæses af debatten om *subsidiaritetsprincipets* rækkevidde i Den Europæiske Union.⁶⁶ Internationalisering og regionalisering repræsenterer netop forskellige strategier for en løsning af

65. Erik Høgh 1993.48 konkluderer på grundlag af en analyse af samfundets fremtidige udviklingsmuligheder, at et højteknologisk, effektivt og økologisk »bevidst« samfund vil være at foretrække (frem for i alt 7 andre opregnede muligheder).

66. Jfr om de retlige konsekvenser af dette princip Hjalte Rasmussen 1998 s. 269ff.

Kapitel 3. Kritikken af det velfærdsstatslige projekt

nationalstatens problemer. Den EU-subventionerede landbrugspolitik, der over for omverdenen får Den Europæiske Union til at fremstå som en mere eller mindre kompakt handelsblok, og som på nationalplanet udmønter sig i en stadig mere detailpræget styring og kontrol, er et eksempel på en international institution, der skal sikre en »fælles løsning« på (en række af) medlemsstaternes indre problemer. De tyske »länders« voksende indflydelse i EU's styrende organer illustrerer (omvendt) de lokale kræfters ønske om – på tværs af de nationalstatslige myndigheder – at gøre sig gældende ved udformningen af de supranationale støtteordninger. Selv større danske kommuner sender i dag »lobbyister« til EF-kommissionen for at sikre varetagelsen af deres interesser.⁶⁷

Perspektivet er her yderligere staternes ophør som nationalstater, således som det endog blev udtrykt af en dansk konservativ statsminister i 1980'erne: »Den stærke stat og organisationerne forvitrer. Deres opgaver falder væk, overtages af lokale kræfter eller løses på international basis. Samfundsstrukturene bliver flade og fleksible. Menneskelig mangfoldighed afløser industrisamfundets ensretning og konforme standardmennesker«. ⁶⁸ En næsten postmodernistisk tanke, der også følger som en logisk konsekvens af, at nationalstaten så at sige fralægger sig eller opgiver ansvaret for at løse nationens problemer. Staten vil i den situation være henvist til blot at administrere de internationale organers beslutninger og/eller forestå en mere eller mindre passiv (økonomisk og materiel) samordning af de regionale tiltag.

I sidstnævnte tilfælde, hvor der anlægges en mere optimistisk vurdering af de omhandlede udviklingstendenser, opløses modsætningsforholdet, for så vidt som forudsætningen her netop er, at samarbejde på alle niveauer er nødvendigt for at imødegå problemerne. En løsning af de økologiske problemer kræver f.eks. en samordnet indsats på alle niveauer, hvor man på den ene side udnytter den synergetiske effekt, der er forbundet med enhver – vellykket – organisering af indsatsen, og på den anden side sikrer, at forudsætningerne for at løse problemerne på et givet niveau er til stede i kraft af overordnede, nationale eller internationale, tiltag. Målet vil derfor her være at skabe stærke, handlingsdygtige organer på alle niveauer – et perspektiv, som dog i en række af de europæ-

67. *Søren Viemose* 1990 s. 62f.

68. *Poul Schlüter* i en tale 20/9 1988 til The American-European Community Association i The Reform Club i London, cit. efter *Information* 22/9 1988.

3.4. Miljøstaten som velfærdsstatens arvtager

iske lande, der endnu »slås« med etniske og nationale mindretal, tilsyneladende har lange udsigter.⁶⁹

69. Hovedeffekten af det europæiske samarbejde i EU synes på denne baggrund for nærværende at begrænse sig til opretholdelse af en vis sikkerheds- og indenrigspolitisk stabilitet, ved at medlemsstaterne udadtil undgår åbenlys rivalisering og indadtil tvinges til opretholdelse af demokratiske styreordninger. Betydningen heraf må dog heller ikke underkendes, hvad 1990'ernes borgerkrige i Jugoslavien tydeligt illustrerer. Som *Noberto Bobbio* 1992.280 noterer: »Endnu har krig ikke brudt ud mellem statssamfund med etablerede demokratiske styreformer«. Om videregående perspektiver med EU-samarbejdet, se *Henrichsen* 2001.

Konfrontation med nyere statsteorier

4.1. Klassifikation af statsformer

Som fremstillingen ovenfor viser, er det muligt at analysere udviklingen af det moderne samfunds statsformer stort set uden at komme ind på den for sådanne studier centrale målestok for en vurdering af samme, nemlig legitimitetsspørgsmålet.⁷⁰ Det ligger imidlertid som en implicit forudsætning for de foregående analyser, at styreformernes udvikling skal ses på baggrund af ønskerne om at fastholde i hvert fald de dominerende befolkningsgruppers accept af og tilslutning til den statslige magtudøvelse.

Med de styreformers, der her er udviklet som historisk-specifikke kategorier af idealtypisk karakter, er det for så vidt også en enkel sag at forsyne hver af dem med en legitimitetsmæssig etiket, idet der kan sondres mellem *konstituti- onel*, *demokratisk* og *participatorisk legitimitet* som udtryk for de centrale aspekter af den folkelige accept af de respektive styreformers: Retsstaten hyldes således af borgerskabet, fordi dens grundlæggende principper er forankret i en forfatning (eller som i England i en århundredelang statsskik). Velfærdsstaten accepteres af arbejderklassen, fordi magtudøvelsen her hviler på et repræsenta-

70. Legitimitetsbegrebet er fundamentalt i politisk videnskab som udtryk for en grundværdi på linje med retssikkerhed og effektivitet. Med legitimitet forstod *Max Weber* de grunde, som de styrede i et samfund har til at acceptere styringen, og med sondringen mellem traditionelt, karismatisk og legalt herredømme pegede Weber herved på tre sådanne grunde (1922/1971 s. 5f og s. 89ff). I den marxistiske statsteori benyttes legitimitetsbegrebet som et udtryk for statsstyrets »tilslørende« funktioner i forhold til dets »sande« karakter af klassestyre (se f.eks. *Ole Krarup* 1987 s. 12ff). Heroverfor søger *Lars D. Eriksson* 1975.145 s. 149 at udvikle et »dynamisk legitimitetsbegreb«: »Legitimitetsbegreppet blir för samhällsmedlemmarne den måttstock med vilken de bedömer en regims 'politiska kompetens', dess förmåga att lösa de samhälliga uppgifterna utgående från samhällets förutsättningar«. Det er i denne almene betydning, at legitimitetsbegrebet anvendes her.

Kapitel 4. Konfrontation med nyere statsteorier

tivt demokrati, der yderligere i visse henseender er udbygget med korporative indflydelsesmuligheder. Tilslutningen til miljøstaten – fra funktionærklassen – vil tilsvarende bero på den udstrækning, hvori der institueres særlige participationsordninger, som giver den enkelte mulighed for at øve indflydelse på fastlæggelsen af egne levevilkår.

De nærmere strukturelle kendetegn for de omhandlede statsformer kan på grundlag af analyserne i det foregående sammenfattes i en idealtypisk beskrivelse som anført i nedenstående oversigt. Det kan måske synes unødvendigt med en så relativ detaljeret kategorisering af statsformerne med ikke mindre end 9 undertyper, som denne oversigt opererer med. Klassifikationerne fører imidlertid til frembringelsen af en række begreber, som man kan støde på overalt i den samfundsvidenskabelige litteratur, men her typisk med varierende, undertiden uudtalte og i mange tilfælde upræcise betydninger. Taget i en mere specifik betydning refererer sådanne begreber til et bestemt aspekt af vedkommende statsform, og når der som her skal foretages en systematisk kontrastering og sammenligning af de forskellige statsformer, er det nødvendigt at holde sig for øje, hvilket aggregeringsniveau de forskellige aspekter med dertil hørende kendetegn befinder sig på. Taget under ét opnås herved en begrebsmodel, som til enhver tid gør det muligt entydigt at indplacere samfundsvidenskabernes statsteoretiske begreber og beskrivelser i en konsistent, meningsfuld sammenhæng.

Statsform / Legitimering	Retsstat / Konstitutionel	Velfærdsstat / Demokratisk	Miljøstat / Participatorisk
Aktivitets- grundlag	Forfatningsstat	Demokratisk stat	Forhandlingsstat
Aktivitets- mønster	Lovstat	Reguleringsstat	Planlægningsstat
Aktiviteter	Processtat	Institutionsstat	Selvforvaltnings- stat

Oversigt: Det moderne samfunds statsformer

4.2. Teorien om den norske embedsmandsstat

De begrebsmæssige stipulationer kan imidlertid også benyttes i et kritisk øjemed, som grundlag for en analyse og kritik af foreliggende statsteoretiske antagelser. Med det formål skal jeg i det følgende se nærmere på specielt retsstatsbegrebets anvendelse i historieforskningen. Ikke overraskende kan dette begreb her ses anvendt i flere forskellige betydninger med heraf følgende divergerende resultater med hensyn til vurderingen af historiske og nuværende statsformers karakter.

Begrebsanvendelsen i nyere dansk forvaltningshistorie er nærmest eksemplarisk i så henseende. I en forvaltningshistorisk antologi⁷¹ anvendes begrebet »retsstat« i to stik modsatte betydninger med deraf følgende divergerende kvalificeringer af de beskrevne forhold. Således konkluderer *Tim Knudsen* (a.st. s. 28), at »retsstatslige principper og tankegange i høj grad var blevet opbygget under enevælden«, mens *Inger Dübeck* (a.st. s. 113) afslutter sin analyse med ordene: »Danmark er efter min hypotese først blevet en retsstat et godt stykke tid efter Anden Verdenskrig i det 20. århundrede«. Det er nærliggende at indlægge en substantiel modstrid i disse udsagn, men i realiteten er de divergerende opfattelser blot udtryk for en forskellig brug af retsstatsbegrebet.

Således er *Tim Knudsen*'s konklusion dikteret af en begrebsanvendelse, som er typisk for historikeren, der vil forstå fortiden på sine egne præmisser. Som det her forklares, blev der allerede under enevælden opbygget et »moderne bureaukrati«, behersket af »universelle og egalitære normer«, med »vægt på professionalisme og personlige meriter« og med en centraliseret struktur, hvor »jurister efterhånden (havde) fået et fuldkomment magtmonopol« (s. 27). På denne baggrund er det ikke urimeligt at karakterisere enevælden som et statsstyre, der i hvert fald har stærke retsstatslige træk, selv om det naturligvis i andre henseender ligger fjernt fra nutidens forestillinger om en retsstat. Ved at benytte et abstrakt-ahistorisk retsstatsbegreb bliver det imidlertid muligt at karakterisere enevælden som en *art* retsstat, en »patromonial retsstat« som nedenfor omtalt.⁷²

Inger Dübeck's »hypotese« kan imidlertid heller ikke afvises. Her er udgangspunktet den weberske opfattelse af begrebet retsstat som udtryk for en idealtypisk statsform, hvis realisering forudsætter opfyldelsen af visse retlige mindstekrav, herunder beskyttelse af ejendomsretten og den personlige frihed (s. 99). Denne statsform kontrasteres med »den bureaukratiske stat« i webersk forstand, det vil sige en forvaltningsform, der nok »tilfredsstiller individets krav på

71. *Helle Blomquist* og *Per Ingesman* 1993.

72. *Henrichsen* 1991.263.

Kapitel 4. Konfrontation med nyere statsteorier

retssikkerhed og forudberegnelighed« (s. 101), men som også – på grund af en iboende rationalistisk systemlogik – tenderer mod at lukke sig af fra omverden. Således vil bureaukratiet på én gang søge at undgå kontrol ved uafhængige domstole og skjærme sig fra den »irrationelle« offentlige mening ved at udelukke offentlighed omkring dets aktiviteter. Mens domstolskontrollen indføres med grundloven af 1849 (jfr. § 63), er det først med offentlighedsloven af 1970, at princippet om offentlighed i forvaltningen bliver indført i Danmark, og det er (især) med henvisning hertil, at forfatteren konkluderer som ovenfor nævnt.

Inger Dübecks idealtypiske begrebsanvendelse svarer til at vurdere fortidens statsstyre ud fra nutidige forestillinger om en »retstat«, hvilket for så vidt er legitimt, men konklusionen bør i så fald modificeres eller præciseres i retning af, at Danmark – ud fra den valgte synsvinkel – først i nyere tid kan siges *fuldt ud* (eller tilnærmelsesvis fuldt ud) at være realiseret som retsstat. Til forskel herfra lægger Tim Knudsens realtypiske begrebsanvendelse op til en vurdering af fortidens (enevældens) statsstyre på dets egne præmisser. De mangler, som Inger Dübeck fremhæver i sin analyse af 1800-tallets statsstyre set i forhold til en idealtypisk retsstatsmodel, indgår således forudsætningsvis i Tim Knudsens realtypiske retsstatsbegreb, der netop – implicit – indbefatter de konflikterende hensyn og interesser, som efter det anførte kendetegner bureaukratiet. Alligevel kan det som sagt – med mening – hævdes, at disse styreformere repræsenterer noget retsstatsligt, i hvert fald i embryonal form.

Den af *Francis Sejersted* (1984) lancerede teori om retsstaten i norsk statsstyre⁷³ afviger både i begrebsanvendelse og med hensyn til sine empiriske konklusioner fra de ovennævnte antagelser. Sejersteds teori er nærmere bestemt en teori om karakteren af den såkaldte »*embedsmandsstat*«, som karakteriserede det norske statsstyre i perioden fra indførelsen af et konstitutionelt styre i 1814 indtil overgangen til parlamentarisk styre i 1884 (ibid. s. 16). Med udtrykket »*embedsmandsstat*« henvises til embedsstandens dominerende indflydelse på statsstyret i 1800-tallet, en indflydelse der hidtil – af bl.a. *Jens Arup Seip* (1963) – havde været forklaret med henvisning til det norske statsstyres særegne placering som led i den Svensk-Norske Union. Embedsmandsstaten havde således med Seips ord været opfattet som et særnorsk fænomen, »en eiendommelig maktstruktur«, der faldt uden for »vanlige vesteuropæiske forfatningstyper«. ⁷⁴

Heroverfor har Francis Sejersted gjort gældende, at embedsmandsstaten ikke er mere speciel, end at den må betragtes som et typisk udslag af en retsstatslig konstruktion i overensstemmelse med tidens liberalistiske idealer i Europa (op.

73. Jfr. ovenfor kap. 2.2.

74. *Seip* 1963 s. 13 og s. 21.

4.2. Teorien om den norske embedsmandsstat

cit. s. 17ff). Ræsonnementet er nærmere bestemt, at det tidligere beskrevne retsstatslige ideal om et afpolitiseret statsstyre uvægerligt bringer embedsstanden i forgrunden. Sejersted vil ligefrem tage udviklingen som et udtryk for, at borgerskabet kollektivt har afstået fra at udøve sin magt og overladt den til embedsmændene, netop for derved at opnå et »rutinepræget« statsstyre (s. 17ff og s. 24ff). Disse to sammenhængende antagelser – forestillingen om »politikens ophævelse« og ideen om »borgerskabets abdikation« – udgør kernen i Sejersteds karakteristik af 1800-tallets embedsmandsstat. Denne teori, der er inspireret af Habermas' analyser af »Den borgerlige offentlighed« (1962/1971), er i sig selv blevet udsat for hård kritik af andre historikere.⁷⁵ Her er det imidlertid ikke teoriens retlige eller empiriske holdbarhed, der interesserer, så meget som det er den måde, hvorpå begreberne anvendes af Sejersted. Denne begrebsanvendelse afslører således en historieopfattelse, der i hvert fald er vanskelig at forene med den udviklingsmodel, som den ovenstående oversigt angiver.

Når Sejersted nærmere skal karakterisere embedsmandsstaten, sker det med begreber som *retsstat og demokrati*, hvorved også disse begrebers modsætninger – despoti og enevælde – inddrages. Således repræsenterer embedsmandsstaten for Sejersted – i et retsstatsligt perspektiv – »højdepunktet for statsmaktens begrænsede kompetence«, mens den – i et demokratiperspektiv – kun udgør »et trinn på stigen« (s. 16). Sejersted har illustreret betragtningssåden med nedenstående figur, hvor det historiske perspektiv udvides til de seneste 300 år (a.st.):

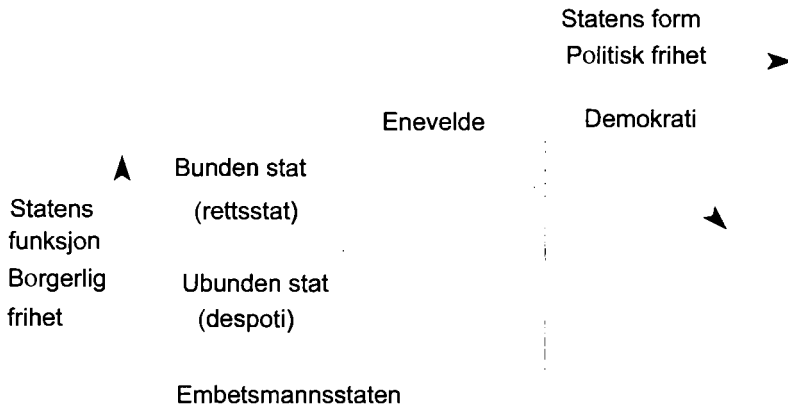


Fig.: *Embedsmannsstaten i norsk historieteori (Francis Sejersted 1984)*

75. Per Maurseth 1981.160; Peter Ørebech 1980.284.

Kapitel 4. Konfrontation med nyere statsteorier

Med andre ord skal udviklingen ifølge Sejersted have bevæget sig fra en despotisk enevælde over en retsstatslig form for enevælde til en demokratisk retsstat, der imidlertid – som pilen skal vise – tenderer mod igen at bevæge sig i retning af et despoti, men altså vel af mærke et »despotisk demokrati«. Hertil bemærkes for det første, at Sejersted hermed tydeligvis benytter begreberne retsstat og demokrati som abstrakte ahistoriske kategorier. Et hvilket som helst statsstyre forudsættes med andre ord at kunne karakteriseres i termer som retsstat (despoti) og demokrati (enevælde). Begreberne refererer således til forskellige aspekter af statsstyret, henholdsvis et *funktionelt* (retsstatsaspektet) og et *strukturelt*, formmæssigt (demokratiaspektet). Der er derfor heller ingen begrebsmæssig sammenhæng mellem de to kategorier. Retsstaten kan realiseres fuldt ud i såvel et enevældigt som et demokratisk system. Omvendt kan et demokratisk styre antage såvel retsstatslig som despotisk karakter.

For det konkrete tilfælde – den norske embedsmandsstat – vil det ifølge Sejersted være rigtigst at karakterisere denne som et i maksimal grad retsstatsligt styre og – omvendt – som et minimalt demokratisk styre. Demokratiet, siger Sejersted, »mobiliseres« i den konkrete historiske situation »på retsstatens side«. I og for sig rammer denne beskrivelse ganske præcist i forhold til min ovennævnte karakteristik af 1800-tallets statsstyre.⁷⁶ Forskellen består i, at jeg med denne karakteristik vil bestemme »retsstaten« som et historisk-specifikt fænomen med en række nærmere bestemte funktionelle og strukturelle kendetegn. Begrebsanvendelsen er netop her styret af den bagvedliggende antagelse om en *sammenhæng* mellem funktion og struktur.

For Sejersted, der benytter retsstatsbegrebet som en abstrakt-ahistorisk kategori, er der derimod som anført ingen sammenhæng mellem form og indhold. Her er det – i overensstemmelse med den tyske retsteoretiker *Carl Schmitts* tankegang⁷⁷ – alene indholdet, der bestemmer, hvad en retsstat er. Det fører til den – for en historisk betragtning – noget ejendommelige hypotese, at enevældens og demokratiets styreformer i lige (ringe) grad kan betragtes som retsstatslige konstruktioner. Med andre ord kan enevælden og demokratiet »tage hinanden i hånden«: Hvad indholdet angår, er der ikke – eller behøver der ikke at være – nogen forskel; forskellen beror alene på noget rent formelt. Det kunne herefter synes som om, at det er en »smagssag«, om man foretrækker demokrati eller enevælde, når man i øvrigt blot bekender sig til de retsstatslige værdier, forudsætningen om den bundne stat. I hvert fald var der for Carl Schmitt ingen

76. Jfr. ligeledes med tilslutning til Sejersted, *Dalberg-Larsen* 1984 s. 58 ff og s. 84 og *Rune Slagstad* 1987 s. 77ff, særligt s. 82ff.

77. Schmitt 1928/1970.

4.2. Teorien om den norske embedsmandsstat

modsatning mellem retsstatens idealer og den nationalsocialistiske idé, som han selv tidligt bekendte sig til.⁷⁸

Sejersteds begrebsanvendelse er typisk *reduktionistisk*:⁷⁹ Form og indhold skilles ad – og kan – i det teoretiske modelarbejde (jfr. figuren ovenfor) sættes sammen igen efter behag, uden at det behøver at gøre nogen kvalitativ forskel. Som sådan er modellen uden forklaringsmæssig effekt. For hvordan skal man på baggrund af denne model forklare, at der i den konkrete situation rent faktisk opstår en konflikt mellem retsstatslige og demokratiske værdier som ovenfor beskrevet. Udgangspunktet er jo efter begrebsmodellen, at retsstaten kan kombineres med både det ene og det andet. Praksis viser imidlertid noget andet. Ideen om den bundne/begrænsede stat kan ikke forenes med ideen om folkestyre, med et demokrati i nutidig forstand. Da de demokratiske ideer går af med sejren, undergraves de retsstatslige værdier af ramme- og bemyndigelseslove og – ikke mindst – af en i kompetencemæssig henseende nærmest ubegrænset lovgivningsmagt, der tilmed ikke viger tilbage for uafsladeligt at foretage revisioner og udvidelser af de eksisterende regelværker.

Dette er vel at mærke Sejersteds egen vurdering af den historiske udvikling. Alligevel taler Sejersted om en »demokratisk retsstat« – om en socialstatslig styreform, hvor retsstaten »mobiliseres på demokratiets side« – omend rigtig nok med en tendens »i nedadgående retning«, som det også fremgår af figuren ovenfor. En sådan karakteristisk af socialstaten som delvis »retsstatslig« synes – selv med det anførte forbehold – at være vanskelig at forene med Sejersteds eget begreb om en retsstat. Tilsyneladende optræder socialstaten ganske ubundet og ubegrænset. Den flig, som Sejersted finder til at forsvare sin hypotese med, er den *ændrede opfattelse* af demokratiet, som erfaringerne med 1930'ernes totalitære regimer afføder. Men denne ændrede opfattelse, der for øvrigt kun vedrører udviklingen af borgerskabets egen forståelse af forholdene, sætter sig altså ingen spor i Sejersteds begrebsanvendelse. For ham er retsstaten fortsat en abstrakt ahistorisk styreform, der kan kombineres med både enevælde og demokrati.

Sejersteds begrebsanvendelse er for så vidt relevant nok, når det alene drejer sig om at forstå den såkaldte »embedsmandsstat« på sine egne præmisser. Kalamiteten er, at Sejersted også vil forklare og endda kritisere nogle aktuelle udviklingstendenser ud fra denne begrebsmodel. Til dette formål kommer hans begrebsanvendelse til kort. Uden at give begreberne et konkret historisk fæste er det ikke muligt at foretage sådanne – videregående – analyser. De historiske erfaringer viser, at der er en snæver sammenhæng mellem form og indhold,

78. Seip 1984.77 s. 78ff.

79. Cfr. ovenfor kap. 1.2 om det holistiske perspektiv som reduktionismens modstykke.

Kapitel 4. Konfrontation med nyere statsteorier

hvilket for så vidt også kun er, hvad man på forhånd måtte forvente.⁸⁰ I den historiske situation fremtræder således den konstitutionelle, magtfordelte stat som en garanti for et bundet/begrænset statsstyre. Den teoretiske, begrebmæssige konsekvens heraf, er, at denne – historisk-specifikke – statsform opfattes som selve indbegrebet af en retsstat. Kun derved bliver det muligt at holde denne statsform analytisk adskilt fra såvel tidligere som efterfølgende statsformer, der i både form og indhold afviger fra retsstaten.

Der var ingen grund til at beskæftige sig med Sejersteds begrebsmodeller, hvis det ikke var, fordi deres anvendelse kunne føre til alvorlige fejlslutninger. Et væsentligt problem i den forbindelse fremgår allerede af Sejersteds egne analyser som sammenfattet ved den i skemaet indføjede retningsgivende »pil« til illustration af udviklingen af det norske statsstyre. At enevælden i starten skulle have haft karakter af et fuldstændigt ubundet despoti, må således efter de foranstående analyser bestrides. Enevælden var fra tidligste færd et bundet styre, omend naturligvis langt fra i samme udstrækning som under retsstaten. Karakteristikken af enevældens – tidligste – styreformer, hvor som bekendt Norge var i union med Danmark, som et despoti, er derfor efter min opfattelse misvisende.⁸¹

Af større praktisk betydning er imidlertid Sejersteds interpretationer, for så vidt angår nutidens socialstatslige styreformer. Her vil Sejersted ganske vist ikke frakende dette styre et vist mål af retsstatslighed, men tendensen er som sagt »for nedadgående«. Muligheden af overhovedet at opfatte socialstaten som en *udvidelse* af den retsstatslige konstruktion og for så vidt med tilsvarende retssikkerhedsmæssige implikationer, omend realiseret under væsentligt anderledes former, ligger helt uden for den forståelsehorisont, som Sejersteds begrebsanvendelse implicerer. Man tør på denne baggrund dårligt tænke på, hvorledes en konstruktion som den miljøstatslige – den statsform, der i oversigten ovenfor er karakteriseret med stikord som »forhandlingsstat«, »planlægningsstat« og »selvforvaltningsstat« – vil blive placeret i Sejersteds skema;

80. Jfr. den teoretiske modelbetragtning ovenfor, kap. 1.2.

81. At netop den danske konge ved *Kongeloven af 1665* fik en – i europæisk sammenhæng – usædvanlig stærk stilling, ændrer ikke ved dette forhold. De danske enevældskonger udnyttede aldrig deres magtstilling på en sådan måde, at statsstyret med nogen rimelighed kan betegnes som et »despoti«. Om kongeloven bemærker *Ditlev Tamm* 1996 s. 129, at man beundrende har betegnet denne lov – *Lex Regia* – som »et af absolutismens pyramidale kunstværker«. Således var loven udformet som en fundamentallov – en *lex fundamentalis* – med en konsekvent angivelse af det teoretiske grundlag for kongemagten i overensstemmelse med samtidens statsretsopfattelse (*Jean Bodin* 1576), dvs. som en uigenkaldelig herskerkontrakt, der forlener monarkiet med absolut suverænitet med dertil hørende majestætsrettigheder, og som sikrer, at tronen går i arv til kongens efterfølgere.

4.3. En fase teori om statsstyrets udvikling

måske som en rent despotisk styreform? I så fald har Sejersteds begrebsmodel afsløret sig som åbenlyst ufrugtbar til en beskrivelse af virkelighedens fænomener af statslig karakter.

Sejersteds retsstatsbegreb har været udsat for en lignende kritik af ovennævnte *Jens Arup Seip* (1984.77), der uden forbehold betegner samme som »et misgreb, et misbegreb«. Seip peger netop på, at retsstat og konstitutionalisme hører til i en bestemt historisk situation – en fase i statsstyrets udvikling fra enevældig stat til parlamentarisk flerpartistat. Når Sejersted vil anvende sit – snævre – retsstatsbegreb til at beskrive dette århundredes styreformer, kommer det let til at fremtræde som et kritisk element med liberalt-konservative undertoner. De retsstatslige værdier føres i marken som led i en konservativ ideologi vendt mod det ekspanderende demokrati og den fremvoksende velfærdsstat. Som Seip udtrykker det (a.st.): »Hans historiske konstruktion gir norsk konservatisme og Høyre en fornem fortid«.

4.3. En fase teori om statsstyrets udvikling

Sejersteds analyser tager som nævnt udgangspunkt i en bestemt epoke i det norske statsstyres historie, perioden fra 1814 til 1884, hvor statsstyret havde karakter af et konstitutionelt monarki. Det er den periode, hvor retsstaten – med embedsmandsstaten som sit ydre synlige udtryk – dominerer. Tilsvarende indleder Dalberg-Larsen sin historie om retsstaten i Danmark med grundlovens vedtagelse i 1849, mens han lader sin beretning om socialstaten i Danmark starte omkring 1870. Socialstaten, der undervejs transformeres til en »velfærdsstat«, når sit højdepunkt – eller med Dalberg-Larsens ord sit »lykkelige øjeblik« – i 1960'erne, hvor imidlertid en nyorientering af statsstyret sætter ind med »planlægning og borgerdeltagelse« som de foreløbig mest markante islæt.⁸² Det er disse strukturelle nydannelser, der får Dalberg-Larsen til at spørge: »... og hvad så?«

Sådanne faseopdelinger, der yderligere kan forfines – Dalberg-Larsen udskiller f.eks. 3 faser i socialstatens udvikling – kan være et velegnet instrument til

82. 1984 s. 55 og s 118. Dalberg-Larsen er dog ikke mere håndfast i sin datering af retsstatens opståen, end at han også afdækker træk af statsstyrets tidligere udvikling, som – med lidt god vilje – kan betragtes som retsstatlige (s. 54f). Se tilsvarende forbehold med hensyn til socialstatens fremvækst, s. 93. Mens empirien for den danske retsstats vedkommende kun er sparsomt behandlet i Dalberg-Larsens fremstilling (s. 55-59), giver denne forfatter en mere dybtgående fremstilling af socialstatens udvikling i såvel internationalt som nationalt perspektiv (s. 102-118 og s. 118-124). Udviklingen af planlægning og borgerdeltagelse i Danmark er derimod kun relativt kortfattet behandlet (s. 167-172).

Kapitel 4. Konfrontation med nyere statsteorier

at lette overblikket over et langt begivenhedsforløb. De *analytiske* perspektiver med samme, deres forklaringsmæssige effekt, afhænger derimod fuldstændig af de tilgrundliggende forklaringsmodeller, for så vidt der overhovedet er nogen. I modsat fald indskrænker værdien heraf sig til noget rent fremstillings-teknisk, selv om det naturligvis ikke kan udelukkes, at beskrivelserne af de konkrete udviklingsforløb kan indpasses i nogle teoretiske forestillinger om udviklingen af de pågældende forhold.

Hvis faseopdelingen derimod grunder sig på en generel forståelse af samfundets udviklingsmåde, er det selve denne forståelse, der kan sættes til debat, og spørgsmålet bliver da, hvorvidt den pågældende opfattelse – eller interpretationsmodel om man vil – bidrager til en forklaring af det konkrete udviklingsforløb. Den følgende skitse repræsenterer en sådan interpretationsmodel for en beskrivelse af statsstyrets udvikling i det moderne samfund med særlig henblik på *tidsfæstelse* af de afgørende faser i udviklingen. Modellen baserer sig på en forklaringsmodel for samfundsudviklingen som helhed, hvor den teknologiske og værdimæssige udvikling skaber ustabile overgangsperioder, der afløses af relativt stabile videreudviklingsperioder.⁸³ Denne model udformes her specielt med henblik på statsformernes udvikling, som vist i nedenstående oversigt:⁸⁴

83. Udviklingen antages således at foregå *cyklisk*, jfr. herom nærmere *Henrichsen* 1997 s. 42ff.

84. Modellen har en vis lighed med Habermas' analyseskema for samspillet mellem udviklingslogik og -dynamik (*Habermas* 1976 s. 92ff, jfr. *Teubner* 1988.43f), hvor der skelnes mellem: 1) udgangstilstand, 2) evolutionære udfordringer, 3) eksperimentfasen og 4) stabilisering. Til sammenligning udskiller H. Heclø 1981, som omtalt af *Anton Sten* 1986.528 s. 532, 4 stadier i velfærdsstatens udvikling: »eksperimentfasen« (1870-1920), »konsolideringsfasen« (1930-40), »ekspansionsfasen« (1950-60) og »reformuleringsfasen« (1970-).

A. Overgangsfase

Aktualisering af indre modsætninger i samfundets styring som følge af voksende sociale problemer i kølvandet på omlægninger af samfundets produktionsmåde. Denne fase kan underopdeles i følgende 2 faser:

1. Nyorienteringsfase, karakteriseret ved at ændrede værdinormer skaber et pres for en nyorientering af samfundets styring med henblik på løsning af voksende sociale problemer i samfundet.

2. Aktionsfase, karakteriseret ved politisk kamp for fjernelse af institutionelle hindringer for social fornyelse i overensstemmelse med ændrede værdinormer.

B. Videreudviklingsfase

Overvindelse af indre modsætninger i samfundets styring gennem reorganisering af de styrende organer, som gør det muligt at imødekomme de nye krav. Denne fase kan ligeledes underopdeles i 2 faser:

3. Institutionaliseringsfase, karakteriseret ved, at et kompromis mellem nye og gamle politiske kræfter skaber mulighed for omdannelse af de styrende organer med sigte på delvis imødekommelse af de nye krav.

4. Reaktionsfase, karakteriseret ved fortsat politisk kamp for eliminering af »gamle« politiske kræfter og for perfektionering af de styrende organer som instrument for den »nye« herskende klasse.

Oversigt: En generel model af samfundsudviklingens faser

En del af usikkerheden ved den tidsmæssige datering af de forskellige faser kan løses ud fra denne model – men også kun en del. En anden del af den usikkerhed, der sædvanligvis knytter sig til sådanne dateringsforsøg, hænger sammen med, at man ofte ikke gør sig klart, med hvilket analytisk formål dateringerne skal foretages. Her foreligger i det mindste 2 muligheder: Den ene er, at dateringerne skal tjene et *normativt*, handlingsorienteret formål, det vil sige at faseopdelingen skal give et indtryk af, hvor man er på vej hen i udviklingen. Den anden er, at dateringerne blot skal tjene et bagudrettet, *deskriptivt* formål, idet de sætter os i stand til at se og eventuelt forstå, hvad der er foregået (og endnu foregår). Det er ud fra den førstnævnte synsvinkel, at jeg i det foregående

Kapitel 4. Konfrontation med nyere statsteorier

har udsondret og beskrevet de 3 statsformer i det moderne samfund: *retsstaten*, *velfærdsstaten* og *miljøstaten*. Ud fra den sidstnævnte synsvinkel kan der, med nogle mere upræcise betegnelser, skelnes mellem henholdsvis en *patrimonial*, *konstitutionel* og *demokratisk styreform*. Pointen ved at sammenholde disse synsvinkler er, at de, som det fremgår af nedenstående oversigt, giver markant forskellige resultater med hensyn til tidsfæstelsen af de respektive sæt af statsformer.⁸⁵

Analægges en rent *historisk-deskriptiv* betragtningssmåde på spørgsmålet om statsstyrets udvikling, er det for så vidt tilstrækkeligt at hæfte sig ved styreformernes ydre fremtrædelsesformer. Med dette aspekt som udgangspunkt fås en periodisering, der nok kan indpasses i den teoretiske model, men på en anden måde end forudsat. Statsstyret vil da typisk på den ene side – i begyndelsen af en periode – være resultatet af en lang udvikling, og på den anden side – henimod periodens slutning – efterhånden fremstå som et levn fra fortiden, som for længst er blevet modent til at blive udskiftet med en ny statsform.

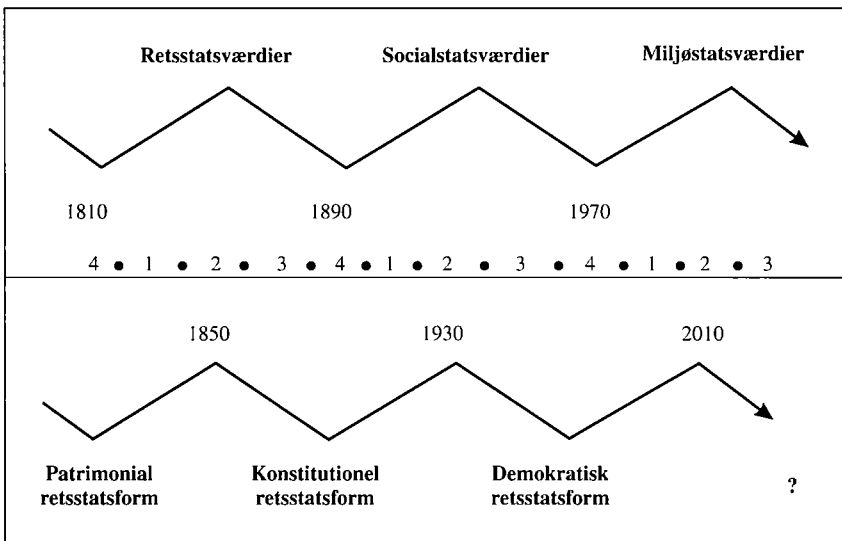
For så vidt angår det *fremtidsorienterede*, *normative* perspektiv, er det ikke tilstrækkeligt blot at se på, hvornår de enkelte statsformer kommer til fuld »udfoldelse«. Forhistorien, der leder frem til dannelsen af de nye statsformer, må også tages i betragtning, siden det netop altid vil være optaksperioden, der aktuelt har praktisk interesse. Det fører til mere bredt at tale om retsstats-, henholdsvis socialstats- og miljøstatsværdier, idet modellen herefter kan danne grundlag for en nøjere analyse af, fra hvilket tidspunkt de pågældende værdier vinder frem, hvornår de begynder at præge den politiske kamp for et mere »retfærdigt samfund«, hvornår de sætter sig igennem med dannelsen af nye statsformer til følge, og endelig hvornår de tenderer mod at komme i konflikt med nye værdier. Det er ret beset hele dette tidsrum, der har interesse, når en given statsform skal identificeres og beskrives nøjere.

I øvrigt stemmer de her anførte modelbetragtninger i hovedsagen overens med Dalberg-Larsens ovennævnte tidsmæssige dateringer. At retsstaten som

85. Overgangs- og videreudviklingsperiodernes længde er – idealtypisk – fastsat til ca. 40 år. I praksis må der naturligvis regnes med en betydelig grad af overlappning mellem perioderne, hvorfor den reelle længde af samme måske snarere er omkring 50-60 år, svarende til de intervaller, som *Cesare Marchetti* (1980, 1994) regner med, for så vidt angår innovationer af i princippet en hvilken som helst art, jfr. herom nærmere *T. B. Jansen* 1983 s. 85ff, og samme i *Jens Gunst m.fl.* 1985 s. 61ff. At de miljøstatslige værdier – ud fra sådanne betragtninger – kan forudsiges at sætte sig igennem ved en dyberegående ændring af styreformens gang i begyndelsen af det nye århundrede, skal der naturligvis ikke lægges for meget i. Dette er under alle omstændigheder en forudsigelse, der hviler på en forudsætning om, at man politisk drager konsekvensen af de ovenfor beskrevne aktuelle udviklingstendenser, for så vidt angår samspillet mellem stat og samfund.

4.3. En fase teori om statsstyrets udvikling

styreform realiseres i midten af 1800-tallet, er utvivlsomt. At endvidere socialstaten for alvor sætter sig igennem godt og vel 80 år senere, det vil sige i 1930'erne, synes der ligeledes at være almindelig enighed om, selv om der ikke på dette tidspunkt optræder nogen markante ændringer af i alt fald de konstitutionelle rammer for styreformen i Danmark. Alligevel synes det rimeligt indikeret, at social-liberalismen netop på den tid – på baggrund af den verdensomspændende samfundsøkonomiske krise og en arbejdsløshed uden sidestykke i historien – slår igennem på alle niveauer.⁸⁶



Oversigt: Normative og deskriptive aspekter af statsstyrets udvikling

86. Det gælder både *politisk* (med Stauning-Munch regeringerne gennem hele årtiet og Socialdemokratiets og Det Radikale Venstres overtagelse af flertallet i Landstinget i 1936), *økonomisk* (jfr. Kanslergadeforliget i 1933 med indførelse af en række planøkonomiske indgreb til sikring af beskæftigelsen), *lovgivningsmæssigt* (jfr. socialreformen i 1933 og senere lovreformer til forbedring af arbejdstagernes forhold) og *institutionelt* (jfr. inddragelse af arbejdsmarkedets organisationer i lovgivningsprocessen i et hidtil ukendt omfang). Det i 1939 vedtagne forslag til en ny *forfatning*, hvorved bl.a. Landstinget skulle afskaffes, opnåede som bekendt ikke det fornødne kvalificerede flertal ved folkeafstemningen samme år; men afstemningen viste dog, at forslaget havde støtte fra et flertal af befolkningen.

4.4. Velfærdsstatens »lykkelige øjeblik«

De idealtypiske modelbetragtninger stemmer også med *Jørgen Dalberg-Larsens* karakteristik af 1960'erne som »velfærdsstatens lykkelige øjeblik« (1984 s. 147, note 149), et udtryk som han i øvrigt har lånt fra Sejersted (1984 s. 52), der taler om retsstatens og »det liberale samfunns lykkelige øjeblik« i midten af forrige århundrede. Disse måske lidt intuitive betragtninger understøttes af interpretationsmodellen ovenfor, hvor reaktionsfasen i den sidste del af videreudviklingsperioden umiddelbart – og som det må forekomme, noget abrupt – afløses af en nyorienteringsfase som optakt til en (ny) overgangsperiode. Empirien, som den fremlægges af Dalberg-Larsen (op. cit. s. 147f), for så vidt angår beskrivelsen af velfærdsstatens udvikling i 1960'erne, stemmer helt med disse modelbetragtninger: Den eksponentielle vækst i det offentlige virksomhed, der kendetegner denne periode, kan forklares som et udslag af den *perfektionering* af statsstyret, som netop måtte kunne forventes på den tid. En udvikling, der manifesterer sig gennem en række store lovreformer, hvorved velfærdsstatens mål realiseres i en hidtil uset grad, foruden omfattende administrative reformer med sigte på tilpasning af forvaltningsapparatet til de ekspanderende offentlige opgaver.⁸⁷

Netop da forventningerne til det velfærdsstatslige projekt, der nu nyder bred tilslutning blandt de etablerede politiske partier, ser ud til blive indfriet, sætter imidlertid en *modreaktion* ind. Det bliver – af mange grunde – »for meget« med alt dette velfærd, prisen er for høj, og kritikken af velfærdssamfundet begynder så småt at tage form fra slutningen af 1960'erne. Velfærdsstaten nåede således sit højdepunkt i dette årti, men det var netop kun »et øjeblik«, at denne statsforms politiske magthavere fik lov til at »hvile på laurbærrene«. Et åbenlyst paradoks tilsyneladende, men et forhold der skal ses på baggrund af den logik, der består i, at når man – efter en måske årelang politisk kamp – har nået sine mål, så bliver de selvsamme mål – både bogstaveligt/retligt og i social-psykologisk forstand – til »rettigheder«. Velfærdsstaten er ikke mere noget, der skal kæmpes for, statens ydelser er blevet til en *ret* for den enkelte, og når det er tilfældet, vil forventningerne til samfundet automatisk udvides til at omfatte noget andet og mere »end det hidtidige«, in casu andet og mere end materiel velstand og socialt velfærd.

Denne del af historien er samtidig et lille lærestykke i generationsopgør. Generationen fra 1930'erne, som på sin egen krop havde mærket følgerne af den omfattende arbejdsløshed, der i byerne nåede op på omkring 80% af den organiserede arbejdsstyrke, og som – uden sociale støtteordninger af blot

87. Se om 1970'ernes administrative reformer *Henrichsen* 1999 s. 124ff.

4.4. Velfærdsstatens »lykkelige øjeblik«

tilnærmelsesvis samme karakter som nutidens – havde måttet se sig henvist til private folkekøkkener og varmetuer for overhovedet at overleve – denne generation førte i de efterfølgende årtier en politisk kamp for »social retfærdighed«, som til stadighed krævede politiske kompromiser med de borgerlige kræfter. Det må da betragtes som en skæbnens ironi, at netop denne – på én gang svært belastede, men også succesrige – generation fra slutningen af 1960'erne må se sine egne børn og arvtagere efter det velfærdssamfund, som den havde skabt, kaste vrang på de selvsamme værdier. Et generationsopgør, vendt mod velfærdssamfundet og dets etablerede institutioner, sætter ind – i nogle lande (specielt Frankrig, men i nogen grad også Tyskland og Italien) med så voldsom styrke, at selve statsmagten en overgang er truet.

Dette »ungdomsoprør«, der udspringer af en generation, der aldrig har kendt til fattigdom og social nød, giver sig paradoksalt nok udslag i en tiltagende kritik af velfærdssamfundet for at være »socialt uretfærdigt«. I opgøret med den ældre generations værdier henter den nye generation inspiration i den marxistiske lære, der netop indeholder *den* fundamentale kritik af det bestående – foruden løfter om en bedre verden gennem en »statisering« af den samfundsmæssige produktion og den enkeltes indordning under »samfundstotaliteten« – som kan synes at være svaret på dens søgen efter nye værdier. På denne måde ender ungdomsoprøret med at blive sin egen værste modstander. Den marxistiske samfundsforståelse, som det politiske »establishment« – Socialdemokratiet ikke mindst – har bekæmpet i årtier, er unægtelig ikke det bedste udgangspunkt for en dialog på tværs af generationerne. Den nye venstrefløjs beskyldninger mod Socialdemokratiet for »klasseforrædderi« på grund af de talrige kompromiser, som dette parti gennem årene har måttet indgå med de borgerlige kræfter, illustrerer karakteren af samfundsdebatten på den tid.

Tilsvarende monopoliseres debatten om de økologiske trusler af en marxistisk samfundsforståelse, der uden tøven udpeger »senkapitalismens produktionsforhold« som hovedsynderen. Dermed fås endnu et vægtigt politisk argument for afskaffelse af »kapitalismen« – et argument, som dog med den senere opløsning af de kommunistiske regimer i Østlandene og den hermed forbundne erkendelse af disse regimers økologiske uansvarlighed, har skullet vise sig at være nok så uholdbart. Et karakteristisk indslag i debatten på den tid er *C.B. MacPhersons* sønderlemmende kritik af den vestlige verdens »liberale demokratier« i bogen »Demokratiets ansigter« (1970). Forfatteren fremstiller den af markedssamfundet forårsagede knaphed på velstandsgoder i forhold til et »ubegrænset begær« som »den ubønhørlige kraft i det liberale samfunds drama«, der – så længe det varede – »var en tragedie«, og som nu har udviklet sig til et »melodrama« (s. 94f). Heroverfor understreges »den magt, som de kommunistiske lande har opnået« i kraft af, at de har frigjort sig fra markedsmora-

Kapitel 4. Konfrontation med nyere statsteorier

len: »De har afvist markedet og har ikke tabt, men vundet i styrke«, konkluderer forfatteren (s. 99).

Med bidende ironi beretter *Rudolf Klein* (1993 s. 7) om »O’Goffe’s tale«, de marxistiske katastrofevisioner om den vestlige verdens kapitalistiske samfund, hvor O’Goffe er et akronym for tre af tidens toneangivende forfattere: O’Connor (1973), Gough (1979) og Offe (1984). For Klein fremstår disse forudsigelser som intet mindre end en videnskabelig fadæse: »(A) blunder in over-predicting the crisis of the welfare state in the West while under-predicting its collapse in the East« (s. 9). Hvad disse forfattere – efter Kleins opfattelse – overså, var muligheden af, at den vestlige verdens samfund, i modsætning til de såkaldte socialistiske samfund, »might have the *political* institutions and resources required to cope with the reconciliation of competing claims and the so-called ‘crisis of the welfare state’« (s. 11). Hvilket anderledes udtrykt er en påstand om, at de demokratiske samfund har været i besiddelse af tilstrækkelige ledelsesmæssige kapabiliteter til at generere den fornødne omstilling og fornyelse som svar på de ændrede samfundsmæssige betingelser.

At Klein kan have ret i, at de vestlige samfund har besiddet en større overlevelsessevne, end man kunne forvente ud fra en marxistisk samfundsforståelse, er imidlertid ikke ensbetydende med, at overgangssamfundets problemer er blevet løst – endsige at de er blevet løst uden omkostninger. Det sidste er for så vidt netop prøvestenen på, om et samfund besidder nogen form for ledelse. Der er f.eks. ikke så stor ledelsesmæssig »kunst« forbundet med en demografisk betinget udvikling, hvor arbejdsløshedsproblemet – og dermed forbundne økonomiske følgeproblemer – løser sig selv i takt med, at mindre årgange rykker ind på arbejdsmarkedet. Tilbage vil i så fald stå en restgruppe med stadig mindre udsigt til at skaffe sig et arbejde. Som det fremgår af de foregående analyser, er det således ikke min opfattelse, at den vestlige verdens samfund rent faktisk har dokumenteret fornøden omstillingsevne. Overgangssamfundet er fortsat en realitet – hvilket for så vidt også stemmer med de ovenstående modelbetragtninger, hvor der regnes med en vis latent tid for gennemførelsen af sociale innovationer.

KAPITEL 5

Teorier om retsformernes udvikling

5.1. Teoretiske bestemmelser af retsudviklingen

En teori om retsstaten er ikke fuldstændig uden nogle forestillinger om denne statsforms retlige fremtrædelsesformer. Teorierne om statsstyrets udvikling har da også klare paralleller til retsteoriens forestillinger om udviklingen af retten og retssystemet. Disse teorier er – om ikke direkte afledte af – så dog typisk genereret ud fra nogle underforståede forestillinger om statsstyrets udvikling. Blandt disse teorier må især den af *Gunther Teubner* (1982/1988)⁸⁸ forfægtede teori om »refleksiv ret« påkalde sig særlig opmærksomhed, både som et kreativt forsøg på at sammentænke og videreudvikle de tanker, som Habermas og Luhmann har gjort sig om dette spørgsmål, og som en fremtidsrettet teori, der netop giver svar på nogle af de spørgsmål om rettens udviklingsmuligheder, som en videreudvikling af velfærdsstaten rejser. Teubner er imidlertid langt fra ene på banen. Selv har han udviklet sin teori i en polemik mod det amerikanske forfatterpar *Philippe Nonet og Philip Selznick* (1978). Hertil kommer en anden tysk retsteoretiker *Manfred Rehbinder* (1968) og australierne *E. Kamenka* og *A. Tay* (1980) med hver deres teorier om retsformernes udvikling. Også *Eike Schmidt* (1980), *Rudolf Wiethölter* (1982, 1986) og *Helmuth Willke* (1986) hører hjemme i denne sammenhæng.⁸⁹

Ved den følgende gennemgang vil jeg fortrinsvis koncentrere mig om Teubners teori, der også er den mest omdiskuterede. Indledningsvis skal der imidlertid gives et samlet rids over de omtalte teorier. Når bortses fra de anvendte

88. *Reflexives Recht* 1982; da oversættelse i *Born m.fl.* 1988.26. Henvisningerne i det følgende gælder sidstnævnte udgave.

89. I den nordiske retsdebat har teorien givet anledning til en omfattende debat med bidrag fra bl.a. *Jørgen Dalberg-Larsen* 1984, 1986, 1988, 1991, *Lars D. Eriksson* 1986.281, *Håkan Hydén* 1988.113 og *Hans Petter Graver* 1988.83. Se endvidere om debatten nedenfor 2. del, kap. 4.

Kapitel 5. Teorier om retsformernes udvikling

begreber, ligner de umiddelbart hinanden ganske meget, men i det mindste i én væsentlig henseende divergerer de indbyrdes, og det er med hensyn til deres principielle sigte eller rækkevidde, hvor Teubners og Nonet/Selznicks teorier er klart normative (for sidstnævntes vedkommende i hvert fald i egen selvforståelse), mens Rehbinders og Kamenka/Tays teorier er lige så klart deskriptive. Dette forhold gør på forhånd de to førstnævnte teorier til de mest interessante for det analytiske formål, som jeg forfølger her, og som drejer sig om at sammenkæde den forannævnte normative, handlingsorienterede statsteori med en retsteoretisk analyse.⁹⁰

Ved gennemgangen af statsteoriene ovenfor⁹¹ fremhævedes muligheden af, at den retsteoretiske analyse kunne tage sigte på *enten* at beskrive et (endnu ikke afsluttet) historisk udviklingsforløb – nemlig med henblik på at forklare baggrunden for de enkelte fasers fremvækst og udvikling – *eller* at udvikle en (præskriptiv) handlingsteori om mulighederne for videreudvikling af retssystemet. Sigtet med teoriudviklingen kan med andre ord principielt være enten deskriptivt eller normativt. Formålet med teoridannelsen er bestemmende for den synsvinkel og den metode, der anlægges ved studiet af retsudviklingen, hvoraf omvendt følger, at teoriernes rækkevidde – de slutninger, der kan udledes af samme – netop beror på deres egenskaber i så henseende. Der kan således ikke drages vidtgående slutninger om fremtidige udviklingsmuligheder ud fra en teori, som efter den valgte synsvinkel og metode er deskriptiv. Denne konsekvens fastholdes imidlertid ikke altid i det videnskabelige arbejde med retlige udviklingsmodeller (jfr. nedenfor om Nonet/Selznicks begrebsmodel).

Rehbinders udviklingsmodel er en teori, der ikke giver sig ud for andet og mere end netop en deskriptiv teori. Udgangspunktet er en sondring mellem *status-*, *kontrakts-* og *rolleret*. Sondringen mellem »statusret« og »kontraktsret«, som karakteristisk for retsformen i det primitive, feudale, respektive moderne, kapitalistiske samfund, er et lån fra ældre engelsk retsteori.⁹² I det feudale samfund fordeles rettigheder og pligter efter den enkeltes status i samfundet; i det kapitalistiske samfund sker fordelingen ved aftale mellem principielt ligeberettigede parter. Dette er hovedindholdet af den oprindelige udviklingsmodel, som Rehbinder nu udvider med en tredje fase, der særligt skulle karakterisere nutidens samfund, den såkaldte »rolleret«, hvor forudsæt-

90. Schmidt og Wiethölter dækker med deres begreber om »Sozialautonomie« og »Prozeduralisierung« i hvert fald delvis meningsindholdet i Teubners teori om refleksiv ret (jfr. *Thomas Wilhelmsson* 1988.223 s. 225 og *Teubner* 1986.3 s. 8) og vil derfor ikke blive gjort til genstand for yderligere omtale i denne forbindelse.

91. Kap. 4.3.

92. Maine 1861, jfr. *Dalberg-Larsen* 1991 s. 143.

5.2. Nonet/Selznicks teori om responsiv ret

ningen om parternes ligeberettigelse i kontraktsforhold er fraveget til fordel for en lovgivningsmæssig beskyttelse af den præsumtivt svagere part i aftaleforholdet. En teori, der – som Dalberg-Larsen (1991 s. 143) bemærker – »ligger præcist i forlængelse af velfærdsstatens egen selvforståelse som den svages værn«. Men altså også en teori, der som helhed betragtet ikke overskrider det nuværende samfunds etablerede retsorden. Rehbinders teori er netop en deskriptiv teori om den hidtidige retsudvikling, og der kan derfor ikke drages nogen slutninger med hensyn til den fremtidige udvikling. Noget andet er, at Rehbinders selv synes at vurdere udviklingen positivt, men dette er – i mangel af en nærmere, videnskabeligt funderet, begrundelse – en rent subjektiv vurdering, der som sådan ikke kan gøre krav på nogen større almen interesse.

Tilsvarende gælder med hensyn til Kamenka/Tays udviklingsmodel, der ligeledes har rødder i ældre retsteori, nemlig Tönnies' lære om udviklingen fra en uformel retsorden i det gamle »Gemeinschaft« til en mere præcist formuleret ret, der tilsikrer borgerne retssikkerhed og individuelle rettigheder i det moderne »Gesellschaft«.⁹³ De retlige kategorier er her mere vidtfavnende end den overvejende privatretligt orienterede sondring ovenfor mellem statusret og kontraktsret; men derudover er der ingen forskel mellem teorierne. Tilsvarende gælder med hensyn til den tredje kategori, som forfatterparret vil tilføje som et udtryk for den moderne velfærdsstats særlige retsorden: Den »bureaukratiske ret«, hvorved staten søger at løse de sociale problemer i samfundet. Kamenka/Tays vurdering af den sidstnævnte retsform er – som allerede den valgte betegnelse antyder – mindre positiv, men denne vurdering er lige så subjektiv og derfor af lige så ringe almen interesse som Rehbinders ovennævnte – modsatte – vurdering.

5.2. Nonet/Selznicks teori om responsiv ret

Til disse – relativt harmløse – teorier om retsudviklingen føjer sig nu en tredje teori, der endskønt den synes at måtte være »skåret over samme læst«, påkalder sig større interesse – ikke mindst på grund af den betydning, som teoriens ophavsmænd selv vil tillægge den. Det er *Philippe Nonet* og *Philip Selznicks* teori om rettens udvikling fra *repressiv over autonom til responsiv ret*. Interessen knytter sig her særligt til forfatterparrets forestillinger om den sidstnævnte retsform, den responsive ret, hvor retssystemet opfattes som en fleksibel social institution, der reagerer på de sociale behov i samfundet. For en umiddelbar betragtning synes denne udviklingsteori at placere sig i samme historiske »felt«

93. Tönnies 1867, jfr. *Dalberg-Larsen* op. cit. a.st.

Kapitel 5. Teorier om retsformernes udvikling

som de foregående, men Nonet/Selznick betragter ikke blot den responsive ret som velfærdsstatens specifikke retsform, men også som et svar på samfundets aktuelle udviklingsproblemer. Der kan derfor være grund til – som også Teubner har gjort det – at se nærmere på denne udviklingsteori.

Den »*repressive*« ret, der ses som en relativt uudviklet retsform, som i det væsentlige er indrettet på legitimering af – et uindskrænket – politisk herredømme (Raison d'État) samt på opretholdelse af ro og orden, betragtes af Nonet/Selznick som enevældens retslige udtryk og som et modstykke til de ovennævnte former for »uformel ret« og »statusret«. Udtrykket repressiv ret skal da indfange den side af den patrimoniale statsforms retsorden, der specielt angår forholdet mellem stat og borger. Tilsvarende retter udtrykket den »*autonome*« retsorden sig mod den side af den – efterfølgende – konstitutionelle statsforms retsorden, som efter sit indhold går ud på at sikre kontrol med samfundsmagten og herunder garantere rettens integritet over for det politiske ved at institutionalisere en proceduremæssig form for retfærdighed for statens borgere.

Med udtrykket »*responsiv*« ret er man da nået frem til nutidens velfærdssamfund. I dette samfund skal retten sikre materiel retfærdighed og må til dette formål – igen – være underordnet det politiske system, og den må som sådan være formålsorienteret og aktiv i sin søgen efter alternativer. Regulering gennem åbne standarder og resultatorienterede direktiver samt ved mekanismer for egendeltagelse og selvregulerende sociale systemer fremhæves af Nonet/Selznick som væsentlige ingredienser i dette retssystem, der herved adskiller sig fra den autonome ret med dertil hørende almene love og klassiske topartsprocesser som fremherskende normstruktur og retsanvendelsesform. Bedømt ud fra sit eget analytiske udgangspunkt skulle denne responsive ret repræsentere et allerede veletableret system. For Nonet/Selznick er den imidlertid mere end dette. For dem er den responsive ret også et normativt svar på tidens krav og udfordringer.

Vel vidende, at samfundets voksende kompleksitet og dynamik stiller det retlige system over for stigende krav, fremhæver Nonet/Selznick et måske hidtil mere upåagtet aspekt af den moderne ret, nemlig den heri indbyggede *fleksibilitet*. Gennem en blanding af målsætnings-, forhandlings-, kompetence-, planlægnings-, delegations- og deltagelsesnormer kan der efter deres opfattelse skabes et system, der mere eller mindre regulerer sig selv i overensstemmelse med samfundets og det politiske systems krav. Dette er i store træk, som systemet allerede fungerer i dag, og i det omfang udviklingen skaber problemer, er det for så vidt »kun« et spørgsmål om mere bevidst at indbygge sådanne *fleksibiliseringsmekanismer* i systemet. Med andre ord er der ikke noget i den aktuelle udvikling, som kan gøre det nødvendigt at bryde med den systemlogik, som den responsive ret implicerer. Materiel rationalitet fordrer, som de siger,

5.2. Nonet/Selznicks teori om responsiv ret

»integration of legal and moral judgement and of legal and political participation« (1978 s. 108), og til dette formål er netop den responsive ret et velegnet instrument. Dette synes i korthed at være Nonet/Selznicks budskab.

Nonet/Selznicks idealtypiske model af retsformernes udvikling fremtræder altså på én gang som en både deskriptiv og normativ teori. Til forskel fra Kamenkas og Rehbinders ovennævnte divergerende vurderinger af deres respektive iagttagelser af den aktuelle retsudvikling, har Nonet/Selznick et teoretisk funderet grundlag for deres normative betragtninger, som giver disse en vis vægt. Spørgsmålet er, hvor klart eller konsistent grundlaget for deres vurderinger er. Det er netop her *Gunther Teubner* sætter ind med en kritik af deres teoretiske begreb om »responsiv ret« (1988.26 s. 26ff). For Teubner er der en klar modsætning indbygget i modellen derved, at den på én gang forfølger materielle og reflektive formål. Materiel styring og selvregulering udelukker efter Teubners opfattelse hinanden, eller i hvert fald tvinges man i praksis til at foretage et valg, og hvad det angår, kan Teubner føre såvel Habermas som Luhmann i marken som fortalere for en på både samfunds- og systemteori grundet opfattelse, der underbygger kravet om en (øget) refleksiv rationalitet i retssystemet.

Teubner sætter sig for på dette grundlag at »rekonstruere« Nonet/Selznicks teori, idet han først udvikler en typologi for beskrivelse af retsudviklingen i et historisk perspektiv, hvor han medinddrager de tidligere retsformer og herved sonderer mellem det segmenterede samfunds »arkaiske« ret, det stratificerede samfunds »repressive« ret og det moderne funktionelt differentierede samfunds »positive« ret (s. 46). På denne baggrund foretager han derefter en faseinddeling af udviklingen af den moderne ret, hvorefter denne siges at gå fra »formal« (retsstatslig) ret over »materiel« (velfærdsstatslig) ret til – tendentielt – en »refleksiv« form for ret i et postmoderne samfund (s. 30ff). Med den første manøvre har Teubner fået rekonstrueret Nonet/Selznicks forestillinger om retsudviklingen som en rent historisk deskriptiv teori. Med den sidste operation har Teubner dertil effektivt fået placeret Nonet/Selznicks teori i et normativt felt. Skønt realiteten naturligvis er den, at man hermed står over for en helt ny teoridannelse, signeret Gunther Teubner og udviklet af samme i konfrontation med Nonet/Selznicks teori samt endvidere med baggrund i Habermas' og Luhmanns overgribende teorier om samfundsudviklingen.

Den nedenstående oversigt giver her et samlet billede af forholdet mellem denne og de øvrige omtalte teorier om retsudviklingen.

Kapitel 5. Teorier om retsformernes udvikling

Klassifikation efter værdigrundlag	<i>Schmidt (1980):</i> Privatautonomi	Materialisering	Socialautonomi
	<i>Wiethölter (1982):</i> Formalisering	Materialisering	Proceduralisering
	<i>Teubner (1982):</i> Formalret	Material ret	Reflektiv ret
<i>Kamenka/Tay (1980):</i> Uformel ret	Formel ret	Bureaukratisk ret	Klassifikation efter form-egenskaber
<i>Nonet/Selznick (1978):</i> Repressiv ret	Autonom ret	Responsiv ret	
<i>Rehbinder (1968):</i> Statusret	Kontraktsret	Rolleret	

Oversigt: Retsformernes udvikling i statsteoretisk perspektiv

5.3. Teubners teori om den refleksive ret

For så vidt angår Teubners udviklingsteori, er det altså påstanden, at den formelle ret tjener opfyldelsen af retsstatslige værdier, mens omvendt den materielle ret sætter sig igennem som svar på opprioriteringen af socialstatslige værdier. Hvorvidt den refleksive retsform er specielt egnet til at fremme miljøstatslige værdier, er naturligvis et åbent spørgsmål. Det er for så vidt akkurat det, der i denne sammenhæng bliver prøvestenen på spørgsmålet om den samfundsmæssige relevans af denne retsform. Teubner diskuterer – af gode grunde – ikke spørgsmålet direkte, hvorfor man er henvist til selv at gøre sig sine overvejelser

5.3. Teubners teori om den refleksive ret

herom. Det spørgsmål skal jeg vende tilbage til, når der er skabt overblik over, hvad Teubners teori nærmere går ud på.

Det er næppe for meget sagt, at Teubners teoretiske arbejder med den refleksive retsform er blevet mødt med en næsten overvældende opmærksomhed i den retsteoretiske debat, og med sin basis i Habermas' og Luhmanns teorier fremtræder den også som en stærk teoridannelse, solidt funderet i såvel samfundsteori som generel systemteori. Det er da utvivlsomt også en gevinst, at Teubner har givet sin teori et specifikt normativt, handlingsorienteret sigte. Den uklarhed, der måtte være om Nonet/Selznicks teori med hensyn til dens status som deskriptiv eller normativ teori, er hermed overvundet. Teubner giver med sin teori en klar idé om, hvordan retten kan indgå i et projekt for videreudvikling og fornyelse af den velfærdsstatslige praktik. Men som ved alle andre ideer om sociale innovationer er det vanskeligt at se, hvilke *praktiske konsekvenser* der kan eller skal udledes af Teubners forestilling om den refleksive retsform. At forsøge at give ideen substans er ensbetydende med at overskride sin egen erfaringshorisont, og noget sådant er ikke muligt uden en afprøvelse i praksis af substantielle reformforslag efter Teubners koncept. Man kan ikke blot ved skrivebordet udtænke de praktiske implikationer af systemoverskridende ideer af denne art.

Deraf kommer det til dels, at Teubners teori er blevet modtaget med en blanding af tøven og skepsis, omend kun få har turdet tage helt afstand fra samme. Ideen kan måske tage sig uangribelig ud på papiret, men lader den sig overhovedet gennemføre i praksis, og er det ikke en mangel ved teorien, at den ikke umiddelbart lader sig forbinde med praktiske, håndgribelige reformforslag? Begge indvendinger må for så vidt afvises. Spørgsmålet om mulighederne er altid uinteressant. Man kan derimod spørge om, hvorvidt en omformning af retten efter refleksive »principper« vil sætte samfundets institutioner i stand til at virke mere tilfredsstillende. Hvis det er tilfældet – eller hvis muligheden heraf ikke kan afvises – er der også grund til at finde frem til den bedst mulige »udmøntning« af disse principper. Hvis det ikke er tilfældet, er det overflødigt at undersøge mulighederne.

Igen må det understreges, at sociale innovationer ikke er noget, der på forhånd kan udtænkes eller planlægges som en anden teoretisk øvelse. En omdannelse af retten efter refleksive principper vil repræsentere en grundlæggende fornyelse af retssystemet og dets måde at virke på. Det vil – i modsætning til Nonet/Selznicks teori – dreje sig om noget andet end, og noget andet *ud over*, det hidtidige system, og sådanne fornyelser kan kun udvikles ved at forsøge sig frem ud fra konkrete forslag. En kritik af teorien for at savne sådanne løsnings-

Kapitel 5. Teorier om retsformernes udvikling

forslag – endsige løsninger der i praksis har vist sig bæredygtige – er derfor meningsløs.⁹⁴

Spørgsmålet om, hvorvidt en omdannelse af retssystemet efter et refleksivt koncept kan bidrage til en løsning af velfærdsstatens krise, kan naturligvis ikke besvares uden en nærmere analyse af teorien. Ud over en beskrivelse af teoriens logiske implikationer kræves hertil på den ene side en – for så vidt empirisk – analyse af de samfundsmæssige »nødvendigheder«, der måtte tale for en videreudvikling af retssystemet i den anførte retning, og på den anden side en – teoretisk – analyse af, hvordan de samfundsmæssige forhold nærmere kan tænkes at blive transformeret til refleksive retsstrukturer. Det er to forskellige, men nært sammenhørende spørgsmål, hvor det første drejer sig om rettens legitimering, det andet om dens rationalitet. Det er til behandling af disse to spørgsmål, at Teubner inddrager henholdsvis Habermas og Luhmann – efter princippet om, at hvad den ene mangler i sin teoridannelse har den anden, og omvendt.

I sin kritik af Nonet/Selznicks udviklingsteori konstaterer Teubner som tidligere nævnt indledningsvis, at deres betragtninger om den responsive ret indeholder elementer af både materiel og reflektiv ret. Som Teubner fremhæver (1988.26 s. 30), er »Sovereignty of Purpose« og »Substantive Justice« den nye materielle orientering i denne model, men samtidig kan man også finde elementer, der udgør »fremmedlegemer« i en materiel orientering af retten, normer der er rettet mod organisation, procedure og kompetence i stedet for indholdsmæssig adfærdsstyring. Her, siger Teubner (s. 31), »er rettens opmærksomhed rettet mod at skabe, at forme, at korrigere og redefinere sociale institutioner, der fungerer som selvregulerende systemer«. Hvad Teubner her synes at ville fremhæve, er de *kreative* elementer i retten, de elementer der rækker ud over den ved rettens målorientering indbyggede *fleksibilitet*.

Herved underforstås som en vigtig pointe, at kreativitet som institutionel egenskab er andet og mere end fleksibilitet. En institution kan være »fleksibel« i betydningen tilpasningsvillig over for situationen. Rummer denne nye udfor-

94. Cfr. hertil *Britt-Mari Blegvad* 1988.151 s. 169f, der netop kritiserer teoriernes ubestemte karakter: »Man savner både i Nonet/Selznicks og Teubners systemmodeller en præcisering. De opstillede modeller bruges i en *metaforisk* og ikke i en *analytisk* forstand« (s. 170). Blegvad og andre har forsøgt at foretage empiriske analyser af »refleksive« elementer i retssystemet, bl.a. inden for arbejdsmiljø- og forbrugerområdet (s. 158 ff). Da det – på grund af systemmodellernes utvivlsomme vaghed – ikke kan afgøres, om de pågældende strukturer er »refleksive« eller blot »responsive«, giver det imidlertid sig selv, at de ikke kan analyseres med det formål at verificere/falsificere Teubners teori. Se tilsvarende *Dalberg-Larsen* 1991 s. 151 med kritik af Blankenburg (1984) og Rottleuthner (1985) for at stille for store krav til præciseringen af udviklingsteorier som den omhandlede.

5.3. Teubners teori om den refleksive ret

dringer, vil den fleksible institution kunne respondere på samme ved at yde noget mere eller noget mindre af »det hidtidige«, alt efter hvad »situationen« måtte kræve. Sådanne tilpasninger kan fordrø interne omlægninger af institutionens struktur og processer, men selve institutionens funktion forbliver den samme. Forskellen ligger alene i noget rent kvantitativt, hvor meget eller hvor lidt den producerer.

Den »kreative« institution nøjes ikke med på denne måde at *reagere* (passivt) på situationen. Hvis forholdene, omgivelserne i videste forstand, ændrer sig, og hvis forandringerne er af et omfang eller en karakter, som gør, at institutionen ikke bare kan fortsætte som hidtil, vil det kreativt arbejdende system tage sin egen opfattelse af de problemer, som det skal løse, op til revision. Udgangspunktet er, at når selve den samfundsmæssige problematik ændrer sig dybtgående og varigt, så må institutionen også ændre *sin* måde at fungere på. Den kan – enkelt udtrykt – ikke nøjes med at yde noget mere eller mindre af det hidtidige, den må yde noget *andet* end det hidtidige, og dette er ensbetydende med en aktiv tilpasning af institutionens samfundsmæssige funktion, foruden naturligvis af dens indre strukturer og processer. Det er denne forskel på *passiv* og *aktiv tilpasning* til ændrede forhold, som efter alt at dømme danner grundlag for Teubners udskillelse af de specifikt kreative elementer i Nonet/Selznicks teori om den »responsive« retsform.

Man har da – med en systemteoretisk sprogbrug – at gøre med en bevægelse fra det rigtigt kontrollerede, »mekanistiske« system, over det målrettede, adaptivt eller responsivt fungerende »fleksible« system frem til det målbevidste, »kreative« system.⁹⁵ Det er denne bevægelse, som Teubner giver et retligt udtryk med sine begreber om den formale, den materielle og den refleksive ret. Dermed har man fået en idé om, hvor Teubner vil hen med sit begreb om den refleksive ret, men det er endnu ikke gjort klart, hvad denne idé konkret betyder. Spørgsmålet er her først og fremmest, hvilken funktion den refleksive ret skal opfylde som retsform betragtet, men også spørgsmålet om denne retsforms struktur og processer må analyseres. Teubner giver selv svaret på disse spørgsmål, omend under andre etiketter – han taler om rettens »systemrationalitet«, dens »normrationalitet« og dens »interne rationalitet«:

1. *Den refleksive rets funktioner (»systemrationaliteten«)*: Hvor den formale ret skal understøtte »fremskaffelse, mobilisering og hensigtsmæssig allokering af ressourcer og arbejdskraft« (s. 33), og hvor den materielle rets funktioner knytter sig til den moderne velfærdsstats politiske interventioner gennem fastlæggelse af mål og midler og ved opstilling af konkrete handlingsprogrammer (s. 34), dér sigter den refleksive ret mod at »integrere autonome subsystemer« i samfundet gennem fastlæggelse af procedurer og organisa-

95. Jfr. om disse begreber *Henrichsen* 1999 s. 47ff.

Kapitel 5. Teorier om retsformernes udvikling

toriske mekanismer for de pågældende institutioner. Teubner taler her om at give disse subsystemer en »forfatning«, der respekterer deres egen lovmæssighed, men som samtidig pålægger dem visse samfundsmæssige restriktioner (s. 35).

2. *Den refleksive rets strukturer (»normrationaliteten«)*: Rettens ydre udtryk divergerer ligeledes fundamentalt for de forskellige retsformers vedkommende: Hvor således den formale ret indskrænker sig til at »afstikke de abstrakte handlingssfærer for den autonome forfølgelse af privatinteresser« (s. 32), og hvor den materielle ret – omvendt – »tenderer mod at styre social adfærd direkte og resultatorienteret« (s. 33), dér sigter den refleksive ret »mod den 'regulerende autonomi', der beforder aktive selvregulerende, 'lærende' sociale systemer og (som) samtidig forsøger, kompensatorisk, at korrigere deres svagheder, og alt dette med abstrakte organisatoriske og procedurale styringsmidler« (s. 35).

3. *Den refleksive rets processer (den »interne rationalitet«)*: Ser man endelig på de processer, der udføres inden for de respektive retsformer, er den formale ret karakteriseret ved »analytisk begrebsdannelse, deduktiv stringens og normanvendelse i betydningen entydig bestemmelse af retsfakta« (s. 32), mens – omvendt – den materielle ret fordrer anvendelse af mere åbent definerede standarder og vage generalklausuler (s. 33). Refleksiv ret tenderer derimod mere mod procedurale programmer, der begrænser sig til »fordeling og nydefinering af styringsrettigheder og beslutningskompetence« (s. 34).

Teubners hovedindvending mod Nonet/Selznicks udviklingsteori er, at den tilsyneladende er konstrueret uden nogen klar forestilling om udviklingen af de samfundsstrukturelle forhold. Teorien og herunder specielt begrebet »responsiv ret« beror på en udviklingslogik, der ikke har noget modstykke hverken på det politiske eller det samfundsmæssige plan. Teorien om »Responsive Law« leverer for så vidt »et billede af ret uden samfund«, siger Teubner (s. 39), og sætter sig herved for at rekonstruere samme – eller rettere konstruere sin egen teori – under inddragelse af sociale og politiske evolutionsteorier, der skal vise nødvendigheden eller hensigtsmæssigheden af samme, eller som Teubner siger: »øge udsagnskraften i teorien«. (s. 49).

I denne analyse af »samvariansen mellem retsstruktur og samfundsstruktur« (s. 42) når Teubner – ikke overraskende – frem til, at udviklingsstadierne i den autonome/formale respektive responsive/materielle ret systematisk kan forbindes med de tidligere beskrevne retsstatslige og velfærdsstatslige stadier i den samfundsmæssige udvikling (s. 49f). Det ligger for så vidt også i »kortene«, at Teubner vil se den refleksive ret som svaret på den diskursive rationalitet, som Habermas sætter op som løsningen på den moderne stats legitimationsproblemer (s. 52). Den refleksive ret fremmer en procedural form for legitimitet gennem institutionalisering af interne demokratiseringstiltag og partcipatoriske mekanismer. Hvordan dette nærmere skal ske, hvilke organisationsstrukturer, og hvilke forhandlings- og beslutningsfora, der konkret skal institutionaliseres, må afhænge af den sociale kontekst, eller som Habermas siger, »af den konkre-

5.3. Teubners teori om den refleksive ret

te samfundsmæssige udgangssituation, af givne interesser, af handlingsmulighederne, af informationen osv.« (cit. efter Teubner, s. 53).

Hermed er der argumenteret for nødvendigheden/hensigtsmæssigheden af den refleksive ret. Spørgsmålet er herefter, hvordan de samfundsstrukturelle forhold nærmere kan tænkes at sætte sig igennem ved denne retsform. Dette spørgsmål leder tilbage til det centrale problem i det moderne funktionelt differentierede samfund. Hvordan kan refleksive retsformer benyttes til at sikre den integration af samfundets delsystemer, som under alle omstændigheder er nødvendig, men som altså – på grund af samfundets kompleksitet og foranderlighed – ikke fortsat kan befordres ved materielretlige styringsmekanismer, hvor staten forsøger at styre og kontrollere alle dele af samfundet? Teubner henviser herved til Luhmann, der besvarer spørgsmålet således: »Samfundet kan ved tiltagende kompleksitet i stadig mindre grad garantere, at alle delsystemer opererer på samme måde under samme strukturer. Integration må snarere formidles ved, *at alle delsystemer er indre samfundsmæssig omverden for hinanden*«. Deraf følger, siger Luhmann videre, »at alle delsystemer i samfundet ikke blot skal opfylde deres egen funktion på adækvat vis, men også, som samfundsmæssig omverden for andre systemer, må stå i et meningsfuldt kompatibelt forhold til disses funktion og strukturelle resultater« (cit. efter Teubner, s. 56).

I denne systemteoretiske betragtningstype ligger forudsætningsvis en antagelse om, at komplekse omverdensforhold skal imødegås ved at indbygge en tilsvarende variabilitet i de sociale systemer, således at disse – populært sagt – sættes i stand til at tackle hvilke som helst problemer.⁹⁶ For at »overleve« i en eller anden dimension skal et system besidde mindst lige så stor variabilitet, det vil sige ændringsmuligheder, som dets omgivelser. Jo mere kompleks omverdenen er, desto større kapacitet (for ændringer af strukturer og funktioner) må systemet således besidde. Dette er elementær systemteori, hvis praktiske implikationer kan ses illustreret af de ovennævnte begreber om »fleksibilitet« og »kreativitet«.

Teubners påstand er nu, at en styrkelse af de refleksive mekanismer vil kunne give retten tilstrækkelig variabilitet til, at den kan bruges til at håndtere en kompleks og foranderlig verden. Ved vurderingen af denne hypotese må det tages i betragtning, at en reflektiv retsorden i sin yderste konsekvens betyder, at de integrative mekanismer i samfundet, som Teubner siger (s. 56), »flyttes fra totalsamfundsniveau til subsystemernes niveau«. Dette er på én gang det vidtspændende perspektiv i teorien og det springende punkt i debatten om

96. Jfr. *Henrichsen* 1999 s. 49 med omtale af den såkaldte *Law of Requisite Variety* (Ashby 1956).

Kapitel 5. Teorier om retsformernes udvikling

samme. En reflektiv retsorden er ensbetydende med en retsform, der gør det muligt for samfundets styrende organer at trække sig tilbage fra det fulde ansvar for de konkrete sociale resultater, idet den samfundsmæssige integration overlades til samfundets delsystemer. Man opgiver med andre ord de centraliserede integrationsforsøg, som den materielle ret repræsenterer, for i stedet at understøtte de enkelte delsystemers selvregulerende autonomi gennem fordeling af beslutningskompetencer, organisationsmæssige ressourcer og positioner i forhold til den administrative beslutningsproces.

KAPITEL 6

Vurderinger af den refleksive retsform

6.1. Ideen om selvregulering

Teubners ovennævnte – som det kan synes – radikale forestilling om samfundets styring er langt fra ukendt i den samfundsvidenskabelige litteratur. Herhjemme har fremtidsforskeren *Torben Bo Jansen* (1973/74.13) helt tilbage i begyndelsen af 1970'erne udviklet en generel teori om styring af komplekse samfundsforhold, der indeholder nogle af de samme grundelementer som Teubners teori. Således understreger Jansen (s. 55), at »fællesskabets styringsproblem løses ikke af en enkelt styrende organisation for fællesskabet«, men at problemerne må løses ved at udvide grundlaget for de enkelte institutioners ledelse, »således at der kan finde en selvudvikling af de eksisterende institutioner og virksomheder sted«. Ligeledes hedder det her, at formålet med den enkelte selvudviklende institutions virksomhed må være »at afpasse ydelserne efter fællesskabets øvrige ydelser og opgaver« (s. 58).

I hvad der kan betragtes som et opgør med den traditionelle »center-periferi model« i samfundstænkningen, analyserer *Donald A. Schon* (1972) ud fra en række praktiske eksempler vanskelighederne ved at implementere politiske handlingsprogrammer i komplekse systemer, hvor mange interesser forsøger at gøre sig gældende, og han konkluderer, at den traditionelle model står for fald på grund af dens svigtende evne til at tage sig af komplicerede situationer (s. 192). I stedet udvikler Schon en teori om *sociale netværk* til overtagelse af integrative opgaver, der ikke kan løses af fællesskabet eller af den enkelte institution i samfundet (s. 195ff). Netop sådanne netværksteorier er nu almindeligt tankegods i moderne politologisk og organisationssociologisk litteratur.⁹⁷

97. Jfr. f.eks. *Bøje Larsen* »Fra hierarki til netværk« (1986). Netværksteorier har også i de seneste år fundet vej til den retsvidenskabelige forskning, jfr. *Inger Johanne Sand* 1996 (s. 106ff og s. 635f).

Kapitel 6. Vurderinger af den refleksive retsform

For en vurdering af Teubners model må det endvidere tages i betragtning, at den rigtignok forudsætter en demokratisering af samfundets institutioner på alle niveauer, men at det udtrykkeligt ikke drejer sig om at sikre »øget participation eller magtneutralisering«, men om at fremme »den systeminterne refleksion af den samfundsmæssige identitet«. ⁹⁸ Det er den kommunikative diskurs, der er hovedsagen. Også dette stemmer for så vidt med den generelle styringsteori. Forholdet illustreres af *Torben Bo Jansen*, ⁹⁹ der udpeger de voksende modsætninger mellem kortsigtede og langsigtede hensyn som det nuværende samfunds centrale problem.

Et markant eksempel på denne – som det er blevet kaldt ¹⁰⁰ – »samfundsmæssige asymmetri« er den tidligere omtalte modsætning mellem virksomhedernes rentabilitetshensyn og samfundets interesser i at undgå sundhedsskadelig forurening. Den styringsmæssige udfordring består her i at overvinde sådanne modsætninger ved at »udvide forudsætningerne eller vilkårene for produktion og forbrug«. ¹⁰¹ Det er i en sådan sammenhæng, at en kommunikativ diskurs kan komme ind i billedet, f.eks. ved at producenter, mellemhandlere, finansieringsinstitutter, forbrugere og det offentlige »går sammen« om at producere, respektive aftage økologiske produkter. Forbrugerne kan i en sådan diskurs stille krav til producenterne, men forpligter sig til gengæld til at aftage ydelserne til en for producenterne rentabel pris (eller til på anden måde at sikre producenternes økonomiske overlevelse). Det offentlige kan på sin side sørge for at hjælpe produktionen i gang med forsøgsprojekter og støtteordninger. Det springende punkt er netop etableringen af en sådan »diskurs«, og det er her den refleksive ret kan gøre nytte med sine muligheder for at »organisere« et netværk, der kan fungere som et forhandlings- og beslutningsforum for de involverede aktører. Dette til forskel fra en traditionel demokratisk beslutningsproces eller en korporativ forhandlingsproces, hvor parterne strides om prioriteringen af de modstående værdier, en proces der – i takt med problemernes voksende omfang – ofte kun vil fastholde og måske endda uddybe modsætningerne i samfundet. ¹⁰²

98. *Teubner* 1988.26 s. 58.

99. 1983 s. 40; jfr. herom også *Henrichsen* 1997 s. 397ff.

100. *Born m.fl.* 1988.199 s. 214.

101. *Jansen* op. cit. a.st.

102. Denne tanke om etablering af et »økologisk produktionsnetværk« minder umiddelbart om andelsbevægelsens udvikling inden for landbruget i slutningen af forrige århundrede, jfr. med en nærmere omtale heraf *Dalberg-Larsen* 1991 s. 96ff, s. 164ff og s. 210ff (s. 213f). I modsætning til denne udvikling, som i det væsentlige foregik ustyret fra politisk side (*ibid.* s. 101), forudsættes de her omhandlede netværk imidlertid at være undergivet en form for (refleksiv) regulering, der som sådan er egnet til at fastholde aktørerne på det økologiske sigte med diskursen. Sml. herved *Helmut Willkes* analyse af forsøgene i 1960'ernes Tyskland med en art lovbestemte »trepartsforhandlinger« (»Concerted

6.2. Det systemteoretiske koncept

Netop det *forebyggende* perspektiv fremhæves også af *Håkan Hydén* (1988. 113 s. 145): »I förlängningen av diskussionen om den reflexiva rätten hägrar en politisk utopi, nemlig den att samhället går att organisera så att man i största möjliga utsträckning undviker externaliteter. Dvs. att varje samhälligt delsystem skulle vara uppbyggt så att eventuella inneboende konflikter och motsättningar löstes inom respektive system. Då skulle behovet av materiella handlingsregler i stort sett elimineras«. Men Hydén har næppe blik for, hvad der konkret skal til, for at »utopien« kan blive til virkelighed, når han efterfølgende anfører, at den refleksive rets legitimitet »består i en åppen diskurs av moral- och rättvisefrågor inom 'autopoietiska', selvregulerende systemer« (a.st.). Hydén markerer her en tydelig præference for Habermas' noget diffuse begreb om en diskurs med en »kommunikativ, individorienteret retning med direkte-demokratiske indslag« (a.st.).

Hydén advarer ligefrem mod en udvikling af den refleksive ret i Luhmanns systemorienterede retning og deler dermed anskuelse med Dalberg-Larsen,¹⁰³ der ellers temmelig uforbeholdent tilslutter sig Teubners model. I en kommentar til Teubners videre arbejder med denne model finder Dalberg-Larsen det imidlertid meget »uheldigt, specielt ud fra et udviklingssynspunkt, at Teubner har valgt helt overvejende at bygge sine seneste analyser på systemteoretiske overvejelser à la Luhmann og nærmest helt har droppet Jürgen Habermas som inspirationskilde« (s. 137). Dalberg-Larsens kritik er, som det fremgår, rettet mod systemteoriens (påståede) manglende evne til at generere frugtbare teorier om samfundets udvikling: »Som basis for en historisk forståelse af retsudviklingen er de efter min overbevisning nærmest ubrugelige« (a.st.), hedder det med et for denne forfatter usædvanlig stærkt ordvalg.

6.2. Det systemteoretiske koncept

I betragtning af, at samfundsudviklingen aktuelt præges af voksende kompleksitet og foranderlighed, og at systemteorien netop er udviklet med henblik på at håndtere komplekse og foranderlige situationer af enhver art, turde en afvisning af systemteorier i alle afskygninger som »nærmest ubrugelige« være noget forhastet. Systemteorien har da også – specielt i den tidligere omtalte særlige variant, der går under betegnelsen generel styringsteori – dannet grundlag for

Action«), hvorved parterne pålagdes et »socialt ansvar« for udviklingen af den økonomiske politik (1986.280 s. 294ff).

103. *Dalberg-Larsen* 1991 s. 117.

Kapitel 6. Vurderinger af den reflektsive retsform

adskillige analyser af samfundsudviklingen. Denne afhandling bygger selv på en teori af denne art.¹⁰⁴

Når Teubner siden har vendt blikket mod Luhmann, kan det skyldes flere ting. Dels hviler Habermas' analyser implicit på en quasi-marxistisk forståelse af samfundet, som giver hele hans – i øvrigt uhyre gennemarbejdede og på sin vis sympatiske – teoridannelse en noget usikker karakter. Habermas' udgangspunkt er det »kapitalistiske system«, ikke i dets originære form, men i den såkaldte »senkapitalistiske« variant. Med dette udgangspunkt er det nærliggende at opfatte Habermas' budskab om den kommunikative diskurs som en – ideologikritisk – tankekonstruktion, der som sådan skal sætte fokus på velfærdsstatens svage sider, snarere end at tjene som et realistisk bidrag til en videreudvikling af velfærdsstaten. Teubners analyse er da også som »kemisk rensset« for henvisninger til kapitalistiske produktionsforhold, og han taler kun i vage vendinger om den reflektsive ret som det »postmoderne« samfunds retsform (1988.26 s. 50).¹⁰⁵

En anden – og for så vidt mere nærliggende – grund kunne være, at der simpelthen er nogle – for Teubner – grundlæggende uløste problemer i hans modelbetragtninger, som han mener at kunne finde svar på i systemteorien. Her må dog anknytningen til den særlige variant af systemteorien, som Luhmann har introduceret i samfunds- og retstænkningen – den såkaldte *autopoiesisteori*¹⁰⁶ – betragtes som lidt af et vovestykke. Det er næppe noget tilfælde, at Teubners teori om reflektsiv ret – i hvert fald oprindeligt – var uden nogen kobling til fænomener som *politisk kamp, magt og interessevaretagelse*. Heller ikke autopoiesisteorien har noget begreb om (samfunds-)styring som modstykke til den selvregulering, som samfundets delsystemer antages at være undergivet.¹⁰⁷

Teubner strejfer spørgsmålet, når han fremstiller den reflektsive retsform som et alternativ til nykonservative bestræbelser på deregulering, reorganisering og privatisering af offentlige institutioner (s. 37). Alternativet er med et udtryk af Teubner »ekstern decentralisering«, hvor opgaver måske nok lægges ud til uafhængige, offentlige eller private institutioner, men alligevel forbliver offentlige i den forstand, at de pågældende institutioner skal »stå til ansvar politisk«

104. Jfr. ovenfor kap. 1.2.

105. Sml. hertil *Asmund Born m.fl.* 1988.199 s. 214, der spørger »om styringsdeficitet overhovedet er et samfundsproblem – eller blot er en uadskillelig del af det udfoldede kapitalistiske samfunds funktionsmåde«.

106. Jfr. herom nedenfor 2. del, kap. 6.3 og 3. del, kap. 7.4. Se endvidere for en nærmere behandling af teorien *Henrichsen* 2000.23.

107. Se ligeledes med kritik af denne »mangel« ved teorien *Lars D. Eriksson* 1986.281 s. 287, *Hans Petter Graver* 1988.83 s. 108 og *Asmund Born m.fl.* 1988.199 s. 214.

6.3. Neokorporatisme som diskursetik

(s. 36): »Det overordnede politiske ansvar bliver reduceret til en retlig rammeregulering, til en »forfatning«, til en indre konstitutionalisering, altså til participationsret og beslutningsprocedurer«, siger Teubner (a.st.), idet han tilføjer: »Med den til enhver tid eksisterende mulighed for at korrigere og revidere de institutionelle arrangementer, når det viser sig, at resultatet af sådanne samfundsmæssige læreprocesser er politisk utålelige« (min fremhævelse).

Altså dog en slags central styrings- eller kontrolmekanisme i denne retsform, hvor det ellers kan være vanskeligt at få øje på, hvad der sikrer, at systemet og dets enkelte delsystemer overhovedet orienteres mod nogle fælles værdier i samfundet. I en vis forstand indgår dette politiske aspekt dog forudsætningsvis i teorien. Fastlæggelsen af kompetence- og procedurenormer – det som Teubner kalder for delsystemets »forfatning« – må jo ske ud fra nogle politiske præferencer med hensyn til, hvilke værdier der skal prioriteres. Denne fordeling af procedurelle kompetencer kan ikke være værdineutral. Fællesskabets – politiske – institutioner forsvinder ikke ud af billedet, fordi man gennemfører en »demokratisering« af samfundets øvrige institutioner. Alligevel finder man ikke nogen diskussion hos Teubner af, hvilken rolle den politiske værdifordeling spiller.¹⁰⁸

6.3. Neokorporatisme som diskursetik

For at besvare dette spørgsmål er det nødvendigt at se nærmere på karakteren af det refleksive projekt. I en vis forstand kan man se den refleksive ret som en genoplivning af diskursetikken i den retsstatslige konstruktion, men med den afgørende forskel, at diskursen ikke er forbeholdt privat-ejere, der som sådanne har samme grundlæggende interesser. Tværtimod omfatter diskursen her alle slags hensyn og interesser. Alligevel er det ikke en demokratisering i hverken nutidig, velfærdsstatslig endsige fortidig, retsstatslig forstand, det drejer sig om. Den overvindelse af modsætningerne mellem kort- og langsigtede hensyn, som er påkrævet under de aktuelle samfundsvilkår, realiseres ikke ved at udvide de velfærdsstatslige, korporative repræsentationsordninger til alle slags organisationer, og slet ikke ved at institutionalisere repræsentativt demokratiske ordninger på alle niveauer i samfundet. Det er ikke en udvidelse af allerede eksisterende demokratiske ordninger, der er brug for, men derimod en *udvidelse af selve*

108. Cfr. *Helmut Willke* 1986.280, der netop betoner behovet for en samfundsmæssig og koordinerende styring i statsligt regi, jfr. nærmere om Willkes retsanalyser *Inger-Johanne Sand* 1996 s. 106ff og 635f.

Kapitel 6. Vurderinger af den reflektsive retsform

den demokratiske institution – af vores opfattelse af, hvad demokrati overhovedet kan betyde.

Set i dette perspektiv er det en misforståelse at betegne alle slags demokratiske ordninger i vort samfund som »refleksive«. *Hans Petter Graver* (1988.83) taler om reflektsive ordninger som et centralt element »i vår liberale rettsstatslige tradisjon« (s. 105) og henviser herved til magtfordeling, repræsentativt demokrati og politisk ytringsfrihed som væsentlige bestanddele i sådanne ordninger. Ligeledes finder han reflektsive ordninger i den moderne velfærdsstat i form af »ideologien om arbeiderstyrte bedrifter« og »den korporative deltagelse« (s. 106). Det er imidlertid næppe korrekt at betegne sådanne ordninger som »refleksive«, ligesom det overhovedet er misvisende at betegne retsstatens repræsentationsordninger som demokratiske. Den borgerlige offentlighed er et historisk fænomen, der ikke kan omfattes af – ja, som ligefrem har stået i modsætning til – nutidens forestillinger om demokrati i betydningen »folkestyre«, lige så vel som dette demokrati på sin side er et historisk fænomen, der ikke har nogen relevans for en reflektsiv tankekonstruktion.

Opfattelsen af, at reflektsivitet er noget, der altid har kendetegnet det moderne samfund, fører til historieløshed og fejlslutninger. Reflektsive ordninger reduceres til noget mere »af det hidtidige«, hvilket så rigtignok – som *Hans Petter Graver* gør det – må rejse spørgsmålet om, hvor »den politiske kamp« bliver af i al denne reflektsivitet. Med et nutidigt demokratibegreb er det »utenkelig at reflektsive ordninger på arbejdsplasser, i nærmiljøer, på sykehus etc. ikke må underlegges visse generelle rammer« (s. 107). Fantasien strækker ikke til at forestille sig en samfundsmæssig integration »fra bunden«, og det gør den ikke, netop fordi vores erfaringsbaserede forestillinger om »demokrati« spærrer for udsynet. Gravers konklusion bliver på denne baggrund – ikke overraskende – at »reflektsiv rett som ensidig satser på kommunikasjon er ikke noe positivt« (s. 108).

Teubner har dog muligvis selv givet anledning til sådanne misforståelser af det reflektsive projekt, når han vil forbinde dette med »neo-korporative« forhandlingsmønstre (1985 s. 49). Korporative islet i politisk-administrative reguleringsprocesser er, som *Ib Martin Jarvad* udtrykker det (1993 s. 238), »magtbrydninger og magtudøvelse, og det er magt og styrke, der afgør hvad der bagefter fremstår som den sande, rigtige, gode, samfundsøkonomisk forsvarlige politik«. Teubner har dog senere gjort det klart, at det ikke er en genoplivning af de klassiske makro-korporative strukturer, der kommer på tale i denne forbindelse: »Macro-corporatist strategies are no longer in vogue. On the contrary, they appear rigid, centralist, and inflexible.« (1993 s. 139).

At karakterisere den reflektsive retsform som et udslag af »micro-corporatist arrangements« (a.st.) er imidlertid – alene på grund af de særlige magtassocia-

6.4. Den refleksive ret og det politiske

tioner, der er forbundet med korporatismebegrebet – næppe heller anbefalelsesværdigt. En mere afgørende indvending mod denne begrebsanvendelse er dog, at den refleksive ret – som det vil fremgå af det følgende – nødvendigvis må være forbundet med en form for (værdiorienteret) samfundsstyring, som på forhånd udelukker, at »magtbrydninger og magtudøvelse« bliver de centrale elementer i den samfundsmæssige diskurs, som den refleksive ret skal danne rammen omkring.¹⁰⁹

6.4. Den refleksive ret og det politiske

Forestillingen om den refleksive ret som medium for en samfundsmæssig integration »fra bunden« er utvivlsomt udtryk for en overforenkling af forholdet. Som allerede nævnt er indførelsen af refleksive mekanismer ikke ensbetydende med, at fællesskabets politiske institutioner kan undværes. Det ville næsten i bogstaveligste forstand være ensbetydende med at fortsætte med »hovedet under armen«. Forholdet kan illustreres med den ovennævnte modstilling af kortsigtede og langsigtede hensyn. Denne modsætning genfindes også i forholdet mellem politik og samfund, hvor det politiske system i dag i stigende grad tvinges til at indgå kortsigtede kompromiser, mens de langsigtede problemer mere eller mindre lades uløst. Det er en overvindelse af denne modsætning inden for det politiske system selv, der står på dagsordenen her, og en sådan overvindelse opnås ikke ved at insistere på, »at de overordnede målsettinger fastsettes ovenfra administrativt eller politisk« (Graver 1988.83 s. 107).

Svagheden ved Teubners model er imidlertid, at den savner et begreb om »politik«. Politik kan naturligvis dreje sig om alt, og i dagens samfund er det da også karakteristisk, at store dele af samfundslivet gennemsyres af politiske beslutninger – det er netop det, *Jürgen Habermas* (1981) forbinder med »systemets kolonisering af livsverdenen«. Med en fra organisations- og forvaltningsteorien velkendt sondring drejer den politiske kamp i velfærdsstaten sig om fastlæggelse af både hensigter, mål og midler,¹¹⁰ og som oftest begynder man i praktisk politik »bagfra« med midlerne, fordi det er her »vandene skiller«.

109. Sml. *Erik Oddvar Eriksen* 1993 s. 219ff, som – på baggrund af ændrede værdi- og interessekonstellationer i 1970'erne og 80'erne – finder, at »korporative ordninger stadig oftere viser sig ute av takt med den samfunnmæssige problemstrukturen« (s. 247), og som med henvisning til traditionen fra Rousseau, Hegel og Durkheim efterlyser en mere autonom – postkorporativ – stat, der evner at »kople seg fri fra særinteresser og pressgrupper ved å søke å reetablere en forståelse for samfunnets allmenninteresse« (s. 256).

110. *Henrichsen* 1999 s. 54f.

Kapitel 6. Vurderinger af den refleksive retsform

Målene er der tilsyneladende mindre uenighed om, og hensigterne – de »gode viljer« – er der næsten aldrig nogen, der stiller spørgsmålstejn ved.

Politik handler således – som udgangspunkt – om værdifordeling gennem specifikation af de midler, der skal benyttes til at opnå visse mål. Anvendelsen af ramme- og bemyndigelseslove kan på denne baggrund opfattes som et udtryk for, at man har opgivet at blive enige om midlerne, eller i det mindste erkendt, at de ikke umiddelbart lader sig fastlægge »på det foreliggende grundlag«. Så meget desto stærkere bliver kampen om, hvordan opgaverne skal administreres. Korporative ordninger erstatter eller supplerer det sædvanlige ministerstyrede bureaukrati, eller opgaverne overlades til lokal selvforvaltning under en vis – begrænset – centraladministrativ kontrol. De tætte relationer mellem bureaukrati, organisationer og parlamentsudvalg – de såkaldte »jernetrekanter« – illustrerer imidlertid, at spørgsmålet om, hvordan opgaverne administreres, i høj grad fortsat optager det politiske system.

Bagved det hele ligger naturligvis divergerende politiske værdiforestillinger, forestillinger om hvad der skal være hensigten eller formålet med en vis virksomhed, men disse præferencer kommer kun fragmentarisk til udtryk i den politiske strid om konkrete »sager«. Hermed være også antydnet, at politik kan være andet og mere end kortsigtede kompromiser og politisk strid om enkeltsager. Politik er dybest set et spørgsmål om (prioritering af) værdier, og det er i erkendelsen af dette forhold, at nøglen til en videreudvikling og fornyelse af det politiske system ligger. Det politiske system skal nok fratages ansvaret for de *ydelser*, som samfundets institutioner eller delsystemer frembringer. Men det er ikke ensbetydende med, at den politiske kamp forsvinder helt ud af billedet. Politikken må tværtimod koncentrerer om det, der også er dens specifikke egenart: Prioritering af værdier og dermed fastlæggelse af den »kurs«, som samfundsudviklingen som helhed skal indrettes efter på de forskellige af samfundslivets områder.¹¹¹ Den praktiske politiske opgave består herefter i at justere de ressourcemæssige – økonomiske, organisatoriske og procedurelle – vilkår for eksisterende og nye former for institutioner i samfundet i overensstemmelse med udviklingen af den samfundsmæssige problematik.

Netop dette styringsmæssige aspekt tenderer mod at forsvinde i Teubners refleksive model for kommunikativt orienterede, selvregulerende systemer. Teubners udlægning af den refleksive ret som en retsorden, der »trækker sig bort fra det fulde ansvar for konkrete sociale resultater til fordel for den abstrakte styring«, er ikke ganske træffende for det, der i hvert fald ud fra en generel styringsteoretisk synsvinkel er tale om. Den terminologiske konstruktion, der kan forklare politikens rolle i det postindustrielle samfund, er det i styrings-

111. Sml. *Willke* 1986.280 s. 290ff.

6.4. Den refleksive ret og det politiske

teorien (kybernetikken) udviklede begreb »styret selvregulering«.¹¹² Vel drejer det sig om – gennem institutionalisering af kommunikative processer – at frigøre kræfter og ressourcer i samfundet til at videreudvikle og forny samfundets institutioner og herunder til at overvinde aktuelle modsætninger mellem kortsigtede og langsigtede hensyn. Den nærmere fastlæggelse af sådanne (nye) vilkår eller betingelser for institutionernes virkemåde er imidlertid i sig selv udtryk for et valg, der kræver en afklaring af de værdier, man vil prioritere. Det politiske systems funktion bliver ud fra denne betragtning at »sammenfatte ønsker om konkrete ting og egenskaber og de mulige fremtidige ønsker i en prioriteringsliste for resourcefordeling« (Jansen 1973/74.13 s. 55).

Politisk styring vil altså fortsat være et centralt element i en refleksiv ret, omend styringen her som udgangspunkt vil kunne begrænses til en specifikation af de hensigter, der skal prioriteres, og dermed af de hensyn og interesser, der skal tilgodeses. Hertil kommer naturligvis en *kontrol* af hensigtsopfyldelsen: Hvis hensigterne ikke opfyldes, påhviler det samfundets styrende organer at justere – optimere – vilkårene for de pågældende institutioners selvregulering, det vil sige ændre de økonomiske, organisatoriske og procedurelle rammer på en sådan måde, at institutionerne sættes i stand til at leve op til forventningerne. Man er hermed langt fra tidligere tiders strafsanktionerede adfærdsregler og også et stykke fra de nuværende teknokratisk kontrollerede målsætningsregler; men det må fastholdes, at det politiske system fortsat har et »ansvar« for de *resultater*, der opnås.

Endelig må det understreges, at den refleksive retsorden her kun er fremstillet i sin rene, idealtypiske udgave. Som sådan kan denne retsform naturligvis ikke forventes indført fra den ene dag til den anden. Tværtimod er det næppe urealistisk at regne med en politisk strid, der vil blive lige så langvarig som det 20. århundredes kamp for at få anerkendt de sociale grundrettigheder. Der vil altid være stærke interesser i samfundet, som vil forsøge at bevare det etablerede system. Enhver forandring og fornyelse kræver politisk kamp. Med disse forbehold synes den refleksive retsform imidlertid at være et dækkende svar på de aktuelle problemer i den materielle ret og som sådan et rimeligt velbegrunderet modstykke til den miljøstatslige konstruktion.

112. Jfr. om dette begreb *Henrichsen* 1997 s. 342ff med yderligere henvisninger.

Konfrontation med nyere retssociologisk teori

7.1. Teubners udviklingsmodel rekapituleret

Det er efter det ovenstående den konsekvente sammenknytning af Teubners teoretiske modelbetragtninger med den helt grundlæggende sondring mellem midler (formal ret), mål (materiel ret) og hensigter (refleksiv ret), der er »nøglen« til en frugtbar rekonstruktion af samme. Ideen med den refleksive ret er ikke, at den skal erstatte formale og materielle retsformer, men derimod at den – i kraft af sine indbyggede forebyggende effekter – skal reducere behovet for anvendelsen af disse traditionelle reguleringsformer. Den refleksive ret repræsenterer netop en udvidelse af de eksisterende teknikker for samfundsmæssig regulering – ikke en erstatning for eller et alternativ til samme. Som sådan vil den have umiddelbar praktisk betydning inden for det voksende område af samfundsmæssig regulering, men også inden for serviceområdet og den offentlige myndighedsudøvelse vil refleksive reguleringsteknikker kunne anvendes med fordel som en »overbygning« på de eksisterende reguleringer.

I abstraktionernes verden er teorien om den refleksive ret en teori om indretning af retssystemet som et *ultrastabilt* system, der er i stand til at håndtere vilkårlige mængder af information og dermed vilkårlige sæt af problemer i det omgivende samfund. I praksis er dette – i sin yderste konsekvens – ensbetydende med en tilbagetrækning af de politiske styringsforsøg gennem mere eller mindre detailprægede reguleringsformer til fordel for etablering eller understøttelse af selvregulerende mekanismer i samfundet. På denne måde kan teorien være en ledetråd for arbejdet med saneringen af et efterhånden overdimensioneret og kontraproduktivt retssystem. Ledetråden består da enkelt udtrykt i at koncentrere den politiske styring om tilvejebringelse af »sociale færdselsregler«, der opfylder almenvellets interesser. Udfordringen – den politiske såvel som den praktisk-tekniske – består i at finde frem til de selvregulerende meka-

Kapitel 7. Konfrontation med nyere rettsociologisk teori

nismer, der – udtrykt med et af tidens modeord – kan generere en »bæredygtig« videreudvikling af samfundet.

Selv om teorien om den refleksive ret ikke giver nogen klare svar på det sidstnævnte spørgsmål, er der næppe tvivl om, at den i hvert fald har tilført den nordiske debat om retsvidenskabens grundkonceptioner et nyt og frugtbart perspektiv. Dette på et tidspunkt, hvor debatten i forvejen kredsede om nogle centrale grundlagsproblemer i forbindelse med den nedenfor (i 2. del) omhandlede legalstrategidebat. Ophavsmanden til denne debat, *Lars D. Eriksson* (1979.40), havde allerede nogle år forinden lanceret en udviklingsmodel for retssystemet baseret på en sondring mellem retsstatslige og interventionistiske retsnormer. Sondringen, der var inspireret af et ældre tysk studie af retsinstituttets sociale funktion inden for ejendomsretten (K.W. Renner 1904/1976), fik hos Eriksson et klart retsdogmatisk budskab gennem udskillelse af to centrale argumentationsmodeller: På den ene side den normrationelle, subsumptionslogiske model og på den anden side den målrationelle, behovsorienterede model (s. 44). Disse modeller passede som »fod i hose« til Teubners mere omfattende teori – de retsstatslige og interventionistiske normer modsvares umiddelbart af denne teoris sondring mellem formale og materielle reguleringsformer. Teorien bliver da også modtaget positivt – omend med en vis tøven – af Lars D. Eriksson (1986.281 s. 291 f), der ellers havde måttet se sig isoleret med sine ideer om en »alternativ jurisprudens«.¹¹³

7.2. Konfrontation med Håkan Hydén's udviklingsmodel

Til kritikerne hører bl.a. *Håkan Hydén* (1984, 1988.69 og 1988.113), der præsenterer sit eget tydningssskema for en forståelse af rettens udvikling. Hydén (1988.113 s. 124ff) skelner mellem tre hovedtyper af »samfundsorganisatoriske delsystemer«: det selvregulerende, det intervenserende og det planlæggende system. Modsvarende disse (rets-)systemer sondres (s. 120ff) mellem normrationelle, interesseafvejningsrationelle og målrationelle argumentationsmodeller i retsanvendelsen – hvilket sidste i hvert fald betegner en udvidelse af Erikssons ovennævnte model for en »alternativ jurisprudens«.

Noget historisk fæste er det dog vanskeligt at få øje på i denne begrebsmodel. Vendt mod Teubner erklærer Hydén (1984 s. 43), at han ikke selv betragter udviklingen som en »evolutionsprocess där en rättsform ersätter en annan«, men snarere på den måde, at samfundsudviklingen efterhånden stiller krav om nye og andre retsformer for at møde samfundsudviklingens krav. En sådan

113. Jfr. 2. del, kap. 2.3.

7.2. Konfrontation med Håkan Hydéns udviklingsmodel

udlægning af Teubners evolutionsmodel er dog lovlig håndfast. Der gives næppe nogen udviklingsmodeller, der går ud fra, at udviklingen former sig på den måde, at den ene fase afløses af den næste med den virkning, at tidligere samfundsformer helt ophører med at eksistere. Som flere gange tidligere nævnt må Teubners model opfattes som en form for udvidet perspektivtænkning, der som sådan åbner mulighed for at analysere *forskellige lag* i retssystemets udvikling (jfr. tilsvarende Eriksson 1979.40 s. 45f) – samtidig med, at den klart nok også har normative implikationer.

Hvis ideen med Hydéns begrebsmodel er den samme, rejser det spørgsmålet om, hvordan denne model forholder sig til Teubners teori. Umiddelbart springer det i øjnene, at sprogbrugen i Hydéns model kolliderer med Teubners, når han vil henregne samfundsmæssige fænomener som markedsøkonomien og de af Sally Falk Moore beskrevne »semiautonome systemer« til det, han kalder »et selvregulerende system« (1988.113 s. 124f). Selvsagt kan man betegne både markedet og uformelle organisationer som selvregulerende systemer, men i så fald benyttes betegnelsen »selvregulering« i en anden forstand end hos Teubner, der med sit refleksive retsbegreb vil understrege betydningen af, at der finder en *styret* selvregulering sted (gennem retsnormer der ligestiller de involverede parter, og som på den måde beforder samfundsansvaret for vedkommende delsystem). Forvirringen øges, når Hydén (1984 s. 56) vil forbinde de intervererende normer med den refleksive ret med den begrundelse, at disse normer lægger op til en interesseafvejning. Som Hydén selv bemærker, er de afvejningsnormer, som forekommer i praksis, imidlertid ofte »ofullständiga i det at de saknar anvisningar om hur de forskjellige intressena skall viktas imot varandra« (a.st.), hvorfor henvisningen til Teubners begreb reflektiv ret er misvisende. Tilsvarende gælder, når Hydén vil se planlæggende systemer som »en kombination mellan målstyrning och vad Teubner kallar reflexiv rätt« (s. 60f).¹¹⁴

Resultatet af disse kategoriseringsforsøg er, at Teubners pointe med begrebet reflektiv ret – dette at samfundets delsystemer undergives en form for styret selvregulering – går tabt. Den dynamik i retsudviklingen, som teorien om reflektiv ret fremhæver, forsvinder på denne måde, ligesom det også er vanskeligt at forbinde de intervererende og planlæggende normer med et udviklingsperspektiv på anden måde, end at disse begreber måske kan være relevante for en beskrivelse af forskellige faser i velfærdsstatens udvikling. Spørgsmålet er dog, om der overhovedet er nogen praktisk forskel på disse normtyper. Som *Lars D. Eriksson* fremhæver (1979.40 s. 47), kan der også indgå et element af

114. Se for en kritik af Hydéns – noget uklare – oplæg *Lars D. Eriksson* 1989.101 s. 102: »Formuleringarna är ju inta kristallklare«.

Kapitel 7. Konfrontation med nyere retssociologisk teori

interesseafvejning ved anvendelsen af de såkaldte mål-middel normer. Dette er faktisk udgangspunktet, hvis man netop ikke – som Eriksson (s. 50f) – insisterer på, at de skal realiseres efter deres (behovsorienterede) intentioner. Alt i alt synes der således ikke i Hydéns klassifikations-skema at være nogen perspektiver, som peger ud over de for velfærdsstaten typiske reguleringsformer.

Hydéns argumentation er i det hele noget vanskelig at få hold på. Under overskriften »den alternativa jurisprudensens omöjliga uppgift« (Hydén 1988.69 s. 85) fastslår han, at den grundlæggende værdifordeling i samfundet ligger uden for det politiske systems og rettens domæner. Dette viser sig inden for det »planlæggende« delsystem, hvor den retlige argumentation altid vil være underordnet de professionelle grupperes hegemoni – og det viser sig videre inden for det »intervenierende« system, hvor normerne (blot) er et svar på negative eksterne effekter af det privatøkonomiske system, hvorved retten uundgåeligt får et defensivt præg. Det er på denne baggrund vanskeligt at se nogen realistiske muligheder for en »alternativ jurisprudens« endsige en »refleksiv praktik« af den art, som Teubner lægger op til. Alligevel ser Hydén det som en væsentlig »oppgift för rättsvetenskapen att stärka den normativa och det värdiorienterade handlandet i samhället« (s. 86).

7.3. Dalberg-Larsens model af de aktuelle valgmuligheder

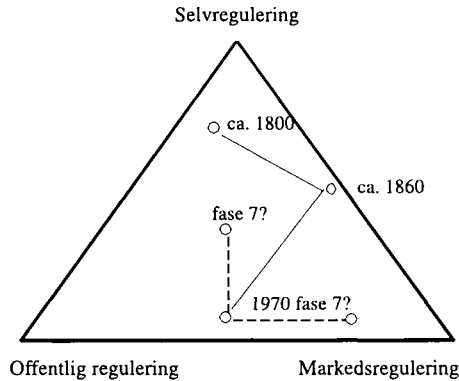
Jørgen Dalberg-Larsen (1991 s. 133ff), der var blandt de første til at introducere Teubner i nordisk retsteori,¹¹⁵ har i nedenstående figur placeret den refleksive ret i et tredimensionalt »rum« med *offentlig regulering*, *markedsregulering* og *selvregulering* som abstrakte »modpoler« (s. 135). Figuren skal illustrere de aktuelle valgmuligheder: markedsregulering på grundlag af formel ret eller selvregulering med udgangspunkt i refleksiv ret. Som sådan kan modellen være et udmærket instrument til på en enkel, pædagogisk måde at anskueliggøre nogle udviklingsmuligheder for retssystemet. Ud fra nogle abstrakte idealtyper skitseres visse hovedlinjer i historien, samtidig med at de aktuelle fremtidsmuligheder trækkes op.

Modellen abstraherer imidlertid fra de historisk-specifikke forhold på en måde, som næppe er frugtbar, når det gælder om at skaffe sig et nærmere indblik i de forskellige faser af udviklingen. Vanskeligheden er, at modellen reducerer udviklingstendenserne til noget rent »teknisk«, så det bliver vanskeligt at erkende de kvalitative forskelle mellem de forskellige faser. Offentlig regulering under enevælden er f.eks. ikke det samme som offentlig regulering

115. Dalberg-Larsen 1984 s. 191ff.

7.3. Dalberg-Larsens model af de aktuelle valgmuligheder

i det moderne velfærdssamfund. Reguleringens funktioner er vidt forskellige – henholdsvis fremme af nationens velstand og af den enkeltes velfærd – og det samme gælder dens strukturer, hvor enevældens detaljerede adfældsregler danner en kontrast til velfærdsstatens målsætningsnormer for myndigheder og institutioner. Det kvalitative »spring« bliver endda større, hvis man vil se den refleksive ret som en form for selvregulering på linje med den i middelalderen gældende sædvaneret.



Samfundsreguleringens former (Dalberg-Larsen 1991)

Betragtningssmåden tilslører, at de historiske udviklingsfaser netop betegner en stadig *udvidelse af grundlaget for den retlige regulering*, hvorved hidtidige reguleringsformer gradvist mister deres betydning. Som sådan kan den refleksive ret ikke blot – som man kan få indtryk af med den anførte figur – karakteriseres som et »konglomerat« af offentlig regulering, markedsregulering og selvregulering. Skal man overhovedet benytte disse abstrakte betegnelser, må den refleksive ret beskrives som en videreudvikling af den »forhandlingsøkonomi« og »blandingsadministration«, som de offentlige velfærdsforanstaltninger og statslige interventioner i privatsfæren betegner – en videreudvikling, der rigtignok retsteknisk kan beskrives som en form for selvregulering, men som altså ret beset har karakter af en politisk styret selvregulering af (offentlige og private) institutioner i samfundet.

Flemming Balvig og Ole Krarup (1991 s. 39) betegner modellen som »mekanistisk«. Denne karakteristik retter sig udelukkende mod, hvad der kan læses ud af modellen isoleret set, og den bekræftes for så vidt også af det spørgsmål, som Dalberg-Larsen selv stiller til modellen, nemlig om »vi så ikke hermed (har) en illustration af, at retsudviklingen ret beset synes at gå i ring fra selvregulering over markedet mod en ny selvregulering«. Dette er naturligvis ikke

Kapitel 7. Konfrontation med nyere retssociologisk teori

forfatterens egen opfattelse, og Dalberg-Larsens konklusion – der helt svarer til min egen opfattelse – lyder, at »man bedre (kan) se udviklingen som en *spiral*, hvor man delvis vender tilbage til selvreguleringen, men nu med en demokratisk komponent som noget nyt«, idet det tilføjes: »Og som det nye har vi også selve statens udformning af den refleksive ret, hvor man gennem indretning af de retlige rammer kan sikre en vis sammenhæng mellem, hvad der sker indenfor de enkelte grupperinger og indenfor den større helhed«.

7.4. En slutbemærkning til »striden om retsstaten«

Historien, som indledte denne afhandling, om den strid, der i 1980'erne opstod mellem norske universitetsfolk om betydningen af retsstaten, kan nu afsluttes med konstateringen af, at den retsstatslige konstruktion – for en normativ betragtning – kun har netop historisk interesse. Retsstaten med dens formale ret hører 1800-tallets borgerlige revolutioner til og er for længst blev afløst af noget nær sin egen modsætning: velfærdsstaten med dens materielle ret; og denne historie ser nu ud til at være på vej til at gentage sig. I horisonten spores allerede konturerne af en ny – syntetisk – statsform: miljøstaten, hvortil følger sig den refleksive ret som dens særlige retlige fremtrædelsesform.

Skønt fremstillingen af denne udvikling som et udtryk for, at den ene stats- og retsform afløser den anden efter princippet: tese, antitese og syntese, må forstås i overensstemmelse med netop denne logiks særlige forudsætninger. Elementer af retsstat og retsstatslige momenter gør sig fortsat gældende i stats- og retslivet. Tilsvarende vil også velfærdsstatslige elementer stadig være indeholdt i en eventuel videreudvikling af statsstyret henimod en miljøstatslig konstruktion. Udviklingen må derfor – mere eksakt – forstås som en fortsat *udvidelse* af statsstyrets strukturer og funktioner i takt med samfundets udvikling. De klassiske retsstatsidealer er således fortsat levende i nutidens statsstyre, men moderne velfærdsbehov lægger sig ovenpå disse som et nyt lag i udviklingen – og denne udvikling kan som sagt synes at gentage sig her ved indgangen til det nye millennium.

Hvorvidt dette sker – om miljøstaten med den refleksive ret vil begynde at tage over – vil helt afhænge af de politiske valg, der træffes i disse år. Udviklingen sker ikke af sig selv, men forudsætter netop en form for styring, hvorved det beslutes, hvilken af flere mulige fremtider der skal realiseres. Miljøstaten (og den refleksive ret) er selvsagt kun én blandt flere udviklingsmuligheder, og at denne statsform kan fremstilles som en arvtager for velfærdsstaten, er i hvert fald i sig selv ingen garanti for en realisering af dens idémæssige indhold. Som

sådan har teorien herom kun status som en *retspolitisk vision* om udviklingen af fremtidens statsstyre og retsformer.

Litteratur

- Adler-Karlsson, Gunnar: *Funktionssocialism*, Malmö 1967 (da. udg. 1973).
- Andersen, Jørgen Goul og Jens Hoff: »Politisk deltagelse og myten om tredjedelssamfundet«, *Samfundskonomen* 3/1995.13.
- Ashby, W. Ross: *An Introduction to Cybernetics*, London 1956.
- Aubert, Vilhem: *Rettens sosiale funksjon*, Oslo 1976.
- Balvig, Flemming og Ole Krarup: *Samfundsjura*, København 1991.
- Basse, Ellen Margrethe (red.): *Regulering og styring I – en juridisk teori- og metodebog*, København 1989
- Blegvad, Britt-Mari: *Nonet/Selznick og Teubner: Ret, teori og empiri*, i Born m.fl. 1988.151.
- Blegvad, Mogens m.fl.: *Samfundstænkning i 100 år – temaer og skikkelser*, København 1984.
- Blomquist, Helle og Per Ingesman (red.): *Forvaltningshistorisk antologi*, København 1993.
- Bobbio, Norberto: »Demokratiets fremtid«, i Hansson og Hermansson 1992.261.
- Born, Asmund W. m.fl. (red.): *Refleksiv ret*, København 1988.
- m.fl.: *Refleksiv ret og retsteoretiske problemer*, i Born m.fl. 1988.199.
- Boserup, Mogens: »Om 'Grænser for vækst'«, i Blegvad m.fl. 1984.269.
- Brattholm, Anders m.fl. (red.): *Samfunn. Rett. Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Oslo 1986.
- Dahl, Robert: *A Preface to Democratic Theory*, N.Y. 1956.
- Dalberg-Larsen, Jørgen: *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?*, København 1984.
- »På vej frem mod det gode samfund eller fuld fart tilbage«, *Retfærd* 32/1986.6.
- »Paradigmer for retsvidenskaben«, i Tuori 1988.41.
- »Retsvidenskaben som samfundsvidenskab«, i Basse 1989.35
- »Lidt om at indføre samfundsvidenskabelige elementer i den juridiske forskning«, i Basse 1989.69.
- *Ret, styring og selvforvaltning*, Århus 1991.
- Dicey, A.V.: *Law of the Constitution*, London 1885 (10th ed. by E.C.S. Wade 1959).
- Dübeck, Inger: »Hvornår blev Danmark en retsstat?«, i Blomquist og Ingesman 1993.99.
- Eckhoff, Torstein (red.): »Vitenskaper, profesjoner og klienter«, i samme: »Retten og samfundet«, Oslo 1976.292.
- Elklit, Jørgen: *Fra åben til hemmelig afstemning*, Århus 1988.
- Eriksen, Erik Oddvar: *Grænser for staten. Om makt, penge og kommunikasjoner som styringsinstrumenter*, Oslo 1993.
- Eriksson, Lars D.: »För ett dynamiskt legitimitetsbegrepp«, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1975.145.
- »Utkast til en marxistisk jurisprudens«, *Retfærd* 11/1979.40.
- *Marxistisk teori och rättsvetenskap*, Helsingfors 1980.
- »Till teorin om den reflexiva rätten«, i Brattholm m.fl. 1986.281.
- *Anm. af Kaarlo Tuori (red.): Rättsdogmatikens Alternativ*, *Retfærd* 45/1989.
- Jens Garde m.fl.: *Forvaltningsret – Almindelige emner*, Århus 3. udg. 1997.
- Gough, Ian: *The Political Economy of the Welfare State*, London 1979.
- Graver, Hans Petter: *Den juristskapede virkelighet*, Oslo 1986 (disputats).
- »Refleksiv rett og makt«, i Born m.fl. 1988.83.

Kapitel 7. Konfrontation med nyere retssociologisk teori

- Gunst, Jens m.fl. (Torben Bo Jansen, Carsten Henrichsen og Jesper Strandskov): *Offentlig ledelse og fornyelse*, København 1985.
- Habermas, Jürgen: *Borgerlig offentlighed – dens framvekst og forfall. Henimot en teori om det borgerlige samfund*, 1974 (ty. udg. 1962, disputats).
- »Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus«, 1976.92.
 - *Legitimationsproblemer i senkapitalismen*, 1975 (ty udg. 1973).
- Hansson, Sven Ove og Jörgen Hermansson (red.): *Ideer om demokrati*, Stockholm 1992.
- Harlow, Carol og Richard Rawlings: *Law and Administration*, London 1984.
- Hayek, Frederick A.: *Legislation and Liberty*, London 1973.
- Hecló, H.: *Toward a New Welfare State*, London 1981.
- Heilbroner, Robert L.: *Industrikulturens forfald*, København 1977 (eng. udg. 1976).
- Henrichsen, Carsten: »Retsstaten – en begrebsanalyse«, i Peter Blume m.fl. (red.): *Suum Quique*. Retsvidenskabelige afhandlinger, Københavns Universitet 1991.263.
- *Retssikkerhed og moderne forvaltning*, København 1997 (disputats).
 - *Offentlig forvaltning – lærebog i forvaltningslære*, København 1999.
 - »Fra retssociologiens 'Grand Theories': Teorien om retssystemets autopoiesis«, i Henrichsen m.fl. 2000.23.
 - »Om grundværdier og grundrettigheder«, i Grundrettigheder, Årbog 1999 fra Det Retvidenskabelige Institut B, Københavns Universitet 2000.39.
 - m.fl. (Jens Vedsted-Hansen og Anette Storgaard) (red.): *Lovens liv*. Festskrift til Jørgen Dalberg-Larsen, Århus/København 2000.
 - »Folket, staten og eliterne«, i Hanne Petersen m.fl.: *Staten i forandring*, Årbog 2000 fra Det Retvidenskabelige Institut B, Københavns Universitet 2001.1.
- Hydén, Håkan: *Ram eller lag. Rapport til Stat-kommunberedningen*, Stockholm 1984.
- »Reflexiv rätt och regulering«, i Born m.fl. 1988.113.
 - »Legalstrategins rättsliga möjligheter – en inventering och diskussion«, i Tuori 1988.69.
- Høgh, Erik: *Partipolitiske holdninger i Danmark 1953 – 1983*, Institut for Longitudinale Studier, København 1983.
- »Globens tilstand i nittenfirserne«, *Futuriblerne* 2-5/1987.
 - »En simpel sociologisk, økologisk udviklingstypologi. Et grundlag for fremtidsvalg«, *Futuriblerne* 1-3/1993.48.
- Jacobsen, Jens Christian (red.): *Autopoieses. En introduktion til Niklas Luhmanns verden af systemer*, København 1992.
- Jansen, Torben Bo: »Notat vedrørende politiske opgaver i 70'ernes Danmark«, *Futuriblerne* 1973/74.13.
- *Valg af fremtid*, Viborg 1983.
 - *Danske fremtider*, København 1988-92.
- Jarvad, Ib Martin: *Ret og stat*, København 1993.
- Jennings, W.I.: »Courts and Administrative Law«, *Haward Law Review* 1936.429.
- Jones, Catherine: *New Perspectives on the Welfare State in Europe*, London 1993.
- Jungk, Robert: *Atomstaten*, København 1978 (ty. udg. 1977).
- Kamenka, E. og A. Tay: *Law and Social Control. Ideas and Ideologies*, London 1980.
- Klausen, Kurt Klaudi og Torben Hviid Nielsen (red.): *Stat & marked*, København 1989.
- Klein, Rudolf: »O'Goffe's tale«, i Catherine Jones 1993.7.
- Knudsen, Tim: *Den danske stat i Europa*, København 1993.
- »Dansk statsbygning fra enevælde til liberal velfærdsstat«, i Blomquist og Ingeman 1993.21.
- Koch, Hal: *Hvad er demokrati?*, København 2. udg. 1960.
- Koch, Henning: »Den guddommelige velfærdsstat«, *Retfærd* 30/1985.38.

- Krurup, Ole: »Den juridiske aura – om arbeidsrettens grundbegreber«, i *Juristen & Økonomen* 1980.209.
- *Den juridiske virksomhed*, København 1987.
- Luhmann, Niklas: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München 1981.
- MacPherson, C.B.: *Demokratiets ansigter*, København 1970.
- MacIntyre, Alasdair: *After Virtue*, N.Y. 1981.
- Marchetti, Cesare: *Society as a Learning System*, N.Y. 1980.
- »Predicting Recession«, *Futuriblerne* 4-5/1994.41.
- Maslow, Abraham H.: *Motivation and Personality*, N.Y. 2. ed. 1970.
- Mathiesen, Thomas: *Ideologi og motstand*, Oslo 1979.
- Maurseth, Per: »Embedsmannstat og rettsstat«, *Historisk Tidsskrift* 1981.160.
- Meadows, D.H. et al.: *The Limits of Growth*, 1972.
- Meyer, Niels I. m.fl.: *Oprør fra midten*, København 1978.
- Müller, W. og Christel Neusüss (red.): *Socialstat og blandingsøkonomi*, København 1974.
- »Socialstatsillusionen og modsigelsen mellem lønarbejde og kapital«, i samme 1974.
- Møller, Bjarke: »Nationalstatens forfald«, *Samfundskonomen* 5/1992.5.
- Nielsen, Klaus og Ove K. Pedersen: »Fra blandingsøkonomi til forhandlingsøkonomi«, i Klausen og Nielsen 1988.171.
- Nonet, Philippe: *Administrative Justice. Advocacy and Change in a Government Agency*, N.Y. 1969.
- & Philip Selznick: *Law and Society in Transition. Towards a Responsive Law*, N.Y. 1978.
- O'Connor, James: *The Fiscal Crisis of the State*, N.Y. 1973.
- Offe, Claus: *The Contradictions of the Welfare State*, London 1984.
- Olsen, Henrik Palmer: *Rationalitet, ret og moral*, København 1997.
- Rasmussen, Hjalte: *EU-ret i kontekst*, 3. udg. København 1998.
- Rehbinder, Manfred: »Status-Kontrakt-Rolle. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenene Gesellschaft«, i *Festschrift für E.E. Hirsch*, Berlin 1968.141.
- Reich, Charles: *The Greening America*, 1970.
- Renner K. W.: *Die soziale Funktion der Rechtinstitute*, Tübingen 1904 (eng. udg. 1976).
- Ross, Alf: *Hvorfor demokrati?*, København 1946.
- *Statsretlig Studier*, København 1959.
- *Dansk statsforfatningsret 1-2*, København 2. udg. 1966, 3. udg. v. Ole Espersen 1980.
- Sand, Inger-Johanne: *Styring av kompleksitet. Rettslige former for statlig rammestyling og desentralisert statsforvaltning*, Bergen – Sandviken 1996 (disputats).
- Schmidt, Eike: »Von der Privat- zur Sozialautonomie«, *Juristenzeitung* 1980.153.
- Schmitt, Carl: *Verfassungslehre*, Berlin 1970 (1928).
- Schonfield, A.: *Modern Capitalism*, N.Y. 1965.
- Schumpeter, Joseph A.: *Capitalism, Socialism and Democracy*, NY 1942.
- Seip, Jens Arup: *Fra embedsmannsstat til ettpartistat*, Oslo 1963.
- »Rettsstaten' – En studie i begrepsanalyse og begrepsforvirring«, i *NNT* 1984.77.
- Sejersted, Francis: *Demokrati og Rettsstat*, Oslo 1984.
- Slagstad, Rune (red.): *Om staten*, Oslo 1978.
- *Rätt og politik. Et liberalt tema med variasjoner*, Oslo 1987 (disputats).
- Sten Anton: »Velferdsstat og utjevningsspolitikk«, *TfS* 1986.528.
- Strömholm, Stig: *Sverige 1972. Forsök till en lidelsesfri betraktelse*, Stockholm 1972.
- Sundberg, Jacob: fr. Eddan t. Ekelöf, Malmö 1978.
- Svensson, Palle og Lise Togeby: *Højrebølge?*, Århus 1991.
- Tamm, Ditlev: *Dansk retshistorie*, København 2. udg. 1996.

Kapitel 7. Konfrontation med nyere rettsociologisk teori

- Teubner, Gunther (ed.): *Reflexives Recht*, A.S.R.P. 68/1982.13; da. udg. i Born m.fl.: »Udviklingsmodeller for retten i sammenlignende perspektiv«, 1988.26.
- *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, *Law and Society Review* 17/1983.239.
 - *Social Order from Legislative Noise? Autopoietic Closure as a Problem for Regulation*, Paper til EUI Conference 1985.
 - (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin – N.Y. 1986.
 - »*The Transformation of the Law in the Welfare State*«, i Teubner 1986.3.
 - *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, N.Y. 1988.
 - *Law as an Autopoietic System*, Oxford – Cambridge 1993.
- Tocqueville, Alexis de: *Democracy in America*, 1835 (eng. udg. 1978).
- Tuori, Kaarlo (red.): *Rätts-Dogmatikens Alternativ*, Tammerfors 1988.
- Viemose, Søren: *Lobbyisme*, København 1990.
- Wade H.W.R. & C.F. Forsyth: *Administrative Law*, Oxford 1961; 8th. ed. 2000.
- Wanscher, Torben: *Forsamlingsfriheden og 'Fældeslaget'*, Århus 1979.
- Weber, Max: *Makt og byråkrati*, Oslo 1971 (1922).
- Wiethölter, Rudolf: *Entwicklung des Rechtsbegriffs. Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen 1982.
- Wilhelmsson, Thomas: »Behovsrationellt och reflexivt i rättsdogmatiken«, i Tuori 1988.223.
- Willke, Helmuth: »*Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relation Program*«, i Teubner 1986.280.
- Winckler, J.T.: *Law, State and Economy*, 1975.
- Zahle, Henrik: *Dansk forfatningsret 1-3*, København 1. udg. 1989, 2 udg. 1995-97.
- Ørebech, Peter: »*Demokrati og rettstat – Noen merknader til Francis Sejersted*«, i *Historisk Tidsskrift* 1980.284.
- Østerud, Øyvind: »*Statsdannelse*«, i Slagstad 1978.9.

2. Del
Til den nordiske debat
om legalstrategier

KAPITEL 1

Udviklingen af den moderne retsvidenskab

1.1. Paradigmer i retsvidenskaben

Udviklingen af den moderne retsvidenskab kan beskrives som en stadig udvidelse af forskningsperspektivet: Fra opfyldelse af en teknisk kundskabsinteresse, over en hermeneutisk og videre frem til en emancipatorisk ditto.¹¹⁶ Den tekniske kundskabsinteresse, som oprindelig finder udtryk i den analytiske retsteori, er fortsat dominerende – hovedsagen er at sætte den juridiske profession i stand til at mestre sit håndværk: udlægningen af gældende ret. Retsvidenskab er i den forstand ensbetydende med retsdogmatik.

Som et dialektisk modstykke til denne form for retsvidenskab vokser omkring århundredeskiftet en ny – mere samfundsbevidst – retsvidenskab frem, ikke mindst under indtryk af de brydninger i samfundet, som industrialiseringens fremvækst medfører. Den hermeneutiske erkendelsesinteresse, der kendetegner denne form for retsvidenskab, og som især repræsenteres af nye specialdiscipliner – retshistorie og retssociologi – får dog ikke nogen stor betydning for det retsdogmatiske arbejde, og – i takt med velfærdssamfundets udjævning af interessemodsætninger – går den tilsyneladende mere eller mindre i glemmebogen.

Med velfærdssamfundets begyndende krise i slutningen af 1900-tallet indvarsles en ny periode i retsvidenskabens udvikling, hvor bestræbelserne går ud på at frigøre sig fra det etablerede samfunds institutioner og værdier. En debat om alternative legalstrategier tager sin begyndelse, og som en art reaktion på den nypositivisme, som udviklingen havde medført, slår dele af retsteorien ind på materialistiske tankeretninger. Det emancipatoriske projekt tager herved

116. Se hertil nærmere *Henrichsen* 1998.121.

Kapitel 1. Udviklingen af den moderne retsvidenskab

form af et veritabelt opgør med, hvad der opfattes som klassesamfundets institutioner.

Det er dette opgør, der i nordisk retsteori finder udtryk i en debat om legalstrategier,¹¹⁷ som er emnet for denne afhandling. Formålet er at afklare, hvad der henholdsvis skiller og forener aktørerne i denne retsfilosofiske debat, og hvor den i øvrigt fører hen. Som sådan kommer man vidt omkring, fra nymarxistiske retskoler (kap. 2) til nok så umarxistiske friretlige tænkemåder (kap. 3), fra kvinderet (kap. 4) til bevægelsen omkring »styringsjus« (kap. 5) og fra polycentriske til retsøkologiske perspektiver (kap. 6). Et væsentligt omdrejningspunkt for debatten er den betydning, som hensynet til borgernes retssikkerhed, kan tillægges i et moderne samfund – et spørgsmål der tages op afslutningsvis i et forsøg på at samle trådene i debatten (kap. 7).

Først kan der dog være grund til at se lidt nærmere på forudsætningen om, at debatten om legalstrategier konstituerer et nyt paradigme i retsvidenskabens. Dette er ingen selvfølge, og bestrides da også af flere retsforskere. Til syvende og sidst beror det på, hvad der skal forstås ved (rets-)videnskab, og hvilken betydning der kan indlægges i paradigmebegrebet. Det er ikke stedet her at gå dybere ind i en drøftelse af disse – teoretiske – spørgsmål, hvorfor jeg i første omgang indskrænker mig til nogle supplerende bemærkninger om retsvidenskabens udvikling, herunder specielt dens udvikling i nyere tid. Intentionen hermed er at forsøge i det mindste at klargøre, hvad der særligt kendetegner legalstrategidebatten til forskel fra den traditionelle retsteoris omgang med retten og retsstoffet. Hvorvidt denne debat da kan siges at konstituere et nyt paradigme i retstænkningen, får da stå som en påstand, som jeg ikke i denne sammenhæng vil argumentere nærmere for.

At noget nyt er undervejs med legalstrategidebatten, vil formentlig få bestride. Ej heller, at disse nye tanker – eller i hvert fald en del af dem – måske allerede kan afskrives som ufrugtbare. Ideen med denne fremstilling er således netop at efterprøve holdbarheden af de nye tankeretninger set i lyset af de retlige grundværdier, som præger retten og retssystemet. Med legalstrategidebatten indvarsles en kamp om disse grundværdier – eller betydningen af dem – og det er i denne strid, at jeg hermed selv placerer mig med de grundstandpunkter, som er udviklet ovenfor (i I. del) om statsstyrets og retsordenens udvikling.

117. Debatten har ikke mindst fundet sted i det nordiske tidsskrift *Retfærd*, som skiftevis har betegnet sig selv som først »marxistisk tidsskrift« (fra 1976), derefter »juridisk tidsskrift, der arbejder på et socialistisk grundlag« (fra 1985), siden som et tidsskrift, der »analyserer den samfundsmæssige udviklings betydning for retten og retssikkerheden« (fra 1990) og senest som et »forum for kritisk juss« (fra 1993).

1.2. Udfordringen af det traditionelle juridiske paradigme

1.2. Udfordringen af det traditionelle juridiske paradigme

Alexander Peczenik (1982.609ff) afviser eksistensen af andre paradigmer i retsvidenskaben end det, der til alle tider har karakteriseret »den juridiske ideologi«, nemlig hensynet til retssikkerheden i den klassiske form, som et spørgsmål om at skabe størst mulig forudsigelighed i samfundsmæssige anliggender. Standpunktet er vendt mod de dengang fremspirende marxistiske og andre »alternative« retsteorier, som vil erstatte den traditionelle »juridik« med noget andet, det være sig sociologisk tænkning, samfundskritik eller folkets sunde retsfølelse etc. (s. 619). De bestræbelser på en fornyelse af retten, som fremføres i debatten på den tid, må ifølge Peczenick forkastes:

»De som förespråkar ett juridiskt 'paradigmeskifte', alltså en övergång från den traditionella juridiken till något annat, har i regel svårt att formulera sina förutsatta utgångspunkter. Visse varianter af *marxistisk* rättsteori utgör såtillvida ett undantag, som man där medvetat betrakter den marxistiska teorin som en sådan utgångspunkt. Men det er ingen lösning. Marxisternas utgångspunkt saknar de djupa rötter i samhällets praxis som den traditionella juridiken har. Juristernas traditionella paradigm har utkristalliserat sig i tusenårig praxis; ideologernas paradigm är än så länge en nyfödd papperstiger. Desutom förefaller det ovisst om det senere besitter samme moralrättfärdigande värde som den traditionella juridiken« (s. 620).

At binde juristernes traditionelle paradigme op på en »tusindårig praksis« er dog utvivlsomt en overforenkling af historiens gang. Det retssikkerhedshensyn, som Peczenick vil fremhæve som en grundværdi i retten, er – i sin rene form – snævert knyttet til det moderne samfunds statsstyre og retsorden, og som sådan har det endda været under stadig udvikling gennem de seneste par hundrede år: Fra et retsstatsligt begrundet hensyn til at beskytte borgeren mod vilkårlige statsligt dikterede indgreb i privatsfæren, til et velfærdsstatsligt hensyn til i videre omfang at beskytte borgeren mod social forskelsbehandling som følge af samfundsbestemte forhold. Den retlige grundværdi, som retssikkerhedshensynet repræsenterer, har på den måde skiftet betydning fra at være centreret om borgerlige »friheder« til i stigende grad at fokusere på sociale rettigheder i vid forstand.

Den retsvidenskabelige tænkning er som allerede antydnet snævert forbundet med denne udvikling. Hvor fremvæksten af den analytiske retsteori i begyndelsen af perioden kan ses som et svar på de udfordringer, som retsstaten med dens formale retsorden rejser, kan den hermeneutisk inspirerede retsteori opfattes som en reaktion på de problemer, som overgangen til en socialstatslig virksomhed frembyder. Her er det ikke så meget social- eller velfærdsstatens etablerede retsorden, der kalder på nye retsvidenskabelige paradigmer, som det er selve overgangen mellem nyt og gammelt. I denne overgangsperiode, hvor betydnin-

Kapitel 1. Udviklingen af den moderne retsvidenskab

gen af de grundlæggende værdier er usikker, mobiliseres juristerne på en debat om de specifikt retslige værdier, og det er denne debat, som sætter sine spor – omend kortvarigt – i den retslige tænkning med det resultat, at retsvidenskaben udvides til også at omfatte mere samfundsorienterede elementer.

Denne historie kan nu – med velfærdssamfundets og velfærdsstatens begyndende legitimationskrise i anden halvdel af 1900-tallet – se ud til at gentage sig. Hermeneutisk inspirerede tankeretninger vinder på ny indpas i retsvidenskaben i et forsøg på at »få hold på« de nye værdier, der trænger sig på i samfundslivet. Opgøret med velfærdsstatens institutioner og dertil hørende retsorden rækker imidlertid videre. Bestræbelserne går på at frigøre retten fra de institutionaliserede sammenhænge, hvori den indgår, og så at sige mobilisere denne på de nye værdiers side. Det er i den forstand, at det kan være rimeligt at tale om et nyt – emancipatorisk – paradigme i retstænkningen. Dette paradigme er samtidig i høj grad vendt mod den retspositivisme, der blot henviser rettens udøvere til at forholde sig mere eller mindre passivt til den positive retsorden. Når det er selve legitimiteten af denne retsorden, der stilles spørgsmålstegn ved, er det klart, at den traditionelle positivistiske retsteori bliver utilstrækkelig som grundlag for retsanvendelsen.

Legalstrategidebatten tematiserer i en vis forstand det klassiske skisma mellem *retspositivisme* og *naturretstænkning*. I den nu lange periode, hvor retsordenen har udviklet sig efter et velfærdsstatsligt koncept, har der ikke været brug for at sætte spørgsmålstegn ved de grundværdier, som retten har været baseret på. Retsanvendelsen har nogenlunde harmonisk kunnet indrette sig efter den »satte« ret, uden at skulle inddrage modsatrettede værdier og hensyn i videre udstrækning. I en situation, hvor nye værdier og hensyn trænger sig på, udfordres imidlertid denne af retspositivismen udviklede form for retsanvendelse af naturretligt inspirerede tankeretninger, der i højere grad lægger op til en »selvstændig kritisk vurdering eller evaluering af retsreglernes eller rettssystemets indhold«. ¹¹⁸ At legalstrategidebatten – i første omgang – tager afsæt i nogle stærkt samfundskritiske teorier, som er alt andet end naturretligt inspirerede, ændrer ikke ved, at der her grundlæggende sættes spørgsmålstegn ved de værdier og hensyn, som den etablerede retsorden synes indrettet på at fremme. ¹¹⁹

Der kan måske på denne baggrund også være en egen indbygget logik i den udvikling, som retsdebatten har undergået i de senere år, hvor man nu nærmest synes at være på vej til at gå over i den modsatte grøft: Fra en oprindelig renli-

118. *Bernt og Doublet* 1998 s. 101.

119. Sml. *Dalberg-Larsen og Jens Evald* 1998 s. 123ff med angivelse af lighedspunkter mellem den kritiske retsvidenskab og den klassiske rationalistiske naturret.

1.2. Udfordringen af det traditionelle juridiske paradigme

vet såkaldt »materialistisk« anskuelse til nu en form for »retsidealisme«, som for alvor genopliver det gamle skisma mellem retspositivisme og naturretstænkningen, men som på den anden side også er ensbetydende med en opgivelse af de specifikt emancipatoriske bestræbelser i retstænkningen, for så vidt som denne nu føres ind på de universelle grundværdiers gebet. Denne udløber af historien om den nordiske legalstrategidebat ligger dog uden rammerne af denne fremstilling, som alene koncentrerer sig om den emancipatoriske del af retsdebatten – det, der her er fremhævet som et nyt selvstændigt paradigme i retstænkningen.

KAPITEL 2

Alternativ jus og nynormativisme

2.1. 1970'ernes nymarxistiske retsskoler

Startskuddet til den nye paradigmesøgende udvikling lyder med marxismens indtog i retsdebatten i midten af 1970'erne. *Håkan Hydén* (1979.56) sammenfatter den hidtidige debat med en oversigt over de forskellige marxistiske retninger (s. 59ff): Først er der den *kritiske teori*, der – i den marxistiske terminologi – hovedsageligt fokuserer på »overbygningen«, og som dermed særligt interesserer sig for samfundets overgangsproblemer, men uden nogen klar relation til »klasseforholdene«. Dernæst den *kapitallogiske teori*, der fokuserer på samfundets »basisstrukturer«, og som dermed analyserer samspillet mellem samfundets produktionsforhold og produktionsmåde, omend ligeledes uden nogen inddragelse af klassekampaspektet. Endelig den *strukturalistiske teori*, der fokuserer på forholdet mellem samfundets overbygning og basis, og som dermed kompletterer den kapitallogiske analyse med en teori om overbygningen, men nu uden nogen klar relation til de faktiske forhold.

Begrænsningerne i de teoretiske ansatser, som Hydén selv påpeger, er for ham en anledning til at forsøge sig med en *syntetisk teori* – kaldet en »regional teori om retten« (s. 76) – der skal indbefatte »kunskap om gränserna för rätten som en del av överbyggnaden i vad avser dess möjligheter att handskas med de problem som den materielle utvecklingen genererer inom ramen för et kapitalistisk produktionssätt« (s. 77). Formålet med en sådan teori skulle være »emancipatoriskt, nämligen att frigöra klasskampen« gennem bevidstgørelse om de kapitalistiske samfundsstrukturers historiske bundethed – målet er »att ekonomins självständighet och dominans bryts och politikens överhöghet etableras« (s. 69). Set i historiens mere unuancerede bakspejl vil man formentlig betragte Hydéns program som et typisk udslag af en ideologiskritisk tænke-

Kapitel 2. Alternativ jus og nynormativisme

måde, omend i en noget skærpet variant i forhold til f.eks. Jürgen Habermas' kritiske teori, der i sin emancipatoriske del nærmest er klasseløs.¹²⁰

Selv om det i dag, hvor marxistiske tænkemåder af denne hårdtslående karakter på det nærmeste er elimineret fra samfundsvidenskabelig tænkning, måske kan være mindre oplagt at beskæftige sig med de ophedede marxistiske debatter på den tid, er det et uomgængeligt faktum, at legalstrategidebatten startede på dette grundlag, hvorfor det også i en afhandling som den foreliggende er nødvendigt i en eller anden udstrækning at forholde sig til samme.¹²¹ Dette så meget desto mere som disse tankeretninger selv postulerer et emancipatorisk sigte med deres teorier. Det frigørende element i de forskellige marxistiske teorier er dog ikke større, end at teorierne straks lukker af for enhver fordomsfri debat om samfundets fremtidige udviklingsmuligheder. Såvel mål (socialisme) som midler (klassekamp) er angivet på forhånd, og disse elementer udgør på én gang kriterierne for teoriernes brugbarhed og de forhold, som teorierne skal bekræfte gyldigheden af. Det egentlige »videnskabelige« projekt indskrænker sig på denne baggrund til at blotlægge de afgørende svagheder i de eksisterende samfundsstrukturer.

Hvad dette sidstnævnte aspekt angår, fremhæver Hydén (s. 78) fremvæksten af en for den kapitalistiske produktionsmåde særegen retstype, de såkaldte »*intervenerande normer*«, som han ser som et svar på de problemer, der skabes af modsætningerne mellem produktivkræfternes udvikling og de private produktionsforhold. En i og for sig rimelig betragtningstype, der også for længst i traditionel (keynesiansk) nationaløkonomi har fundet udtryk i forestillingerne om markedsøkonomiens »imperfektioner« som begrundelse for offentlige indsatser. Hvad der derimod ikke indgår i disse sidstnævnte økonomiske teorier, er forestillingerne om, at denne normtype »avspejlar statsinterventionens grænser« (Hydén, a. st.), og at denne i et længere tidsperspektiv vil vise sig at være utilstrækkelig som følge af den i samfundsordenen indbyggede tendens til, at de underliggende problemer ubønhørligt skærpes.

Det kan være svært at se de specifikt retsvidenskabelige implikationer af disse marxistiske retsteorier. Noget retspolitisk projekt er det således vanskeligt at få øje på, og for retsdogmatikken synes de i hvert fald at måtte være helt uvedkommende. Det sidstnævnte indtryk bestyrkes af *Peter Blume* (1978.99),

120. Jfr. især Habermas 1974 og 1975.

121. Jeg kan derfor ikke som *Morten Wegener* 1994 s. 77 blot bortse fra disse »såkaldte 'marxistiske' retsteorier«, hvis bidrag til afklaring af såvel retsdogmatikkens som retsanvendelsens metodespørgsmål – efter denne forf. – »højst kan betragtes som abortative«, og som noget »glemslens slør forhåbentlig snart vil sænke sig nådigt over«. I forf's 3. og sidste udgave. (Wegener 2000) er disse teorier definitivt gået i glemmebogen – her end ikke værdises de en omtale.

2.2. Udkast til en marxistisk retsteori

der i en anmeldelse af *Dag Victors* afhandling, »Rättssystem och vetenskap« (1977), efterlyser en alternativ retsdogmatik, der »må være dynamisk og mere end juridisk (i traditionel forstand)«, idet han tilføjer: »Den må således have en anden problematik end »gældende ret« (s. 105). Med en sådan fuldstændig afsværgelse af den etablerede retsdogmatik synes den marxistiske retsteori at være fjernere end nogensinde fra den praktisk arbejdende retsvidenskab. Denne slutning skal dog snart vise sig at være forhastet.

I et svar til Blume gør Dag Victor (1978.108) gældende, at Blumes synspunkter ikke blot er taktisk uheldige, men også uvidenskabelige: »Om man nu skall ta dette uttalande på allvar så innebär det att »materialismen« skulle ha den märkliga egenskapen att apriori utan studium av verkligheten, kunne utdöma vissa teorier som felaktiga« lyder Victors første indvending (s. 122); og til det taktiske aspekt hører efter Victors opfattelse endvidere, at Blumes synspunkter ikke blot fører til videnskabelig, men også politisk isolering: »För att hålla sig till rättspolitiken är det svårt att förstå hur man med Blumes dikotoma synsätt i någon historisk situation skall kunna finna det angeläget att exempelvis slåss för de borgerliga fri- och rättigheterna eller den borgerliga legaliteten« (s. 123).

2.2. Udkast til en marxistisk retsteori

Med baggrund i denne debat melder der sig imidlertid nu en ny aktør på scenen, finnen *Lars D. Eriksson*, der allerede i nogle år har gjort sig gældende med en række forholdsvis traditionelle marxistiske retsanalyser.¹²² Med et såkaldt »Utkast til en marxistisk jurisprudens« (1979.40) forsøger Eriksson nu at bryde nye veje. Hvor de foregående debattører af marxistisk observans kan samles om – i forskellig udstrækning – at stille sig kritisk til den etablerede retsdogmatik, nøjes Eriksson ikke blot med at (re-)formulere en marxistisk teori om retsudviklingen i det kapitalistiske samfund (den svarer stort set til Hydéns ovennævnte betragtninger om udviklingen fra formal ret til interventionsret), men han opkaster også en teori om *anvendelsen* af den for det senkapitalistiske samfund typiske intervenserende retsform.

Udgangspunktet for Erikssons »alternative retsdogmatik« er spændingsforholdet mellem normernes eksistens og den virkelighed, som de skal fungere i (s. 42). Dette modsætningsforhold, mener Eriksson, giver visse *tolkningsmuligheder*: Retsordenen indeholder både konservative og progressive elementer (s. 46). Det gælder for så vidt allerede med hensyn til de klassiske, formale retsnormer med frihedsrettighederne som det klareste eksempel, men for de mere *åbne*

122. Jfr. artikelsamlingen »Marxistisk teori och rättsvetenskap« 1980(a), der samme år viderebearbejdes til en afhandling med samme titel.

Kapitel 2. Alternativ jus og nynormativisme

interventionsnormers vedkommende bliver det af så meget desto større betydning at holde sig disse tolkningsmuligheder for øje. I sidstnævnte tilfælde strækker tolkningsmulighederne sig principielt fra en udlægning af normerne på systemets præmisser, dvs. som »systemlegitimerende« normer, til en udlægning i lyset af borgernes reelle behov og interesser, dvs. som »systemforandrende« normer.

Med baggrund i en sondring mellem normrationalitet og målrationalitet i retsanvendelsen som de bagvedliggende – alternative – faktorer, der styrer den retlige argumentation og dermed fortolkning af retsreglerne, gør Eriksson nu gældende (s. 46), at udviklingen af interventionsnormer gør det mindre relevant at tænke på at styrke kravene til forudsigelige, formelt uantastelige beslutninger. I stedet bør retsteorien sætte fokus på beslutninger, der tilfredsstillende bestemte hensyn og interesser, med henblik på at styrke *målrationaliteten* i den retlige argumentation. Det for en marxistisk betragtning afgørende moment bliver herved, om målrationaliteten styres af kapitalens primære interesse i at holde sammen på det politisk-økonomiske system, eller om hovedvægten lægges på *samfundsmedlemmernes reelle behov*.

Retten opfattes på denne måde som et handlingsinstrument for progressive – systemforandrende – formål, hvorved den kritiske teoris oprindelige emancipatoriske program for en (ikke-revolutionær) videreudvikling af samfundssystemet så at sige føres ned på praksisplanet – i sig selv en højst kontroversiel manøvre for den tids marxistiske tænkemåde. Som et yderligere omstridt moment fremhæver Eriksson endvidere netop *praksis* – det vil sige de retsanvendende myndigheders praksis – som den yderste test for de teorier, der udvikles ud fra de ovennævnte principper – ikke teoriernes umiddelbare gennemslagskraft ganske vist, men deres accept på sigt. Retsteorien må derfor tilstræbe identifikation af de »*reelt mulige*« tolkninger (s. 51), idet grænserne for »det reelt mulige« må fastlægges ud fra empiriske analyser af myndighedernes organisation og beslutningsmåde (s. 52).

Det er næppe for meget sagt, at Lars D. Eriksson med dette »udkast« til en marxistisk/alternativ jurisprudence udfordrede det marxistiske establishment i den tids retsdebat. Med sit klare oplæg til at tage den senkapitalistiske retsorden med alle dens mange løfter om et bedre samfund *på ordet*, brød Eriksson fuldstændig med det marxistiske klassekamp-billede – opfattelsen af den borgerlige ret som et »blændværk« uden reformmuligheder og endnu mindre med muligheder for anvendelse til praktiske formål. Ja, den sidste mulighed havde knapt nok været tænkt. Teorien repræsenterede i så henseende det utænkelige og var som sådan nærmest at ligne med en art chokterapi for radikalt tænkende marxister. Ikke overraskende, at den da også umiddelbart af langt de fleste debattører blev afvist som ikke blot en »umulig opgave« (Hydén 1988.85), men

2.3. Reaktioner på Lars D. Erikssons »utkast«

også som et i forhold til den politiske debat og interessekamp »afsporende« projekt (Mathiesen 1980.70).

Med sit teoretiske oplæg starter Eriksson i virkeligheden en flerstrengt debat om retsdogmatikkens muligheder. Det er for det første debatten om den retlige argumentations grundkonceptioner. Dernæst spørgsmålet om sigtet med den retsdogmatiske analyse, hvor Eriksson som nævnt anbefaler empiriske studier af myndighedsadfærd som et nødvendigt supplement til studier af de regler, som knap nok findes. Endelig indgår et hermed sammenhængende spørgsmål om anvendelse af samfundsvidenskabelige metoder i retsvidenskabelig forskning. For så vidt hele teorien præsenterer sig – eller i hvert fald kan opfattes – som et alternativ til retspolitiske indsatser og dermed forbundne forskningstiltag, ligger der også her et væsentligt debattema.

2.3. Reaktioner på Lars D. Erikssons »utkast«

Erikssons udkast til en alternativ jurisprudens afføder hurtigt en reaktion fra *Jørgen Dalberg-Larsen* (1979.80ff), som i et dybtgående indlæg sætter sig for at gendrive ikke mindst det postulerede marxistiske islæt i dennes teori. Dalberg-Larsen ser ikke noget specielt marxistisk i den målrationelle argumentationsmodel, og han afviser ydermere, at der overhovedet skulle være behov for en særlig marxistisk jurisprudens i et kapitalistisk samfund. En marxistisk retsteori kan for Dalberg-Larsen kun være en teori om forholdet mellem ret og samfund, en teori om rettens sociale funktioner, der som sådan kan konkurrere med andre retssociologiske teorier (s. 80f). At en sådan teori muligvis kan *influere* på retsanvendelsen, er en anden sag.

Dalberg-Larsen uddyber sit principielle standpunkt med en række indvendinger over for Erikssons teoretiske stipulationer og koncept i det hele (s. 87f): De fleste jurister vil uanset ideologisk ståsted tage behovsopfyldelsen som primært udgangspunkt for deres udlægning af gældende ret. Hvad det angår, må det imidlertid tages i betragtning, at det ikke er alle retsregler, der har behovsopfyldelse som målsætning – nogle retsnormer tager udtrykkeligt sigte på at fremme erhvervsinteresser, og selv hvor normerne primært er rettet mod behovsopfyldelse, kan der forekomme modstridende regler, der påbyder en adfærd, som er alt andet end målopfyldende. I øvrigt er det – selv hvor behovsopfyldelse ud fra Erikssons model er mulig – langt fra givet, at dette i sig selv vil føre til nogen større omkalfatring af samfundet. Hvad endelig angår den af Eriksson anviste verifikationsprocedure, finder Dalberg-Larsen det rent ud sagt »ubegribeligt«, at en teori om rettens sociale funktioner under senkapitalismen skulle kunne

Kapitel 2. Alternativ jus og nynormativisme

påvirkes af, at det etablerede myndighedsapparat ikke følger en bestemt fortolkning af givne regler i en vis periode.

Dalberg-Larsens kritik er betydelig mere omfattende end her refereret, men det korte af det lange er, at denne forfatter (s. 89f) – ikke mindst på baggrund af domstolenes traditionelt tilbagetrukne rolle i den politiske proces – finder det helt usandsynligt, at der skulle være nogen udsigt til at trænge igennem med en legalstrategi som Erikssons. Som et væsentligt mere realistisk alternativ peger Dalberg-Larsen på det *retspolitiske* arbejde, der på sin side fordrer både retsso-ciologiske og videregående samfundsteoretiske studier. Idet jeg for mit eget vedkommende fuldt ud kan tilslutte mig den sidstnævnte opfattelse, skal jeg foreløbig afstå fra en endelig vurdering af Erikssons jurisprudens. Dalberg-Larsens kritik får således et gensvar fra en anden finne, *Juha Poyhönen* (1980.75), som bør tages med i betragtning, ligesom debatten også tilføjes nogle yderligere momenter, der skal fremhæves her.

Poyhönen konstaterer (a.st.), at der åbenbart foreligger forskellige opfattelser hos Lars D. Eriksson og Jørgen Dalberg-Larsen med hensyn til retsdogmatikkens »natur«, om hvad retsdogmatik i »selve værket« er. Således finder Poyhönen en mere åben, dynamisk indstilling hos den førstnævnte og en mere lukket, konservativ hos den sidstnævnte forfatter (s. 78). Over for disse muligt modsatrettede opfattelser sætter Poyhönen (s. 79ff) ind med en nøjere granskning af, hvor store meningsforskellene i grunden er, og han konstaterer herved, at Eriksson og Dalberg-Larsen tilsyneladende begge er enige om, at retsdogmatikken i det store og hele er uforandret i sin »ydre form«, hovedsigtet er og bør fortsat være en beskrivelse af gældende ret med hovedvægten på tolkning og systematisering af retsstoffet. De er åbenbart også enige om, at retsordenen indeholder modsigelser, ligesom de begge fremhæver betydningen heraf for løsningen af den retsdogmatiske opgave – med Dalberg-Larsens ord er det en central opgave at finde ud af, »ad hvilke veje og ud fra hvilke præmisser, herunder antagelsen af hvilke principper, og hvilken ideologi (retsdogmatikeren) er nået frem til netop denne fastlæggelse« (af gældende ret, *min tilføjelse*).

Dalberg-Larsen synes endda at være enig med Eriksson i, at der i rettens »dybdestruktur« findes elementer, der kun kan fremdrages og klarlægges ved samfundsteoretisk analyse. Kun synes de to kombattanter at være uenige om, hvor betydningsfulde sådanne erkendelser vil være for retsdogmatikeren og dennes baggrundsantagelser. Ifølge Dalberg-Larsen overskrider sådanne erkendelser ikke rammerne for »borgerlig videnskab«, og det synspunkt vil Poyhönen for så vidt ikke afvise (s. 80). Blot finder han, at denne omstændighed ikke i sig selv udelukker, at marxismen skulle være egnet til at give svar på i hvert fald nogle af retsdogmatikkens grundlagsproblemer, som væsentligt afviger fra den traditionelle retsteoris opfattelser (a.st.).

2.3. Reaktioner på Lars D. Erikssons »utkast«

Som Dalberg-Larsen imidlertid allerede har understreget, er der – og må der være – en snæver sammenhæng mellem retsdogmatikken og de mere generelle samfundsteoretiske indsigter, der kan opnås gennem retssociologiske, herunder marxistiske, analyser af forholdet mellem ret og samfund. Det er for så vidt indlysende, at sådanne baggrundsteorier kan influere på retsdogmatikken og dermed retsanvendelsen, men det er ikke det samme som at postulere muligheden af en særskilt – »alternativ« endsige »marxistisk« – jurisprudens. Spørgsmålet er derfor, om Poyhönen siger noget nyt med sine – tydeligt konsensusøgende – betragtninger, ud over at hovedaktørerne altså ikke står så fjernt fra hinanden, som man måske umiddelbart kunne få indtryk af.

Poyhönen's bidrag er dog alligevel værdifuldt derved, at det dels understreger betydningen – også for retsdogmatikken – af de igangværende samfundsforandringer og hermed forbundne problemer af retlig karakter og dels – som et hermed sammenhængende moment – understreger muligheden af fortsatte retsdogmatiske analyser, også for så vidt angår de mere åbne regelværker, der kendetegner nutidens retssystemer.

KAPITEL 3

Ideologikritik og friretlige tendenser

3.1. Ideologikritiske retsopfattelser

Spørgsmålet om retsdogmatikkens muligheder i relation til de mere »åbne« reglerværker har især været drøftet i socialretlige sammenhænge og i de senere år også på det miljøretnlige område. Allerede på den tid, da Lars D. Eriksson fremlagde sin »alternative jurisprudens«, var der specielt i den socialretlige forskning en udbredt tendens til at erstatte retsdogmatiske studier af »gældende ret« med rene *organisations- og praksisbeskrivelser*.¹²³

Opfattelsen er her, at en socialretsdogmatik ikke kan bygge på gængse retskilde- og fortolkningsprincipper. Det hænger bl.a. sammen med, at der på dette område ikke findes nogen domspraksis af betydning, hvorfor det alene af den grund vil være vanskeligt eller umuligt at fastslå »gældende ret«. Dertil kommer, at den offentligtretlige regulering vedrører generelle samfundsmæssige konflikter, i relation til hvilke myndighedernes afgørelser reelt vil være bestemt af de »politisk-økonomiske konjunkturer« (*Henrik Bang* s. 26f). Dogmatikken kan derfor ikke opfylde sin egen funktion med hensyn til at fastslå, hvad der i henhold til givne normer er rigtigt eller forkert, hvorfor den må udvides eller helt erstattes af (retsociologiske) organisationsstudier og/eller beskrivelser af den praktiserede ret. Sådanne beskrivelser kan da på sin side sammenholdes med lovgivers intentioner og/eller befolkningens retsopfattelse.

Det samfundsteoretiske udgangspunkt er her udpræget *ideologikritisk*. Formålet er at klarlægge »realiteterne« og konfrontere dem med »idealene«. Den underliggende forventning er, at idealerne – de proklamerede målsætninger – i realiteten er »ideologier i betydningen falske forestillinger om virkeligheden, som er opstået for at skjule interesse modsætninger« (*Anna Christensen* s. 22).

123. Se Retfærds temanummer om socialret nr. 14/1980 med indlæg af bl.a. *Anna Christensen* (s. 20) og *Henrik Bang* (s. 24).

Kapitel 3. Ideologikritik og friretlige tendenser

Det er ikke mindst inden for denne tradition, at modsætningsforholdet mellem retssikkerheds- og effektivitetshensyn tematiseres. I Anna Christensens udlægning hedder det ligefrem, at der i den retsvidenskabelige tradition findes nogle værdier, »som inte bygger på värdegemenskap mellan staten/lagstiftaren och rättsvetenskapen, nämligen rättssäkerhetsstraditionen« (s. 23). Denne tradition placerer hun eksplicit »i skarp motsättning til det statliga intresset av en effektiv och flexibel styrning av befolkningens handlande« (a.st.).

Matti Mikkola (1980.11) afviser ikke brugen af empirisk forskning i praksis som en central metode for retsvidenskaben, men han fremholder, at sigtet med forskningen ligefuldt må – eller bør – være retsdogmatisk (s. 13). En rent empirisk sociologisk forskning kan ikke have nogen interesse fra et retsvidenskabeligt synspunkt: »Rättslig forskning torde dock trots allt kunna karaktäriseras av en strävan till att i normativ form presentera och utforma principer och begrepp som beskriver dessa« (s. 14f). Det udelukker ikke, siger Mikkola videre, at man samtidig kan have en kritisk indstilling til de vurderinger og værdier, som praksis repræsenterer. Det hører tværtimod til en af den retslige forsknings hovedopgaver at redegøre for sådanne standpunkter.

Den juridiske forskning må efter Mikkolas opfattelse i det hele bidrage til at bevidstgøre om de værdier, der er indbygget i retsordenen, såvel som om de vurderinger, der fremgår af myndighedernes praksis. Disse værdier og vurderinger må da sammenholdes med en helhed af filosofiske, samfundsteoretiske og politiske vurderinger. – Det er dog vanskeligt at skille dette program fra den »rene« ideologikritik baseret på empiriske analyser. Det retsdogmatiske indslag i den af Mikkola anbefalede retsforskning synes at indskrænke sig til »opstilling af juridiske kategorier og begreber«. Måske er der kun betegnelsen til forskel: Hvad den ene kalder »retsdogmatik«, er for den anden »retssociologi«.

3.2. Friretlige tendenser i retsdogmatikken

Hvis man imidlertid med retsdogmatik – i overensstemmelse med normal sprogbrug – mener fastlæggelse og systematisering af »gældende ret«, rejser Mikkolas indvendinger mod den »empiriske« retsforskning spørgsmålet om, hvorvidt og i hvilken udstrækning studiet af værdier og værdiudvikling hører hjemme i denne gren af retsvidenskaben. Dette spørgsmål skal tages op i forbindelse med en anden tendens, der kan genfindes i nyere retsforskning, og som også – på *sin* måde – betegner en afvigelse fra sædvanlig retsdogmatik. Det er en tendens, der klart nok – og nærmest i opposition til den empiriske retsforskning – fastholder det retsdogmatiske udgangspunkt, men som samtidig forbeholder sig en betydelig grad af frihed ved tolkningen af det konkrete retsstof.

3.2. Friretlige tendenser i retsdogmatikken

Derved ligner denne tendens i retsforskningen sidste århundredes *friretlige skoler*.

Friheden er dog af en noget anden karakter, end den Lars D. Erikssons jurisprudens åbner op for. I en kritik af den marxistiske retsteori i dens forskellige varianter erklærer Henrik Zahle (1989.46), at det herved forudsatte *makroperspektiv* ikke er eller kan være afgørende for en juridisk praktik. Juristens handlingsrum er et andet og langt snævrere, og »fornægter man dette«, fortsætter Zahle, »kan man bedre udtrykkeligt anbefale juristen at søge et andet erhverv. Og hvis dette skulle være sociologien, var det rart at se en præsentation af en praktiserende sociologs spillerum« (s. 55).

Denne noget polemiske formulering af standpunktet kan dog synes vanskelig at forene med forfatterens egen konklusion (s. 56f): »At der er grænser for ens handlefrihed, er vel ikke ensbetydende med, at man ikke skal udnytte den«. En vis handlefrihed forudsættes altså trods alt, og det siges herom videre: »Opgaven er derfor at definere rammer for den *mulige dogmatik* og diskutere den indholdsmæssige udfyldning« (min fremhævelse), og dette var vel netop, hvad Eriksson både mente og sagde (om fastlæggelse af grænserne for »det reelt mulige«). »Et fundamentalt problem er, hvorledes den værdimæssige side af udfyldningen nærmere skal vurderes«, hedder det videre hos Zahle (a.st.), og heller ikke her behøver der at være nogen divergens i opfattelserne, specielt ikke hvis man – som Dalberg-Larsen – »skræller« den marxistiske retorik hos Eriksson væk. Herefter runder Zahle af med følgende effektfulde replik: »Her kan hverken den positivistiske værdifrihed eller den marxistiske emancipations-teori hjælpe. *Du må selv beslutte dig*« (a.st., *min udhævnning*).

I en vis forstand er dette sidste naturligvis ubestrideligt. I spørgsmålet om værdier står enhver frit – det er netop i valget af hensigter, at det enkelte menneske besidder personlig frihed. I denne forstand er udsagnet imidlertid også trivielt, for det afgørende – også for en retsdogmatik, der ønsker at være på »højde med« udviklingen – må være at vise, *hvilke valgmuligheder* praktikerer reelt har i den aktuelle situation. Normalt vil man sige, at disse valgmuligheder er ikke-eksisterende. Praktikerer kan – som Zahle selv antyder med sin ovenfor citerede kritik af »makroperspektivet« i den marxistiske tænkning – kun »overleve« ved at knytte an til de »herskende« værdier i samfundet.

Problemet er imidlertid, at det – *i brydningstider som de nuværende* – kan være vanskeligt at fastslå, hvad der skal betragtes som de »herskende værdier«. De hidtil dominerende værdiopfattelser er sat under pres af andre og videregående krav og ønsker, og dette er i realiteten ensbetydende med, at valgmulighederne er *legio*. Overgangssamfundet er således kendetegnet ved, at alle muligheder – i princippet – står åbne, og netop i den situation må det erkendes, at det er af største betydning for samfundsforskningen at søge afklaret, i *hvilken*

Kapitel 3. Ideologikritik og friretlige tendenser

retning udviklingen bevæger sig – værdimæssigt, teknologisk og i det indbyrdes samspil mellem teknologi og værdinormer.

For at vende tilbage til Zahles bemærkning – »At der er grænser for ens handlefrihed, er vel ikke ensbetydende med, at man ikke skal udnytte den«, altså *handlefriheden* – kunne den i lyset af ovenstående betragtninger omformuleres som følger: At der er grænser for ens handlefrihed, er vel ikke ensbetydende med, at man ikke skal udnytte *den*, altså *grænserne*. Det er netop ved at udnytte kendskabet til »grænserne« – de samfundsmæssige strukturer i videste forstand – at man kan opnå reel handlefrihed. I retsvidenskabelig sammenhæng er dette ensbetydende med en påstand om, at udvikling af kendskabet til »rettens dybdestrukturer«, hvortil jeg også henregner retssikkerhedshensynet og dets placering i større sammenhænge, har væsentlig betydning for rettens videreudvikling. Dette er imidlertid fortrinsvis relevant i en *retspolitisk* sammenhæng. Det er på dette plan, at mulighederne for en udvikling og forandring af retten først og fremmest ligger. Heri er jeg som sagt enig med Dalberg-Larsen.

For den *praktiserende* jurist såvel som for den *retsdogmatiske analytiker* er spillerummet derimod mindre. Så langt er jeg altså også enig med Henrik Zahle. Men det betyder ikke, at et kendskab til »rettens dybdestrukturer« er uden betydning i disse henseender. Viden herom kan tværtimod være med til at præcisere det aktuelle handlerum for juristen, og ofte vil dette være mindre, end man umiddelbart kunne være tilbøjelig til at antage. Det er da tilsyneladende et *paradoks*, at netop de stærkeste kritikere af en »alternativ jurisprudence« ofte – i deres egen praksis – forbeholder sig en betydelig grad af frihed til at »fortolke« retsstoffet ud fra egne – ikke altid lige klart formulerede – værdipræferencer. Det gælder bl.a. også Henrik Zahle selv, hvis lærebog »Dansk forfatningsret« (1986/1989/1995-97), indeholder en stribe nyfortolkninger af retsstoffet, der sine steder nærmest afspejler, hvad man med et nyere udtryk ville kalde en »offensiv« eller »nynormativ« fortolkningsstil.¹²⁴ Til forskel fra Lars D. Eriksens jurisprudence får man imidlertid ikke her nogen klar besked om de værdimæssige præferencer, der styrer – eller må formodes at styre – forfatterens udlægning af »gældende ret«.

Henrik Zahle 1989.45 (s. 48f) giver selv en oversigt over de vigtigste af disse bidrag til en nytolkning af de forfatningsretlige regler, idet han om den herved anvendte metode bemærker (s. 49; *mine parentetiske indskud*): »Den retsdogmatiske bearbejdelse lader sig vanskeligt bringe på en enkel formel. Pointen kan bestå i at tage en bestemmelse på ordet og fastholde den orddækkende regel som den gældende (jfr. udvidende fortolkning af grundlovens bestemmelser om

124. Kirsten Ketscher 1990 s. 78.

3.2. Friretlige tendenser i retsdogmatikken

ytringsfrihed), men pointen kan i stedet være den modsatte, at indsnævre den orddækkende beskyttelse (jfr. indskrænkende fortolkning af reglerne om regeringsprærogativer). Hvad der er fremstillet som en hovedregel med få undtagelser, kan omskrives, således at undtagelsen bliver hovedreglen (formulering af materielle regler for regeringsdannelsen nævnes her som et eksempel), eller argumentation kan føre til styrkelse af den socialstatslige menneskerettighedsbeskyttelse (ytringsfriheden nævnes igen som et eksempel), men kan også have en retsstatslig karakter, for så vidt som en praktisk fungerende styring søges indkapslet i et afklaret retligt mønster (jfr. antagelsen af folketingsbeslutninger som retligt bindende)«.

Det hører formentlig til sjældenhederne, at så relativt mange og principielle nyfortolkninger ser dagens lys i en lærebog, hvis 1. udgave fra 1986 ganske vist præsenterer sig som »foreløbig«, men hvor disse i øvrigt fremsættes uden nogen forudgående teoretisk diskussion i faglitteraturen, jfr. til sammenligning *Peter Germers* mere traditionelle fremstilling fra samme tid (1988-89, 1995).¹²⁵ Også *Zahles* forgænger *Alf Røss* har i sin forfatningsretlige lærebogsfremstilling (1959/1966/1980) foretaget flere nye udlægninger af »gældende ret«, men disse standpunkter er uddybet i et samtidigt forskningsarbejde, »Statsretlige studier« (1959), hvortil der løbende henvises i lærebogen. Selvsagt kan man se *Zahles* nyfortolkninger som udtryk for en videreførelse af demokratiske værdier i bred forstand; men det er – som det fremgår – ikke et standpunkt, forfatteren selv vil stå inde for. De forfatningsretlige analyser kan derfor let forveksles med den mere opportunistiske argumentationsform, som jurister så ofte forbindes med, herunder også af nogle jurister selv, således *Ole Krarup* (1991.21 s. 29 note 17), der i en noget besk kommentar anfører, at *Zahles* ovennævnte »beskrivelse af den juridiske atletik passer på al dogmatisk virksomhed«.

Paradokset opløses imidlertid, når det tages i betænkning, at netop ubundet-heden i forhold til teoretiske forestillinger om rettens dybdestrukturer – med forbindelse til samfundets makrostrukturer – giver retsforskeren optimal mulighed for at forholde sig frit til sit retsstof, hvilket ikke mindst har betydning i den udstrækning de omhandlede strukturer *ændres* under indtryk af de igangværende samfundsforandringer. Det er netop sådanne ændringer, der i praksis kan give anledning til at genoverveje de retsregler, der fastlægger de pågældende strukturer. Krav om opprioritering af de politiske frihedsrettigheder, herunder specielt ytringsfriheden, og en stigende brug af folketingsbeslutninger som styringsredskab i forhold til regeringen er – hver på sin måde – eksempler på sådanne ændringer.

125. Se med anmeldelse af begge værker *Jens Peter Christensen* 1991.21.

Kapitel 3. Ideologikritik og friretlig tendenser

Uden forpligtelse til at forholde sig (eksplicit) til grundlæggende værdinormer og teoretiske forestillinger om samspillet mellem teknologi og værdinormer bliver fortolkningsmulighederne over for et blot nogenlunde »åbent« retsstof betydelige. Fristelsen er her, at den retsdogmatiske analytiker lader intuitionen, sin egen common sense, eller med et udtryk af *Hans Petter Graver* (1986), »det juridiska bondevettet«, råde. Teoretiske indsigter erstattes på denne måde af retsanalytikerens »gode vilje«. Alternativet er for så vidt heller ikke at inddrage empiriske samfundsanalyser i retsdogmatikken i det øjemed at underbygge de antagne nyfortolkninger. Alternativet er derimod overhovedet at *afstå* fra vidtgående omfortolkninger af retsstoffet og i stedet overlade spørgsmålet om behovet for retsændringer til videregående *retspolitiske* analyser.¹²⁶

3.3. Retsdogmatik og retspolitik

Det ovenfor anførte er anderledes udtrykt et krav om at opretholde en *skarp adskillelse mellem retsdogmatik og retspolitik*. En videnskabeligt funderet retspolitik har sin egen værdi og må anerkendes herfor. Det er ikke hverken hensigtsmæssigt eller praktisk, at retsdogmatikeren – ud fra rent intuitive betragtninger – påtager sig rollen som retspolitiker og endda iklæder sine betragtninger (nyfortolkninger) retsdogmatikkens normative dragt. Selvsagt er og må der være en forbindelse mellem disse to retsvidenskabelige discipliner. Denne forbindelse må da bero på, at retsdogmatikeren – som den der ved bedst besked om sit retsstof – redegør for eventuelle praktiske problemer i forbindelse med retsreglernes anvendelse. Men herefter må det være op til retspolitikeren at foretage videregående analyser af disse problemer med henblik på at klarlægge mulighederne for at løse samme.

Det her anførte udelukker naturligvis ikke en omfortolkning af retsstoffet, som – i materiel henseende – overskrider traditionens rammer, idet den tilsigter at bringe indholdet af gældende ret »i overensstemmelse med de almindelige samfundsmæssige udviklingstendenser, der gør sig gældende på det reguleringsområde, som reglen tager sigte på« (*Peter Blume* 1990 s. 35). Ændringerne af de samfundsmæssige forhold kan imidlertid være af så omfattende og dybtgående karakter, at de ikke kan behandles intuitivt inden for rammerne af en sædvanlig retsdogmatisk analyse. Erkendelsen af de retlige grænser og muligheder, som sådanne ændringer implicerer, må i stedet opnås gennem en – tværvenskabelig – retspolitisk analyse, hvorved også de udsagn, der fremsættes om, hvilke regler der skal

126. Om inddragelse af empiri i retsdogmatiske analyser, se nedenfor 3. del, kap. 5.6, med omtale af Hans Petter Gravers teori om retlig argumentation (*Graver* 1986).

3.3. Retsdogmatik og retspolitik

gælde på et givet område, bliver af retspolitisk karakter – i form af anbefalinger til de retsskabende myndigheder.¹²⁷

Kritikken af de friretlige tendenser i retsforskningen rammer naturligvis så meget desto mere de offensive eller nynormative strategier, der på forhånd bekender sig til visse »alternative« værdier, de være sig »marxistiske« (Lars D. Eriksson 1979.40), »feministiske« (Kirsten Ketscher 1990.19), »økologistiske« (Hanne Petersen 1993.15) eller blot »humanistiske« (Håkan Hydén 1985.19). I alle tilfælde er der tale om en u hensigtsmæssig *sammenblanding af retsdogmatik og retspolitik* – i det ene tilfælde åbenlys (den nynormative strategi), i det andet tilfælde skjult (den friretlige tendens). Disse fortolkningsmodeller understreger tværtimod behovet for retspolitiske indsatser med sigte på at fremme nye måder at regulere samfundslivet på.¹²⁸ Set i dette perspektiv fremstår både nynormativistiske og friretlige tendenser i retsforskningen nærmest som et *surrogat* for den »ægte vare«. De er *symptomer* på samfundets forandringer – en mere eller mindre ureflekteret reaktion på samme – mere end de er løsninger på de problemer, som forandringerne skaber.

For så vidt *forudsætningerne* for brug af målrationelle argumentationsmodeller er til stede, idet ramme- og bemyndigelseslove indeholder de påkrævede præciseringer af målangivelser m.v., er jeg dog naturligvis enig i, at den retlige argumentation her må antage andre former end den traditionelle normrationelle argumentation. Set i lyset af de mere omfattende teoretiske modelbetragtninger, som jeg har anstillet i afhandlingen *Retssikkerhed og moderne forvaltning* (1997), bliver det dog ikke blot – som hos Eriksson – et spørgsmål om at vælge mellem *normrationelle* og *målrationelle* argumentationsmodeller, idet der også – inden for samfundsreguleringens område – må regnes med en videregående *værdirationel* model.¹²⁹ Det må imidlertid understreges, at sådanne argumentationsmodeller ikke kan anvendes som surrogater for manglende eller utilstrækkelige styringsforsøg.

Hvad endelig angår den ideologikritiske retning, repræsenterer denne unægtelig negationen af de retspolitiske standpunkter, som jeg har hævdet i ovennævnte afhandling med udgangspunkt i en kritik af den traditionelle opfattelse af retssikkerhed og effektivitet som modsætninger. Med denne tankeretning

127. Jfr. til illustration nedenfor 3. del, kap. 5.5, med diskussion af Henrik Zahles antagelse om folketingsbeslutningers retlige status.

128. Se *Henrichsen* 1997 med forslag om at erstatte detailpræget regulering med målstyring, planlægning og professionsetiske regler inden for servicevirksomhedens områder (s. 291ff) og med præcise hensigtsangivelser, selvforvaltningsmekanismer og forhandlingsnormer inden for den samfundsmæssige regulerings områder (s. 403ff).

129. *Op. cit.* s. 339ff.

Kapitel 3. Ideologikritik og friretlige tendenser

foretages den ultimative skærpelse af modsætningsforholdet mellem retssikkerhed og effektivitet. Her udelukkes enhver mulighed for »brobygning«. Juristerne har »per tradition« patent på de »rigtige« værdier. Staten og administrationen henvises til at spille rollen som *Leviathan*, det onde havuhyre, der for Thomas Hobbes (1651) repræsenterede den ophøjede, suveræne stat. Beskrivelser som disse er ikke hverken mere eller mindre »rigtige« end andre udlægninger af forholdet mellem stat, administration og borger. Men de er – for en videnskabelig, *retspolitisk* betragtning – mindre konstruktive. De repræsenterer – ligesom de foregående tankemodeller – ikke nogen løsning på overgangssamfundets problemer, men er snarere et symptom på samme, et udtryk for de ændrede holdninger og krav til offentlig forvaltning, som er en del af den bevægelse, samfundets forandringer skaber.

Som det så ofte er tilfældet, når man går til yderligheder i den samfundsteoretiske debat, kan man finde konvergerende grundopfattelser af samfundets institutioner hos debattører af modsatrettet politisk observans. Den – i marxistiske øjne – borgerlige økonom *James M. Buchanan* (1975) kommenterer borgerens stilling i det nuværende overgangssamfund som følger: I 1970'erne dukker *Leviathan* op på ny som følge af det enkelte individs spaltede situation, hvor det dels oplever sig selv som deltager og borger i samfundsstyret på det principielle plan, dels på det faktiske plan oplever en magtesløshed og dels endelig oplever sig selv som subjekt, der må adlyde adfærds- og værdinormer, som det ikke selv føler at have valgt; og Buchanan afslutter sin fremstilling med følgende bemærkning:

»Leviathan may maintain itself by force; the Hobbesian sovereign may be the only future. But alternative futures may be described and dreamed, and government may not yet be wholly out of hand. From current disillusionment can come constructive consensus on a new structure of checks and balances«.

Ideologikritikken rummer ikke noget forsøg på at »beskrive alternative fremtider« – andet end som en revolutionær overgang til det kommunistiske, klasseløse samfund; ikke noget realistisk udgangspunkt for skabelse af en konstruktiv konsensus om videreudvikling af samfundets institutioner. Selv om ideologikritikken såvel som de marxistiske retskritikker i øvrigt i dag er historie, lever tankerne om at benytte retssociologien eller retsdogmatikken til at »skyde genvej« til større samfundsforandringer videre i dele af retstænkningen. Hvor retssociologien har affødt stribevis af praksisstudier med mere eller mindre

3.3. Retsdogmatik og retspolitik

»afslørende« resultater i forhold til de indtagne værdistandpunkter,¹³⁰ har nynormativisterne i retsdogmatikken leveret opsigtsvækkende nyfortolkninger af retsstoffet ud fra andre alternative jurisprudenser end Lars D. Erikssons »marxistiske jurisprudens«.

Igen må det understreges: Retssociologiske praksisstudier er, ligesom retsdogmatikkens nyfortolkninger, ikke uinteressante i sig selv. Blot må man ikke tro, at de nødvendigvis repræsenterer *løsningen* på de beskrevne problemer. For så vidt sådanne retsstudier tilstræber en *ensidig* varetagelse af ideelle hensyn og interesser, kan man nærmest være sikker på det modsatte. Udfordringen ligger netop i at undersøge mulighederne for at *forene* de ideelle hensyn med det praktiske livs realiteter i samfundsstyringen. Det er denne udfordring, som retspolitikken må tage op som en integreret del af retsvidenskaben i vid forstand.¹³¹

130. Se f.eks. Tove Stang Dahl 1978, Anna Christensen 1980, Ståle Eskeland 1983 og Antoinette Hetzler 1984.

131. Henrichsen 1997 s. 397ff.

KAPITEL 4

Kvinderetten og den refleksive ret

4.1. Ret og radikal-feministiske værdier

Af 1980'ernes debat om forholdet mellem marxisme og radikal feminisme udspringer nogle skarpe markeringer af tilsyneladende dybt modstridende holdninger til Gunther Teubners idé om en reflektiv ret.¹³² I denne debat må marxisten *Lars D. Eriksson* (1985.63) – lidt paradoksalt – se sig hensat til at agere forsvarerens rolle i en polemik med den nordiske kvinderets primus motor *Tove Stang Dahl* (1985.72). Tilmed fortsætter debatten med nye rolleindehavere i form af *Hans Petter Graver* (1986.23) og *Kirsten Ketscher* (1986.30), ligeledes som henholdsvis forsvarer for og kritiker af den refleksive ret. Også andre – endda ganske mange – har taget del i denne debat, men hovedsynspunkterne dækkes i det væsentlige ind af de nævnte debattører. Debatten er interessant, både fordi den kaster lys over kvinderettens positioner i det retlige univers, og fordi man – med ideerne om en reflektiv ret – præsenteres for en mulig arvtager til den marxistiske jurisprudens, samtidig med at dennes ophavsmand, Lars D. Eriksson, foretager et opgør med samme!

Tove Stang Dahl (s. 79) finder slet og ret Teubners model utilstrækkelig som grundlag for at realisere de radikal-feministiske værdier (ret til egne penge, ret til deltidsarbejde etc.), netop fordi den ikke tager vare på de »svage i samfundet«. I dagens politik, siger Dahl, »står arbeid for større materiell rettferdighet høyere på dagsordenen end *subkulturell frihet*, og for denne målsetting *må vi ta sosialstaten ytterligere i bruk*« (mine fremhævelser). Dahl udskiller herved retfærdighed og frihed som de grundlæggende – kontradiktoriske – værdier. Retfærdighedspolitikken gennemføres efter denne opfattelse først og fremmest ved socialstatlig argumentation, hvorimod frihedsværdier tilhører den retsstatlige sfære.

132. Tidsskriftet *Retfærd* nr. 28 og 32. Jfr. nærmere om denne idé 1. del, kap. 5.3.

Kapitel 4. Kvinderetten og den refleksive ret

Standpunktet er dog mere nuanceret end som så: Arbejdet for større retfærdighed giver samtidig øget frihed (for kvinderne). Der er derfor ikke – som det så ofte fremstilles – tale om et »ulykkeligt ægteskab« mellem retsstaten og socialstaten. Frihedsbegrebet forbinder Dahl med henholdsvis relativ individuel autonomi og muligheder for selvrealisering/selvbestemmelse (s. 80). Det sidstnævnte hensyn, understreger Dahl, står centralt i kvinderetten. Det marxistiske begreb om selvrealisering – som et udtryk for den frie og fulde udvikling og udfoldelse af individets aktive kræfter og muligheder – må ud fra denne (feministiske) synsvinkel både udvides og indskrænkes. Det afgørende er friheden til at vælge, hvordan og på hvilke områder man individuelt ønsker at realisere sig selv.

Hvad dette sidstnævnte angår, er Dahl imidlertid enig med Teubner (og Eriksson, jfr. straks nedenfor) i, at ændringerne i vid udstrækning må stimuleres uden for og uafhængig af de etablerede socialstatslige og retsstatslige strukturer og i stedet fremmes »gennem rasering af mikromaktstrukturerne helt ned til individniveau« (s. 81). Til gengæld vil Dahl trække en skarpere linje mellem »normsystematisering« (retsvidenskab, regeludformning og retspolitik) og »konkret normtolkning« (retsanvendelse): I det første står man frit. Anderledes i det sidste, hvor Dahl udtrykker betænkelighed ved »den frirettslige holdningen som i dag råder m.h.t. bruk av rettskildene både i praksis og i rettsvitenskapen, og også i den alternative jurisprudens« (a.st.). Dahl peger herved på de vilkårigheder, som sådanne holdninger kan give sig udslag i: I nogle tilfælde kan den frirettslige argumentation måske stille de svage grupper bedre; i andre tilfælde er det derimod de stærke grupper, der går af med sejren. I stedet fremhæver hun legalisme, forudberegnelighed og retssikkerhed som væsentlige værdier for netop de svage grupper.

4.2. Tabet af det utopiske perspektiv

Heroverfor taler *Lars D. Eriksson* om »förlusten av det utopiska perspektivet« (s. 64). Dahl kritiseres for retsnihilisme, et udsigtsløst forsvar for den klassiske rettighedstænkning. Hvad angår de hæderkronede retsstatslige principper, finder Eriksson forsvaret for samme »rent av reaktionärt«, og med hensyn til de socialstatslige værdier og institutioner er disse gerådet i en legitimitets- og rationalitetskrise i en sådan grad, at der heller ikke her synes at være noget at bygge videre på. Det betyder ikke – understreger Eriksson – at retsstatslige og socialstatslige værdier blot kan forkastes. De rummer begge positive momenter, der må tages som udgangspunkt for visioner om fremtidens samfund. På den anden side må sådanne visioner også være forankret i det eksisterende, i de

4.2. Tabet af det utopiske perspektiv

aktuelle udviklingstendenser: »De måste stå i samklang med latent udviklingsmuligheder i det eksisterende samhället« (s. 66, min fremhævelse).

Kernespørgsmålet for Lars D. Eriksson er med andre ord, hvordan man skal rekonstruere retssystemet for på én gang at bevare og overskride retsstaten og socialstaten. Det er netop her Eriksson ser visse muligheder i den reflektive tankemodel (s. 67). Det er en model, der umiddelbart kunne finde anvendelse inden for store dele af det offentlige serviceområde: skoler, uddannelse, sociale og kulturelle institutioner etc. Men det er problematisk, siger Eriksson videre, at denne teori ikke for alvor beskæftiger sig med, hvordan den sociale retfærdighed kan sikres: »Jag har själv svårt att förstå hur en processualiserad rätt, som altså optimerar såväl den enskildes som de olika subsystemens autonomi, överhuvudtaget skall kunna fungera om inte samhället i stort redan förverkligat faktisk jämlikhet« (s. 68).

Svaret på dette spørgsmål er imidlertid for Eriksson, at den reflektive ret også må kunne mobiliseres med sociale formål for øje, som et instrument i kampen for social retfærdighed. I stedet for at vente sig resultater af den politiske kamp, er det måske mere nærliggende at forestille sig, at kampen for retfærdighed og lighed kommer til at foregå *inden for* institutionerne – i de enkelte organisationer, i de sociale smågrupper, i familien – kort sagt i samfundets »mikromaktstrukturer«: »Det är genom att radera mikromaktstrukturer som det postindustriella samhället kommer att förändras. Det betyder bl.a. att kampen för jämlikhet (rättvisa) kommer föras inom subsystemen, för att använda Teubners terminologi« (s. 68).

Eriksson fremhæver i den forbindelse, at det hører til en af de vigtigste opgaver for jurister i dag at analysere sådanne udviklingsmuligheder, at udarbejde modeller for, hvorledes disse muligheder konkret kan gestaltes, og at arbejde for deres realisering (s. 66). Til dette retspolitiske program føjer Eriksson derpå »några ord om vårt egentliga hantverk, juridiken« (s. 69). For kommet så langt, siger han, befinder vi os i et dilemma, når det gælder den alternative jurisprudence – den retsdogmatiske retning, som han selv har forsøgt at udvikle med udgangspunkt i netop de socialstatlige værdier. Spørgsmålet er, som Eriksson formulerer det (s. 71): »Kan det vara förnuftigt att bygga upp en alternativ jurisprudence eller t.ex. en kvinnojurisprudence utifrån socialstatliga premisser, då vi vet att rättsordningen i våra samhällen idag befinner sig i krisläge som varken rättsstaten eller socialstaten kan lösa?«

Noget svar på dette spørgsmål giver Eriksson ikke. Men alene det, at det stilles, må vel siges at være temmelig opsigtvækkende i moderne, nordisk retsteori. Hvad man her præsenteres for, er begyndelsen til et selvopgør, der kan

Kapitel 4. Kvinderetten og den refleksive ret

bringe de store navne fra retsvidenskabens historie, Jhering og Roscoe Pound,¹³³ i erindring. Eriksson har *først* med sit »Utkast til en marxistisk jurisprudence« og *siden* med denne bekendelse til den refleksive ret med dertil hørende oplæg til en afsværgelse af selv samme »alternative jurisprudence« udvist en *mental fleksibilitet*, som i videnskabelig sammenhæng kun er de færreste beskåret. Mens andre trøstigt fortsætter videre i Erikssons oprindelige spor, er denne i fuld fart på vej væk fra sine oprindelige standpunkter.¹³⁴

I en senere afhandling fører Eriksson (1990.4) selvoppgøret til bunds med følgende programmatisk erklæring (s. 11): »Jag tror att det är viktigt att vi i framtiden gör en klar åtskillnad mellan rättens demokratiska legitimering och dess moralske giltighetsgrund«. Samfundsmoralens opgave er at kontrollere retten, siger Eriksson her videre, og hvis myndigheder og domstole sammenblander moral og ret, det vil sige at hvis de motiverer deres beslutninger med kombinerede retslige og moralske argumenter, bortfalder grundlaget for en moralsk kritik af retsanvendelsen fra borgernes side (s. 13). Eriksson siger det ikke udtrykkeligt, men man må gå ud fra, at dette synspunkt også indbefatter retsdogmatikkens – nynormative eller friretlige – sammenblandinger af ret og moralvurderinger. Det kunne altså se ud som om, Eriksson er enig med Tove Stang Dahl i dennes ovennævnte kritik af de friretlige tendenser i moderne retsdogmatik.¹³⁵

4.3. Retsudvikling og velfærdssikring

Debatten mellem *Hans Petter Graver* og *Kirsten Ketscher* føjer nye momenter til den fortsatte diskussion om den refleksive ret. Graver kommer således – med fremsættelsen af en tilsyneladende kompromisformel – nærmest uforvarende til at røre ved et grundlæggende spørgsmål om karakteren af det refleksive projekt vis-a-vis det kvinderetlige. Graver (1986.23 s. 25) finder nemlig, at Eriksson og Dahl taler forbi hinanden, når den ene (Eriksson) udtrykkelig taler om en utopi, mens den anden (Dahl) taler om politik i dag. Hermed stemmer øjensynlig, at Dahl (1985.72 s. 79) på sin side giver udtryk for, at Teubners

133. Se herom *Henrichsen* 1998.121 s. 126ff

134. Se f.eks. *Håkan Gustafsson* 1988.253 og 1992.53, sidstnævnte sted med en noget særegen sammenblanding af Erikssons marxistiske jurisprudence og Teubners refleksive ret, jfr. s. 63 med noter og s. 69f om begrebet »socialsikkerhet« som et udtryk for »substantiell rättssäkerhet«. Se med kritik af samme *Josef Zila* 1988.284, især s. 300ff.

135. Erikssons standpunkt står centralt i den moderne retsdebat, jfr. om de nærmere implikationer af samme nedenfor 3. del, kap. 4.3 og 7.3 in fine. Standpunktet gentages og nuanceres i *Eriksson* 1999.4.

4.3. Retsudvikling og velfærdssikring

model nok kan have vejledende værdi som *utopi*, men at der altså i *dagens situation* er andre ting, der står højere på dagsordenen.

Dermed overser Tove Stang Dahl imidlertid, at sociale innovationer ikke er noget, der hører fremtiden til, og som blot kan udskydes, indtil alle andre problemer er blevet løst. »*Fremtid er nu*«, som det rammende er blevet udtrykt.¹³⁶ Fremtidens samfund formes af de beslutninger, der træffes i dag. Den af Graver fremhævede forskel i (tids-)perspektivet er derfor kun af tilsyneladende karakter. Hertil skal yderligere føjes et paradoks med hensyn til baggrunden for samfundets aktuelle problemer, nemlig dette at velfærdssamfundet må antages at have nået sin vækstgrænse, og at en yderligere insisteren på udbygning af det sociale velfærd – *på de hidtidige præmisser* – af samme grund kan være direkte medvirkende til at undergrave det én gang opnåede velfærd. Arbejdsløsheds- og fattigdomsproblemer i nutidens velfærdssamfund må således betragtes som nogle af overgangssamfundets *følgeproblemer*, snarere end som problemer, der hænger sammen med en manglende realisering af velfærdsstatens målsætninger.¹³⁷

Når Eriksson (som ovenfor citeret) spørger, hvordan en refleksiv ret overhovedet skal kunne fungere i et samfund uden faktisk lighed, er svaret derfor, at ligheden i de skandinaviske velfærdssamfund faktisk er så stor, som den kan blive *med de eksisterende velfærdsinstitutioner*. Forsøger man at »pine« mere ud af disse institutioner, vil effekten være kontraproduktiv såvel i enkelttilfælde som samlet set. De fortsatte bestræbelser for at fremme den sociale retfærdighed må derfor – som Eriksson også selv erkender – rette sig mod *samfundets mikromagtstrukturer*.

Når det er sagt, må det imidlertid også i realismens navn understreges, at kampen for social retfærdighed heller ikke står øverst på dagsordenen i nutidens velfærdssamfund. Dette velfærd har – i hvert fald i de nordiske lande – nået et niveau, som aldrig tidligere er set i historien. Der er andre problemer, der fortjener større opmærksomhed, bl.a. hele den økologiske side af samfundsudviklingen. Ret til (flere) penge og (mindre) arbejde hører i dette – økologiske – perspektiv ikke til de mest nærliggende at prioritere, og er disse krav kun ment som et internt fordelingsmæssigt anliggende (mellem mænd og kvinder), er det vanskeligt at forstå, at de skulle kunne overskygge et i øvrigt erkendt behov for omstilling og fornyelse af samfundets institutioner.

Kirsten Ketscher (1986.30 s. 32) ser den refleksive ret som kimen til mere statsliggørelse og indblanding i mellem menneskelige handlinger og får deri følgeskab af *Kaarlo Tuori* (1987.48), hvis hovedindvending mod den refleksive

136. T.B. Jansen og E. Høgh 1980.

137. Jfr. 1. del, kap. 3.

Kapitel 4. Kvinderetten og den refleksive ret

ret netop synes at være risikoen for, at den kan »befrämja den byråkratisering av Lebenswelt Habermas är rädd för« (s. 60). I betragtning af, at Teubners model i det hele er tænkt at skulle løse problemer i forbindelse med den stigende »overregulering« af samfundet, forekommer indvendingen unægtelig overraskende. Enhver teknologi kan naturligvis misbruges, men den blotte risiko for misbrug kan ikke i sig selv være et – tilstrækkeligt – argument for at afstå fra at benytte en ny teknologi, når den nu én gang foreligger. Vil man afvise teknologiske nydannelser med argumenter som dette, undgår man ikke at placere sig selv i rollen som »akademisk maskinstormer«. ¹³⁸

Tuoris indvending er i øvrigt vanskelig at forstå på baggrund af hans egen åbenlyse bekymring for socialstatens formynderiske institutioner, som han har givet udtryk for andetsteds (Tuori 1985.22). Med baggrund i »den store anstaltsdiskussion«, som Habermas og – især – Foucault har givet næring til, fremhæver Tuori ambivalensen i det socialstatslige retliggørelsesprojekt. Socialstaten danner grundlag for individets emancipation, men skaber samtidig nye afhængighedsforhold, og en fortsat frigørelse sikres ikke nødvendigvis med indførelse af nye rettigheder: »Även förrättsligandet borde ha sina gränser!« (s. 34) – i hvert fald må anvendelsen af retlige principper i disse sammenhænge ses i de rette proportioner (s. 35). I øvrigt er hovedområdet for anvendelsen af refleksive mekanismer den samfundsmæssige regulering, ¹³⁹ som den f.eks. kendes inden for miljøbeskyttelsens område, og hvor man i det mindste kan finde støtte for behovet for sådanne mekanismer hos *Matti Wuori* (1990.42), der med baggrund i erfaringerne fra en »ultralegalistisk« tradition i Finland erklærer, at »det är överlag problematiskt att skydde miljön med hjälp av lagstiftning och lagtillämpning« (s. 46), og som peger på faren for, at en overdreven regulering og kontrol, der alligevel aldrig kan blive rigtig effektiv, fører til fremvæksten af en »säkerhetsstat« (s. 49).

Kirsten Ketscher (1986.30 og 1986.74) er i udgangspunktet enig i, at retsregler egner sig meget dårligt til at regulere tætte mellemmenneskelige sammenhænge, men finder dog ikke, at dette gælder akkurat ved offentlig børnepasning: »For mig er det klart, at der er en grundlæggende forskel på at opdrage sit eget barn og at tage sig af andres børn som lønarbejde«, siger hun (s. 33) som begrundelse for sine ønsker om en øget retliggørelse af denne sektors virksomhed. Hvis der heri ligger en antydning af, at den professionelle børnepasning

138. Jfr. *Dalberg-Larsen* 1991.210 s. 217, der karakteriserer den til den refleksive ret hørende selvforvaltningstanke som et »Janus-fænomen«, der som sådant både kan »anvendes til noget godt eller til noget skidt«, idet han tilføjer: »Men hvis man fornægter det, fordi det kan misbruges, så får man aldrig nogen sinde skabt et bedre samfund«.

139. Jfr om dette begreb *Henrichsen* 1997 s. 381ff.

4.4. Kvinderet som retsvidenskab

gennemsnitligt er mindre ansvarsbevidst end forældrenes, har man i hvert fald hermed et standpunkt, der kan diskuteres – og som utvivlsomt i en åben diskurs ville blive imødegået af de pågældende professioner; men som Kirsten Ketscher siger andetsteds (1987.78 s. 79): »Jeg er meget betænkelig ved at tage afsæt i forskellige professioners opfattelse af sig selv som 'de gode myndigheder'«. ¹⁴⁰

I en diskussion med *Karin Widerberg* (1987.90) anfører Kirsten Ketscher (1987.78 s. 80f) dertil, at hun ikke finder, »at man uden videre kan tage udgangspunkt i, at kvinderne har behov for, at det *offentlige* passer børnene«, og hun stiller i forlængelse heraf spørgsmålet: »Hvad er der egentlig dårligt ved, at lovgivningen giver os mulighed for selvorganisering med offentlig finansiering?« (a. st.). Dette – retoriske – spørgsmål er om ikke andet interessant i lyset af Kirsten Ketschers ovennævnte principielle betæneligheder ved indførelse af refleksive mekanismer. Den refleksive model er netop et oplæg til selvorganisering inden for rammer, der i lige grad kan opfattes som offentlige og private.

4.4. Kvinderet som retsvidenskab

Kvinderettens stærke værdiorientering, som den også kommer til udtryk i den ovenstående debat, rejser spørgsmålet om denne retsforsknings »videnskabelighed«. Der ville dog ikke være grund til at komme nærmere ind på dette spørgsmål her, hvis ikke en af kvinderettens egne forkæmpere, *Anna Christensen* (1986.88), selv havde rejst det. Uden eksplicite referencer fremdrager Christensen (a.st.), hvad hun opfatter som en udbredt kritik af kvinderetten for at være for »subjektiv«, »politisk« og optaget af »vurderinger«. Heroverfor gør Anna Christensen gældende, at »den moderna, värderingsfria, specialiserade och objektiva vetenskapen« (s. 92) aldrig – på grund af brister i den grundlæggende kundskabsstruktur – har »lyckats bli en riktig modern vetenskap«.

Retsvidenskabens har afskrevet sine værdier – den »ålderdomliga kunskapsstruktur« om samfundet og mennesket, som denne videnskab gennem et årtusind langt virke har opsamlet og omsat i en normativ form (s. 89f). Anna Christensen sammenligner på dette punkt retsdogmatikken med teologien (a.st.). Denne kundskabsstruktur og videnskab er imidlertid nu – i det moderne samfund – »kastet bort« til fordel for lovpositivisme, nytteræsonnementer og mål-middel argumentation. De grundlæggende værdier – retfærdighedshensyn i videste forstand – er på denne måde blevet erstattet af lovgivers vilje og en vis

140. Sml. *Astrid Schlytter* 1990.96 med kritik af paternalistiske træk ved den offentlige børneomsorg i Sverige.

Kapitel 4. Kvinderetten og den refleksive ret

frihed til at tillempe mål-middel ræsonnementer. »Det är inte tillräckligt underlag för en vetenskap«, mener Anna Christensen (s. 94).

Man kan ud fra denne analyse forstå kvinderettens bestræbelser som et udtryk for en søgen tilbage til retsvidenskabens »rødder«, til de »gode gamle dage«, hvor retfærdighed (og retssikkerhed?) var juristens fornemste ledetråd. Kvinderetten skal med andre ord opfattes som en retsdogmatisk disciplin. Blot skal denne disciplin, til forskel fra den traditionelle værdifrie retsdogmatik, funderes i retsvidenskabens »oprindelige« værdier. Men som Anna Christensen selv konstaterer, er disse tider – og det kan vel diskuteres, hvor »gode« de var – for længst forbi. En tilpasning af retsforskningen til det moderne samfunds problemer er derfor uomgængelig, hvis retsdogmatikken ikke skal risikere at lide samme skæbne som den teologiske dogmatik, således som denne praktiseres for tomme huse i folkekirken.

Kvinderettens placering i det retsdogmatiske univers bekræftes af *Tove Stang Dahl*, der i den til faget fremstillede grundbog (Dahl 1985), anfører, at »fremhevelsen av kvinneverettslige hensyn (vil) gi en utvidet vurderingsbase i bruk av reelle hensyn under lovtolkning og som selvstendig rettskildedefaktor«, og videre, at »fremhevelsen av kvinneverettslige hensyn og grunnverdier vil også kunne påvirke de verdipremisser som er med å danne hovedgrunnlaget for både rettsteoretikerens og rettsanvenderens harmonisering av rettskildene« (s. 29). Tove Stang Dahls ovennævnte kritik af frirettlige tendenser i retsforskningen kan på denne baggrund synes overraskende. Denne kritik udelukker imidlertid ikke inddragelse af værdier i retsforskningen, når blot dette sker eksplicit. Det er netop forskellen på den alternative jurisprudensens »nynormativisme« og de frirettlige tendenser.¹⁴¹

Ved at definere sig som en del af den moderne retsvidenskab, snævert forstået som retsdogmatikken, synes kvinderetten imidlertid at være i fare for at »lukke sig om sig selv«. Den bliver let »selvbekræftende«, hvortil kommer, at hele den hertil hørende »rettighedstænkning« risikerer at komme til kort over for samfundets teknologisering og værdiudvikling i det hele, således som debatten om moderskab og fødselsteknologi illustrerer.¹⁴² Det er, når det kommer til stykket, ikke altid lige indlysende, *hvem* der skal sikres med *hvilke* rettigheder, og hvad der i det hele taget skal betragtes som kvindekønnets »objektive« interesser i en stadig mere atomiseret og forbrugerorienteret verden.

Lis Frost (1991.34) kritiserer velfærdsstrategien i den nordiske kvinderet – en strategi, der hidtil har været rettet mod (retsstatens) manglende ligestilling af mænd og kvinder og

141. Se for en grundig gennemgang af og kommentar til værket *Jørgen Dalberg-Larsen* 1986.86.

142. Jfr. de Nordiske Juristmøder 1984/2.57 og 1990/2.115 samt endvidere *Gudrun Nordborg* 1991.75.

4.4. Kvinderet som retsvidenskab

manglende evne til at generere social lighed (s. 38f). Det har ført til etablering af formelle/negative frihedsrettigheder (forbud mod diskrimination) henholdsvis til udbygning af materielle/positive rettigheder (ret til et vist forbrug uafhængig af lønindkomst). Resultatet af denne strategi har været, at velfærdsstaten har udviklet sig som retsstatens forlængede arm, hvor især forsørgelselementet har fået høj prioritet i kvinderetten. Vanskeligheden ved den skitserede udvikling er efter Frosts opfattelse, at menneskerettigheder som værn mod overgreb tenderer mod at blive udhulet af den tiltagende forbrugsorientering i samfundet (s. 40) – en udvikling, der med de eksisterende borgerlige kontraktstankegange risikerer at gøre kvinderne til »varer på markedet eller serviceydelse i velfærdsstaten« (s. 42). Alternativet til denne udvikling er for Lis Frost at anlægge et »omsorgsetisk« perspektiv på retten (s. 49). Over for en rettighedsstrategi, som definerer kvindelige interesser i lyset af patriarkalske værdier, vil Lis Frost således – som jeg forstår hende – anbefale en strategi, der sigter på afklaring og prioritering af de specifikt kvindelige livsværdier.

En alternativ – og for så vidt mere nærliggende – legalstrategi for kvinderetten kunne være at definere sig som en (gren af) retspolitikken med særligt sigte på afklaring af kvindelige værdier og de praktiske muligheder for realisering af samme i et så vidt muligt harmonisk samspil med mandlige værdier. På dette grundlag kunne der så udvikles et potentiale for en feministisk retskritik, der kunne komplettere andre former for retskritik (social, økologisk, humanistisk etc.). Med et sådant program – der muligvis allerede svarer til kvinderettens egen praksis – vil kvinderetten utvivlsomt kunne hævde sig som en – i videre forstand – *retsvidenskabelig* disciplin uden at risikere at blive mødt med indvendinger som de af Anna Christensen anførte. I hvert fald vil sådanne indvendinger være irrelevante, for så vidt som retspolitikken – også som videnskabelig disciplin – selvsagt må være »optaget af vurderinger«.

KAPITEL 5

Styringsjus og retssikkerhedsjus

5.1. En norsk kritik af »styringsjussen«

Debatten om »styringsjus« versus »retssikkerhedsjus« har nær sammenhæng med den foregående debat om refleksive mekanismer. Betegnelserne skyldes den norske rettsociolog *Thomas Mathiesen* (1985.12), som var blandt de første til at advare mod omsiggribende tendenser i retssystemet, retsforskningen og den juridiske uddannelse til at operere ud fra styringsteknologiske tankebaner. At sådanne tendenser er reelt eksisterende, kommer måske klarest til udtryk med et dansk forskningsrådsinitiativ nogle år senere, initiativet »*Regulering og styring*«, der blev sat i gang i 1988 med *Ellen Margrethe Basse* som ankerkvinde (E.M. Basse 1989, 1990, 1992). Inden der ses nærmere på kritikken af denne såkaldte »styringsjus«, kan der være grund til kort at ridse hovedintentionerne med det nævnte projekt op. Ellen Margrethe Basse udlægger dem som følger (1989.12):

»Intentionerne med at igangsætte især juridisk forskning i brugen af retlige reguleringsmidler og andre styringsmidler er at give bidrag til en kortlægning af karakteren af de anvendte reguleringsmidler, af samspillet mellem dem og – måske vigtigst af alt – at afdække om 'nye' reguleringsformer fører eller kan føre til en højere grad af målopfyldelse end de traditionelle reguleringsformer. Målopfyldelsen må vurderes i anvendelsessammenhæng (set i retsanvendernes perspektiv), i en aktørsammenhæng (set i de reguleredes perspektiv) og i en styringssammenhæng (set i regeludstedernes perspektiv)«. ¹⁴³

Som det fremgår af disse bemærkninger, skulle projektet have et udpræget *retspolitisk* formål: At give anvisninger på valg af reguleringsmidler og på løsning af de problemer af retlig art, der måtte opstå i forbindelse hermed. Det er vanskeligt at vurdere, om dette formål – nu hvor projektet er afsluttet – er

143. Se hertil endvidere *E.M. Basse* 1993.389.

Kapitel 5. Styringsjus og retssikkerhedsjus

blevet realiseret.¹⁴⁴ I den række debatbøger, som initiativet har resulteret i, ses der fortrinsvis at være blevet taget fat om nogle mere grundlæggende opgaver i forbindelse med dels en kortlægning af de faktiske udviklingstendenser i forskellige dele af retssystemet og dels en diskussion om valg af forskningsmetoder og herunder især om inddragelse af samfundsvidenskabelige (empiriske) metoder.¹⁴⁵

Thomas Mathiesens ovennævnte kritik tager udgangspunkt i, hvad han betegner som en samlet, massiv udvikling i retning af en »øget styringsorientering af jussen« (s. 17). Udviklingen gør sig i Mathiesens øjne gældende på alle væsentlige områder: I retssystemet med den voksende brug af ramme- og bemyndigelseslove, i retsforskningen med anvendelse af behovsrationelle argumentationsmodeller og samfundsvidenskabelige metoder, i den juridiske metodelære gennem inddragelse af reale hensyn og politiske signaler som væsentlige retskilder og i juristuddannelsen i kraft af øget integration med andre samfundsvidenskabelige uddannelser (s. 15).

Over for de ellers generelt positive vurderinger i retslitteraturen af den »styringsjus«, der herved vokser frem (Mathiesen henviser her til Nonet/Selznick og Teubner), betonede Thomas Mathiesen de skjulte *repressive* træk ved denne udvikling (s. 14). Ideelt set og »lagt i henderne på de rette folk« repræsenterer disse tendenser ganske vist ikke et onde. Vanskeligheden er imidlertid, at retssystemet på denne måde også åbnes for magtstærke interesser og en teknokratisk orientering af myndighedernes praksis, hvor værdigrundlaget og statens undertrykkelsespotentialer nedtones. Derfor advarer Mathiesen mod at tænke ideelt (s. 18). Erfaringerne synes også – for Mathiesen – at vise, at styringsjussen først og fremmest bliver taget i brug i statslige koordineringsøjemed, og en sådan samordningspolitik er ikke nødvendigvis i de svage befolkningsgruppers interesse (s. 20f).

Thomas Mathiesen plæderer på denne baggrund for en opprioritering af den individ- og rettighedsorienterede »retssikkerhedsjus«: »Det er en vigtig opgave for progressive jurister i og udenfor universiteterne å forsvare de gamle trekk

144. Jfr. Inger Dübeck 1994.131 s. 134.

145. Se om udviklingstendenser: Hydén 1989.125, Bruun 1989.157, Boe og Graver 1989.171 og Boe 1989.191 – og om forskningsmetoder (bl.a.) Dalberg-Larsen 1989.35, 1989.69 og 1992.57; Basse 1989.77 og 1992.123; Hydén 1989.125 og 1992.89; Boe 1989.213; Balvig 1990.65; Petersen 1992.75 og Andenæs 1992.107. De eneste bidragydere til disse antologier, som har beskæftiget sig med de praktiske muligheder for brug af alternative reguleringsmidler, er karakteristisk nok nogle økonomer delvis i samarbejde med jurister, jfr. Skogh og Samuelsson 1989.91; Andersen og Dalberg-Larsen 1989.111 samt Birk Mortensen og Andersen 1990.127. Se endvidere om politologisk reguleringsanalyse Grønnegaard Christensen 1992.245.

5.2. Om »retssikkerhedjussen« som alternativ

ved den juridiske uddannelse som prioriterer retssikkerhethenssynene« (s. 21). Samtidig understreger Mathiesen, hvad han betegner som de indbyggede *begrænsninger* i retssikkerhedjussen som progressivt instrument. Retssikkerhedjussen er først og fremmest et *defensivt* virkemiddel, der skal hindre, at regelværkerne udnyttes med undertrykkende formål: Som »grænseoverskridende middel i retning af å skape et solidarisk samfund der mennesker gir etter evne og får etter behov, er 'retssikkerhedsjussen' (derimod) like lite egnet som 'styringsjussen'« (s. 23). Visionen om det gode samfund er, som Mathiesen siger, »hinsides den juridiske horisont, uansett juridisk modell« (s. 24).

»Visionen om det gode samfund krever i første rekke politiske virkemidler. I den sammenheng kan den kritiske jurist først og fremmest yte et viktig bidrag med sin radikale *avsløring* av jussens funktionsmåte; sin gjennomtrengende kritikk også av hvordan den 'rene juss' fungerer«, tilføjer Mathiesen (a.st.), og melder sig derved i koret af ideologikritiske nymarxister, for hvem det etablerte velfærdssamfund er et (skjult) klassesamfund. Om samfundet er indrettet efter en retssikkerheds- eller en styringsmodel, kommer for så vidt ud på ét, men skal man endelig vælge »mellom to onder« (s. 23), bør man foretrække at holde fast ved tidligere tiders retssikkerhedsjus.

Med denne anbefaling af »retssikkerhedsjussen« placerer Mathiesen sig i skarp opposition til Lars D. Erikssons ovennævnte alternative jurisprudence, hvis hele udgangspunkt netop var, at man skulle tage statsmagten og de løfter, som lovgivningen indeholder, »på ordet«. ¹⁴⁶ Siden har som nævnt Eriksson – ligesom muligvis også dele af kvinderechten – bevæget sig bort fra rettighedstænkningen og for så vidt i endnu højere grad fjernet sig fra i hvert fald de klassiske forestillinger om retssikkerhed. Mathiesen forholder sig ikke eksplicit til denne udvikling, lige så lidt som han går ind på ideerne om den refleksive ret. Men man tør vel gå ud fra, at han heller ikke her ser nogen systemoverskridende perspektiver i sådanne alternative retsformer. Nonet/Selznick og Teubner anføres som nævnt begge som eksponenter for en positiv vurdering af den styringsteknologiske udvikling, endskønt dette for Teubners vedkommende må betragtes som misvisende. ¹⁴⁷

5.2. Om »retssikkerhedsjussen« som alternativ

Spørgsmålet er i den forbindelse, hvad Thomas Mathiesen nærmere forstår ved sin »retssikkerhedsjus« – begrebet forklares ikke nærmere, men ved den blotte

146. Jfr. herom med kritik *Mathiesen* 1984 s. 109ff.

147. Se ovenfor 1. del, kap. 5.

Kapitel 5. Styringsjus og retssikkerhedsjus

henvisning til traditionen – »de gamle trekk ved den juridiske uddanning« (s. 21) – må man gå ud fra, at Mathiesen forbinder retssikkerhed med det retsstatslige ideal om en gennemreguleret og -kontrolleret forvaltning, der som sådan er egnet til at generere maksimal forudsigelighed for borgerne med hensyn til fastlæggelse af deres retsstilling. Ligesom Anna Christensen vil Thomas Mathiesen således søge tilbage til »de gode gamle dage« – til den tid, hvor man i det mindste kunne være sikker på, hvordan myndighederne ville reagere over for de sager, som bliver forelagt dem til afgørelse. Men i modsætning til førstnævnte gør Mathiesen sig ingen illusioner om de sociale virkninger af en sådan strategi: »Omfattende undertrykkelse kan (også) skje innenfor rammer som vil måtte betegnes som 'retssikre'«, siger han med henvisning til inkquisitionens tortur af hekse i 1600-tallets samfund – »totalt sett en ganske disiplinert affære«, som han udtrykker det (s. 22).

En ejendommelig selvmodsigelse synes at være indbygget i dette – illusionsløse – grundsynspunkt. På den ene side anbefales det at forsvare de gamle retssikkerhedshensyn, sikkerheden for at borgeren får sine rettigheder efter loven, og på den anden side frakendes de selvsamme rettigheder enhver praktisk betydning – det gode samfund ligger som nævnt »hinsides den juridiske horisont«. Mathiesens – rigtignok betingede – tiltro til retssikkerhedsjussen synes således at være omvendt proportional med hans forventninger til rettens »socialiserende« muligheder. Som han udtrykker det andetsteds, kan man – i sidstnævnte henseende – kalde hans syn på retten for et »retsskeptisk standpunkt« (Mathiesen 1984.99). Tilbage bliver et abstrakt og dermed ahistorisk retssikkerhedsbegreb, der – ikke mindst med henvisning til Mathiesens eget eksempel med inkquisitionens »retssikre« praktik – må rejse spørgsmålet om, hvorfor akkurat dette hensyn skulle være særlig værdifuldt.

Spørgsmålet har nær sammenhæng med Mathiesens egen virkelighedsopfattelse. For endskønt han benytter et abstrakt-ahistorisk og dermed i grunden umarxistisk – begreb om retssikkerhed, er hans samfundsopfattelse klart marxistisk: Samfundet er ikke det »velfærdssamfund«, det giver sig ud for at være. Det solidariske samfund, hvor mennesker giver efter evne og modtager efter behov, er endnu blot en vision – og en vision, der vel at mærke kun kan realiseres med politiske midler. Set i det perspektiv er det klart, at de – kollektive og individuelle – rettigheder, som nutidens samfund kan byde på, i virkeligheden er uinteressante for en juridisk og retssikkerhedsmæssig synsvinkel. Kampen gælder ikke disse rettigheder, men alene hensynet til, at man kan forudsige sin retsstilling. Netop heri består selvmodsigelsen, for med rettighederne forsvinder naturligvis også retssikkerhedshensynet. Uden rettigheder er der slet ikke brug for retssikkerhed (i dette ords klassiske retsstatslige forstand).

KAPITEL 6

Polycentriske og retsøkologiske perspektiver

6.1. Det danske polycentriprojekt

Med den foranstående debat om »styringsjus« versus »retssikkerhedsjus« er jeg nået frem til det næste skud på stammen i den (nordiske) retsvidenskabelige tænkning: Forestillingerne om »polycentri« i retten og hermed forbundne retsøkologiske perspektiver – tanker, der i mangt og meget står i direkte opposition til den ideologikritiske bevægelse. Fra den marxistiske retsteoris udtrykte ønske om »genetablering af den politiske overhøjhed«¹⁴⁸ er man nu – under indtryk af postmodernistiske ideer om samfundsudviklingen – gået over i den modsatte grøft med bredt anlagte forestillinger om nedbrydelse af de statslige hierarkier og pyramidalske retsordener. Hertil kommer indførelsen af et retsøkologisk perspektiv, som også – dybest set – står i skarp modsætning til den materialistiske tænkemåde, der kendetegner (eller rettere: kendetegnede) marxistisk retsteori.

Nogen indre – organisk – sammenhæng mellem forestillingerne om »rettens polycentri« og den retsøkologiske tænkning er vanskelig at få øje på, men rent faktisk har disse tanke- og forskningsretninger manifesteret sig – både tidsligt og personelt – som samhørende aktiviteter, konkret med udgangspunkt i det såkaldte *polycentriprojekt*, som en gruppe forskere ved København Universitet¹⁴⁹ påbegyndte i 1990. Projektet, der afsluttedes i 1993, fik undervejs en pendent i Finland (1992-1994), hvor polycentriteorien i særlig grad vandt genklang. Ligeledes har de herhen hørende tankebaner haft en vis indflydelse i norsk og svensk retsforskning.

148. *Hydén*, som citeret ovenfor kap. 2.1.

149. Kirsten Ketscher, Hanne Petersen og Henrik Zahle.

Kapitel 6. Polycentriske og retsøkologiske perspektiver

Det retsøkologiske perspektiv kan ses som endnu en variant af tankerne om at skabe en »alternativ jus«. I nogle tilfælde ligner denne tankeretning ligefrem en potensering af det kvinderetlige perspektiv.¹⁵⁰ Som sådan – det vil sige som en form for alternativ jus – mødes den af den samme kritik som den, der er rejst i det foregående vedrørende andre tankeretninger af denne karakter. Forsøgene på at opstille et enkelt ledende kriterium for den retsdogmatiske virksomhed må nødvendigvis resultere i en formulering af så almene hensyn, at man i virkeligheden efterlades med alle konfliktspørgsmål ubesvarede.¹⁵¹

Denne kritik skal for mit eget vedkommende ses i lyset af den udviklingsteori, som jeg selv har argumenteret for andetsteds.¹⁵² Med løsningen af de økologiske problemer sættes en ny virksomhedsform – »offentlig samfundsregulering« – i centrum for de statslige styringsforsøg. Det for en retssikkerhedsmæssig betragtning centrale perspektiv i den forbindelse er kravet om en *ligeværdig* behandling af borgere og virksomheder. Dette krav om ligeværdighed implicerer bl.a., at kortsigtede hensyn, f.eks. hensyn til virksomheders rentabilitet, ikke prioriteres på bekostning af langsigtede ditto, f.eks. miljøhensyn – og *vice versa*. Den styringsmæssige udfordring ligger for så vidt i – gennem omstillinger og fornyelse af samfundets institutioner – at søge at overvinde de modstridende hensyn, der gør sig gældende på samfundslivets forskellige områder. Den konkrete – retspolitiske – betydning af hensynet til ligeværdighedsretssikkerheden bliver da, at alle parter sikres ligelig indflydelse på denne udviklingsproces.¹⁵³

Et sådant – proceduralt – retssikkerhedsbegreb ligger selvsagt ganske langt fra de tankeretninger, der som de ovennævnte lægger op til en ensidig prioritering af miljøinteresser. På den anden side ligger der også i ligeværdighedstanken en klar opprioritering af de økologiske hensyn, og denne opprioritering kunne for den sags skyld gerne finde udtryk i en udvidelse af menneskerettighedsperspektivet med netop disse hensyn. Det første skridt til en sådan opprioritering er for så vidt også allerede for længst taget med den såkaldte *Stockholmerklæring* af 1972, hvor retten til miljø er defineret. Denne erklæring blev et årti senere fulgt op af en ny FN-rettighedserklæring, *Verdens Naturcharter* af 1982, som giver mere detaljerede retningslinjer for, hvordan principperne skal udmøntes, og hvilke pligter der følger af dem. Der er næppe nogen uenighed om, at disse bestræbelser på at udbrede miljørettigheder som en slags »3. generations menneskerettigheder« må fortsættes både på nationalt og internationalt

150. Jfr. *Hanne Petersen* 1993.15 s. 27, med et oplæg til en økofeministisk retskritik.

151. Jfr. formuleringen hos *Henrik Zahle* 1989.46 s. 50.

152. *Carsten Henrichsen* 1997 s. 42ff, jfr. ligeledes 2000.39.

153. *Ibid.* s. 339ff.

plan. Uenigheden gælder derimod netop den konkrete udformning af sådanne rettigheder, som kan have nok så betydelige fordelingsmæssige virkninger. Det gælder internt i de enkelte lande, hvor det får betydning, om »retten til miljø« fastlægges som individuelle eller kollektive rettigheder; og det gælder i det indbyrdes forhold landene imellem, hvilket ikke mindst den såkaldte »Nord-Syd dialog« om byrdefordelingen i forbindelse med fastlæggelse af miljømæssige restriktioner illustrerer.¹⁵⁴

Som nævnt er der ikke nogen umiddelbar – saglig – forbindelse mellem det retsøkologiske og det såkaldte polycentriske perspektiv, men der ligger muligvis en forudsætning om, at de problemer, som »polycentrikerne« er optaget af, i særlig grad gør sig gældende på områder, der vedrører beskyttelsen af naturgivne, miljømæssige og menneskelige ressourcer. Den polycentriske retsopfattelse er kommet til udtryk i nogle mindre skrifter fra *Henrik Zahle* (1986.752 og 1991.50), foruden at den er blevet lagt til grund i tre nyere disputatsarbejder.¹⁵⁵ Derudover behandles temaet af en række bidragydere til festskriftet »*Rettens polycentri*«.¹⁵⁶

I et oplæg¹⁵⁷ til ovennævnte »grundforskningsprojekt« om rettens polycentri præsenteres problemstillingen som følger:

»Grundstrukturerne i det eksisterende retsvidenskabelige paradigme stammer stort set fra midten af forrige århundrede. De bygger på forestillingen om få og afgrænsede regel- og afgørelsesformer inden for en sammenhængende myndighedsstruktur. Dominerende retskilder var loven og sædvanen. Dette billede er på ingen måde dækkende for den aktuelle virkelighed, der er præget af mange og nye områder for retlig regulering, flere og nye regeltyper samt nye typer beslutningstagere. Det traditionelle retsvidenskabelige paradigme har derfor i udstrakt grad mistet forklaringsværdi i forhold til retlige fænomener, der i dag faktisk kan iagttages. Stikord i denne udvikling, som aktualiserer kritikken af et forældet paradigme, er bl.a.: *regionalisering, regelforenkling, regelsanering, privatisering* og i det hele spørgsmålet om *grænserne for retlig regulering*«.

Denne opfattelse af den aktuelle problematik er jo på ingen måde ny. Det anførte svarer ganske til den problemopfattelse, der har ligget til grund for alle

154. Jfr. Rio-deklarationen af 1992 og Kyoto-protokollen af 1997. Se til den retsteoretiske debat om miljø og menneskerettigheder *Ole Kristian Fauchald* 1991.61, *Martin Scheinin* 1992.3, *Lars D. Eriksson* 1992.295, *samme* 1994.98 og *Lars Ericsson* 1994.64; sidstnævnte med kritik af den fra bl.a. teologisk hold forfægtede ide om at anerkende naturen som et selvstændigt retssubjekt, der som sådan kan tilkendes egne rettigheder, jfr. således *Sigurd Bergmann* 1993.22 og 1994.76. Se endvidere *Kaarlo Tuori* 1992.3 med en gennemgang af nyere kontinental-europæisk tænkning om »risikosamfundet« (*Ulrich Beck* 1986 og *Francois Ewald* 1986).

155. *Kirsten Ketscher* 1990, *Hanne Petersen* 1991 og *Mogens Heide-Jørgensen* 1993.

156. *Peter Blume* og *Hanne Petersen* 1993.

157. *Henrik Zahle, Kirsten Ketscher* og *Hanne Petersen* 1989.

Kapitel 6. Polycentriske og retsøkologiske perspektiver

hidtidige forsøg på at reformere retsvidenskaben (jfr. de foregående analyser). At polycentrikeren – som det videre fremgår af dette oplæg (jfr. Zahle op. cit.) – vil drage nogle retskildemæssige konsekvenser af denne udvikling, er for så vidt heller ikke nyt – det ligger helt inden for traditionen fra »alternativ jus-bevægelsen«. Det nye er derimod det ganske radikale oplæg til en *rekonstruktion af retskildelæren*, som denne tankeretning rummer i forhold til hidtidige rekonstruktionsforsøg. Hvor det mest karakteristiske, man kan sige om disse forsøg, er, at man vil dreje retsdogmatikken i en eller anden – klart markeret – *værdimæssig* retning, repræsenterer den polycentriske tanke nærmest den fuldstændig modsatte strategi med en anbefaling af at tage sit udgangspunkt i den *virkelighedens* verden, som – i al sin brogethed – omgiver os for nærværende.

Til denne »brogethed« hører ikke mindst en påstand om regelhierarkiernes gradvise nedbrydning, bl.a. som følge af den internationale rets voksende betydning, udviklingen af nye retsformer – hele den socialstatslige regulering med tilhørende anvendelse af »blødere« former for retsdannelser (planer, vejledninger etc.) – samt fremvæksten af særlige – retsskabende – forvaltningsorganer med et eget legitimationsgrundlag (Zahle 1986.752ff). »Den pyramidale hierarkisering af det retlige kan ikke opretholdes som integrerende struktur af det totale retlige materiale«, siger Henrik Zahle (1991.54), idet han tilføjer, at »denne erkendelse er forlængst gjort af retsantropologer og retssociologer«.

6.2. Den pluralistiske retsskole

Det sidste falder i tråd med, hvad en af pionererne inden for denne forskningsretning, *John Griffiths* (1995.201), selv anfører:

»In the 1970s and early 1980s, it was slightly revolutionary to propagate the idea of legal pluralism. Nowadays, the point is generally accepted, or at least conceded without a struggle; *anyone who does not is simply out of date and can safely be ignored*« (min fremhævelse).

Legal pluralism er således en veletableret forskningstradition inden for retssociologien og altså stort set uden konkurrenter, hvis man skal tro den citerede forfatter. Imidlertid må det understreges, at denne tankeretning for det første repræsenterer et *aspekt* af – ikke en samlet teori om – retssystemet, og at den for det andet angår noget *empirisk* – retssystemet, som det faktisk er indrettet og fungerer. Som metodologisk synsvinkel afspejler legal pluralism en forskningsmæssig interesse for en bestemt side af den aktuelle retsudvikling, nemlig den voksende kompleksitet i retssystemet, således som denne bl.a.

kommer til udtryk i de delvis modstridende tendenser til regionalisering og internationalisering af retten.¹⁵⁸

I en oversigt over nogle af de vigtigste bidrag til denne retsteoretiske skole karakteriserer *Jørgen Dalberg-Larsen* (1994) retspluralismen som en retning, »der står for en skarp *modstand mod dogmatisk vanetænkning* inden for forskellige former for retsvidenskab og for den opfattelse, at den *officielle ret* ikke er den *eneste* form for *ret*« (s. 137). Det sidste leder frem mod et opgør med den »rettens kolonisering af livsverdenen«, som Habermas ser som et væsentligt udviklingstræk i det moderne samfund (s. 143). Hvor dette opgør fører hen, er dog ikke ganske klart, men afhænger tilsyneladende af, hvordan alternativet – de konkret foreliggende »uformelle normer« – vurderes. For nogle pluralister er disse normer således et positivt bidrag til samfundsstyringen, mens andre ser dem som et negativt element i samfundsmedlemmernes tilværelse (s. 143f). Fælles for disse pluralister er imidlertid et ønske om at inddrage de uformelle normer i retsanalysen og altså dermed betragte dem som en art retsnormer.¹⁵⁹

Dalberg-Larsen er selv skeptisk – for ikke at sige afvisende – over for denne bestræbelse på at udvide retsbegrebet til at omfatte alle mulige slags normer i samfundet (s. 110, 116 og 144 – med skiftende betoning) og forholder sig i det hele kritisk til retspluralisternes ofte stærkt negative indstilling til mere traditionel retsvidenskab. Det giver han udtryk for – på sin karakteristiske ligefremme måde – med ordene: »Selvom man hos retspluralisterne efter min vurdering har fremdraget nogle vigtige emner, nogle perspektiver på retten, som i nogen grad har været forsømt i de seneste årtier, så har man ikke, som nogle retspluralister mener det, fundet de vises sten« (s. 139). Det sidste kan naturligvis altid diskuteres. Hovedsagen er imidlertid, som Dalberg-Larsen også selv fremhæver, at retspluralismen (kun) repræsenterer et *perspektiv* på retten – ikke hele sandheden om samme – og at der hermed er tale om et empirisk/rets-sociologisk perspektiv – ikke et normativt/dogmatisk ditto.

Thomas Wilhelmsson (1992) anskuer disintegrationstendenser i retssystemet i lyset af de aktuelle internationale harmoniseringsbestræbelser – »harmonization as disintegration« – og opregner 7 sådanne tendenser (s. 4ff): Opløsning af underliggende retslige værdier, manglende realisering af legislative mål, sammenstød med lokale, »informelle« retsopfattelser, spontane retsdannelser på tværs af loven, manglende forudsigelighed i enkelttilfælde, fremvæksten af konkurrerende retsskabende myndigheder og varierende praksisdannel-

158. *De Sousa Santos* 1987.279 s. 287ff.

159. Se for en konsekvent bestræbelse i denne retning *Warwick Tie* 1999 med oplæg til et »multikulturelt retsbegreb«, som »substitute the emphasis that positive legal theory places on the codification of normality and the justification of power with an exploration of how alternative conceptions of social relation, democracy and law might emerge« (s. 227). Se endvidere nedenfor 3. del, kap. 2.4 med en nærmere analyse af retsbegrebet.

Kapitel 6. Polycentriske og retsøkologiske perspektiver

ser hos forskellige retsudøvende myndigheder. Men det tilføjes, at billedet med hensyn til disse forskellige former for disintegration »is not completely clear as there are some countertendencies stemming from the international harmonization too« (s. 21), at det set afhænger af »the chosen point of view« (s. 7), og at forholdet mellem harmonisering og disintegration i det hele »vary depending on how disintegration is understood« (s. 21).

I sin redegørelse for fremkomsten af den pluralistiske retsskole trækker Dalberg-Larsen linjerne op fra retsantropologiens eller -etnografiens oprindelige interesse for primitive retsformer i relativt stabile småsamfund (s. 19ff) til nyere tiders fokusering på retten som et dynamisk, konfliktfyldt hele, hvor regeldannelse finder sted inden for forskellige magtcentre i samfundet: statslig lovgivning og lokal normering i forskellige varianter (s. 30ff). Det er fra disse studier af fremmede retskulturer, at den moderne retssociologi finder inspiration til at afdække, hvad der opfattes som retlig pluralisme i det moderne industrisamfund (s. 43ff). Sådanne opfattelser er dog på ingen måde nye i samfundsvidenskaberne. I sociologisk og politologisk teori har tilsvarende synspunkter allerede længe været gjort gældende i form af teorier om, at den løbende specialisering af samfundets funktioner fører til en magtdifferentiering: Forskellige grupper antages at have magt i forskellige sammenhænge af forskellig styrke, men der findes ingen, som dominerer de øvrige på alle områder.¹⁶⁰

Den pluralistiske opfattelse af retsudviklingen er da også både relevant og nyttig til rent beskrivende formål. Troen på retten som et uniformt system, udgående fra ét bestemt – nationalt – center, er en illusion i dagens verden.¹⁶¹ Men spørgsmålet er, om dette nogensinde har været anderledes. I gårsdagens verden – i retsstatens tid – var sædvanen, som et levn fra fortiden, endnu på store retsområder en vigtig retskilde. Selv når bortses herfra, har det imidlertid aldrig været tanken med den retsstatslige regulering, at den skulle fungere som andet og mere end en ramme omkring de menneskelige aktiviteter i det civile samfund. Loven har ikke været et »diktat«, men et grundlag for lokal retsdannelse i større eller mindre målestok (gennem fastsættelse af kontraktvilkår, dannelse af handelskutymen og indgåelse af brancheaftaler etc.). I nutidens verden, hvor loven har udstrakt sit »herredømme« til de fleste sider af samfundets aktiviteter, er det karakteristisk, at den samtidig har antaget en stadig mere »åben« karakter. Endskønt loven nu ofte benyttes som grundlag for offentligretlige interventioner i samfundslivet, fremstår den fortsat ikke som et »diktat«,

160. Se om denne såkaldte pluralistiske skole i politisk teori *Lennart Lundquist* 1976 s. 109 med henvisning til Robert A. Dahl 1961 og Leif Lewin 1970.

161. Således også for en systemteoretisk betragtning, jfr. *Niklas Luhmann* 1995.134 s. 136.

men som et grundlag for en fleksibel praksis- og regeldannelse hos de retsudøvende myndigheder.¹⁶²

Man kan – med »pluralisterne« – opfatte denne udvikling som et udtryk for en »disintegrering« af retten; men det er kun den ene side af retsudviklingen, der hermed beskrives. Den anden side er den, der har med lovens koordinerende funktioner at gøre – set i forhold til samfundslivet som helhed. Det er den side, som »instrumentalisterne« har for øje, når de betragter loven som et redskab for samfundsstyring.¹⁶³ At loven i virkelighedens verden ikke altid får virkninger som intenderet, betyder ikke, at al lovgivning generelt er fuldstændig virkningsløs. Tværtimod er loven – og retten (den »officielle« ret) i det hele – en væsentlig drivkraft i udviklingen af ethvert moderne samfund, og det er den – i socialteknologisk henseende – i kraft af den faktiske *enhed*, som den repræsenterer, og som på sin side bl.a. er en funktion af det hierarkiske normmønster, som den danner, og den fælles ideologi, som den (også) kan siges at udspringe af, herunder de fælles principper, der gælder for anerkendelse af normer som retlige.

Ingen af disse aspekter kan naturligvis stå alene eller gøre krav på at repræsentere (hele) »sandheden« om retssystemets indretning og virkemåde. De er begge væsentlige for en forståelse af systemets muligheder og begrænsninger. Ikke mindst er det førstnævnte – pluralistiske – aspekt vigtigt i en retspolitisk sammenhæng. Viden om retssystemets brister og mangler i samspillet med det »omgivende samfund« er selvsagt væsentlig i enhver styringsteknologisk sammenhæng. Men det gælder også med hensyn til viden om de grænser for retlig regulering, som sættes af indgroede adfærdsnormer og sociale organisationer – det som *Sally Falk Moore* (1973) kalder »semi-autonomous social fields«.¹⁶⁴

Det er således værd at understrege, at de normative implikationer af retsso-ciologiens pluralistiske forskningsretninger *ikke* (nødvendigvis) retter sig mod »disintegration« som et mål i sig selv. Ligesom det må understreges, at »opdagelsen« af semi-autonome systemer ikke i sig selv løser nogen problemer, hverken teoretisk eller på anden måde.¹⁶⁵ At samfundet, som *Jean-Francois*

162. Ideen om retlig pluralisme er for så vidt heller ikke ny, jfr. *Jens Evald og Jørgen Dalberg-Larsen* 1998 s. 37ff med henvisning til ældre retsopfattelser hos Knud Illum 1945 og Stig Jørgensen 1970. Retlig pluralisme kan som her anført opfattes som et aspekt af retten, som betoner dennes forskellighed, hvad angår funktioner, udøvere, producenter og adressater.

163. Jfr. *Griffiths* 1995.201 s. 206 med henvisning til H.L.A. Hart 1961 og Ronald Dworkin 1977, og *Dalberg-Larsen* 1994 s. 13ff med yderligere henvisninger til Hans Kelsen 1945 og Alf Ross 1953.

164. Se herom nærmere *Hanne Petersen* 1988.253 og *Dalberg-Larsen* 1994 s. 31ff.

165. *Griffiths* 1995.201s. 212.

Lyotard (1982) udtrykker det, er bredt ud »som et komplekst netværk uden et bestemt centrum«, er ikke ensbetydende med, at det ikke kan fungere som et samlet hele, hvor alle dets enkelte institutioner trækker i samme retning. Samfundet kan således meget vel være underkastet en form for *ledelse*, selv om denne ikke er strukturelt forankret i et nationalt magtcenter. En sådan ledelse udgøres da – med *Johan Fjord Jensens* ord – af »logiciteten« i netværket, af den fælles værdiorientering og det handlingsfællesskab, der består samfundets institutioner imellem (1987.107).¹⁶⁶

6.3. Den autopoietiske retsopfattelse

Ser man på retssystemets udvikling for en – empirisk – langtidsbetragtning synes det rigtigt med *Niklas Luhmann* (1981) at opfatte dette som et socialt delsystem, der – i lighed med andre sociale delsystemer (politik, økonomi, uddannelse, social- og sundhedsvæsen etc.) – skiller sig ud som et subsystem med gradvist voksende autonomi. Tidsperspektivet er de 2-300 år, som udviklingen af det moderne samfund strækker sig over. I dette tidsrum er retssystemet – ligesom andre af samfundets delsystemer – i tiltagende grad blevet specialiseret, og dette forhold betinger, at det kan fungere mere eller mindre friktionsfrit »på egne præmisser«. Ud fra en systemteoretisk betragtningssmåde kunne man sige, at retssystemet hermed – i *operationel* henseende – fungerer som et »lukket« system, samtidig med, at det naturligvis – i *kognitiv* henseende – er »åbent« over for ydre påvirkninger. Lukketheden er imidlertid blot et andet udtryk for retssystemets enhed, mens åbenheden er en simpel følge af, at systemet (også) er en del af samfundstotaliteten og som sådant underlagt den udvikling, der gælder for samfundet som helhed, herunder de politiske beslutninger der træffes af samfundets styrende organer.

Dette paradoks, der af nogle betegnes som retssystemets »*autopoiesis*«,¹⁶⁷ forener for så vidt de ovennævnte modstridende – pluralistiske og instrumentalistiske – synspunkter på retten. Samtidig sætter det fokus på nogle nye, mulige – og på sæt og vis helt modstridende – erkendelser: Det er på den ene side risikoen for, at systemet specialiserer sig så meget, at det så at sige »lukker sig

166. Sml. den *elitistiske* skole i politologien, som i delvis konkurrence med den ovennævnte pluralistiske teori hævder, at magten i stigende grad koncentrerer hos en lille kreds af mennesker, en elite, der – endskønt de hver for sig repræsenterer forskellige interesser – udgør et handlefællesskab i kraft af visse fællestræk (socialt tilhørsforhold, uddannelse, personlige mål og interesser etc.); jfr. herom *Lennart Lundquist* 1976 s. 109.

167. *Luhmann* 1982 og 1985 og *Teubner* 1988 og 1993. Se med omtale af Luhmanns teori *Henrichsen* 2000.23.

6.3. Den autopoietiske retsopfattelse

om sig selv« og bliver uigennemtrængeligt for påvirkninger udefra; og det er på den anden side faren for, at systemet nedbrydes af ydre påvirkninger, fordi det sættes til at opfylde alle mulige andre funktioner end dem, det grundlæggende er beregnet til, nemlig at sætte »skel« mellem lovligt og ulovligt. Retsenheden har sin pris, kunne man sige: Jo mere komplekst retssystemet er, desto vanskeligere bliver det at ændre. Samtidig er retsenhed en forudsætning for retssystemets funktionsduelighed: Jo mere systemet åbnes for ydre påvirkninger (af politisk, økonomisk eller anden ikke-retlig karakter), desto vanskeligere bliver det at styre.

Retssystemets udvikling illustrerer på denne måde det moderne samfunds skilleshæl: Jo mere specialiseret dets enkelte subsystemer bliver, desto vanskeligere bliver det at trænge igennem med ændringer af samme – men hvis specialiseringen nedbrydes, reduceres også delsystemernes selvgenererende egenskaber. Overvindelse af dette paradoks kræver indre udvikling af samfundets delsystemer, herunder omstilling og fornyelse af de eksisterende stats-, rets- og administrationsformer, således som jeg også andetsteds har argumenteret nærmere for.¹⁶⁸

Den autopoietiske systemopfattelse repræsenterer en – i forhold til retspluralisme og -instrumentalisme – overliggende *synsvinkel* på samfundsudviklingen. Aggregeringsniveauet for samfundsanalysen hæves her en »tak«, hvorved det bliver muligt at forene de omhandlede modstridende syn på retsudviklingen (pluralisme og instrumentalisme) gennem formuleringen af det ovennævnte paradoks. Den analytiske gevinst herved består i fokuseringen på de *indre* udviklingsmekanismer i samfundets enkelte delsystemer, frem for på udviklingen af *samspillet* mellem samme. Samfundets udvikling, herunder udviklingen af relationer mellem samfundets delsystemer, er en funktion af den indre udvikling af de enkelte delsystemer.

Udviklingen af en egentlig normativ (system-)teori om de konkrete tiltag, som er påkrævet for at overvinde det nævnte paradoks for de enkelte delsystemers vedkommende, forudsætter imidlertid en teori om den teknologiske og værdimæssige udvikling i samfundet. Omstilling, fornyelse og gensidig tilpasning af de enkelte delsystemer må således ske i overensstemmelse med de »krav«, som udviklingen af disse forhold betinger. Det er ved koblingen med en sådan »cyklisk« samfundsopfattelse, at den autopoietiske systemteori bliver analytisk frugtbar.

Niklas Luhmann, der ikke selv foretager denne kobling, kommer således – med sine advarsler mod nedbrydelse af retsenheden og mod anvendelse af nye retsformer – let til at fremstå som en lidt konservativ samfundstænker. Kritik-

168. 1. del, kap. 3.

ken af Luhmann for at drage forhastede slutninger er for så vidt berettiget.¹⁶⁹ Med en nærmest lineær samfundsopfattelse, hvorved udviklingen af de samfundsmæssige forhold blot synes at generere voksende kapacitetsproblemer for retssystemet i kraft af en tiltagende sammenblanding af ret og politik, gives der ikke andre muligheder end at forsøge at bringe systemet tilbage til sine oprindelige funktioner, hvor det alene drejer sig om konfliktløsning i henhold til specificerede regler.

Heroverfor står *Gunther Teubners*, reflektive retsmodel som et – efter min opfattelse – mere lovende bud på en systemudvikling, der kan modsvare de teknologiske og værdimæssige udfordringer, som den aktuelle udvikling af det moderne samfund frembyder. Selv om heller ikke Teubners model baserer sig på en gennemarbejdet samfundsteori, så repræsenterer den dog – med sit oplæg til en strukturel videreudvikling af retssystemet – et tilnærmelsesvist adækvat svar på nutidens udfordringer.¹⁷⁰

6.4. Postmodernistisk dissensustækning

Når disintegrerende tendenser i samfundet særligt springer i øjnene i nutiden, hænger det sammen med den tidligere omtalte overgangsfase, som den vestlige verdens højt udviklede lande for tiden er inde i, og som netop har snæver sammenhæng med den anførte udvikling af samfundets delsystemer. Det er kun ud fra postmodernismens antirationalistiske og katastrofiske idéset, at disse tendenser repræsenterer en bevægelse henimod en *varig* opløsning af bærende samfundsstrukturer. Denne – som Fjord Jensen kalder det (*op. cit.* s. 93) – *dissensustækning* er endda ikke blot udtryk for en (i princippet) empirisk forudsigelse af samfundsudviklingen. For Lyotard er konsensus ligefrem »blevet en forældet og suspekt værdi«, hvorfor det for ham gælder om at nå frem til en retfærdighedspraksis, der »ikke er forbundet med ideen om konsensus« (s. 102). Det logiske modstykke til det – nationale – fysiske magtcenter bliver da for Lyotard de – ligeledes i fysisk forstand – lokale sandheder og lokale retfærdighedskrav, i princippet svarende til den maoistiske idé om at »lade de 100 blomster blomstre og 100 tankeskoler kappes« (s. 87).

Som så megen anden intuitionistisk tænkning risikerer man med postmodernismen at opnå den stik modsatte effekt af den tilsigtede. Ved at fraskrive sig muligheden for konsensus i samfundet opgives også princippet om folkesuveræniteten – og ved at fraskrive de 100 »blomster« og tankeskoler muligheden

169. *Henrichsen* 2000.23 s. 35ff med henvisning til Dalberg-Larsens kritik af Luhmann.

170. Se om denne model ovenfor 1. del, kap. 5.3.

6.4. Postmodernistisk dissensustænkning

for at konvergere mod ét sprog, bliver postmodernismen i realiteten, som Fjord Jensen udtrykker det (s. 109), »et forsvar for magtens vi-alene-vide-sprog«. Selv om postmodernismen vil både demokrati og retfærdighed, rummer den ved sit radikale opgør med rationalismens emancipationstænkning spiren til både totalitarisme og konservatisme.¹⁷¹ Når magten per definition altid er af det onde, fraskriver man sig muligheden for at lave om på noget – for at skabe grundlag for en videreudvikling af samfundets institutioner i overensstemmelse med de (nye) værdier, der kan opnås enighed om – eller flertal for – at prioritere. Derpå beror konservatismen i den postmodernistiske tankeretning. Uden omstilling og fornyelse af samfundets institutioner bliver det endvidere stadig vanskeligere at legitimere statslig magtudøvelse. Deraf kommer risikoen for totalitære indslag i samfundsstyret.

Lidt slagordsagtigt kan forholdet udtrykkes på den måde, at samfundet befinder sig i en endnu ikke afklaret *postindustrial* fase, der – som andre overgangsperioder – er præget af voksende modsætninger og konflikter, men som ikke *af den grund* kan betegnes som *postmodernistisk* i den forstand, at der er tale om en mere permanent opløsning af det moderne samfunds grundstrukturer. Den postmodernistiske tanke er – i dette perspektiv – social-psykologisk set udtryk for en *idealiser*ing af de opløsningstendenser, som kendetegner den nuværende overgangsperiode. Den rummer på én gang en fornægtelse af de fundamentale værdier, som et retssamfund bygger på, og en idealiseret forestilling om, at menneskelig trivsel kan fremmes ved en (fortsat) nedbrydelse af de etablerede strukturer i samfundet. På den måde fremstår den postmodernistiske tanke som nutidens modstykke til de *anarkistiske bevægelser*, der opstod i slutningen af 1800-tallet i forbindelse med den tids industrialisering af samfundet med deraf følgende sociale modsætninger og konflikter.

Der kan være grund til at understrege disse perspektiver i den postmodernistiske tænkning her, fordi denne synes at være en inspirationskilde for nogle af de tankeretninger inden for moderne retsteori, som er opstået i kølvandet på »legal pluralism«,¹⁷² herunder også de her omhandlede tanker om polycentri i retten.¹⁷³ Disse tanker er måske nok i udgangspunktet af *deskriptiv* karakter – man knytter an til de erkendelser af rettens disintegration, som de empirisk arbejdende retspluralister er nået frem til. Men man går også videre: Ideen om polycentri i retten er i virkeligheden et opgør med den traditionelle *monistiske* retsopfattel-

171. Se i samme retning *Dalberg-Larsen* 1998 (s. 82).

172. Jfr. som et konsekvent eksempel herpå *Douzinis og Warrington* 1991. Se endvidere om postmodernismens indflydelse på retstænkningen *Dalberg-Larsen* 1998.

173. Jfr. f.eks. *Hanne Petersen* 1993.15 med en – tydeligt postmodernistisk inspireret – såkaldt øko-feministisk retskritik.

Kapitel 6. Polycentriske og retsøkologiske perspektiver

se – med den monocentriske retskildelære, den hierarkiske tænkning i retsvidenskaben og forestillingen om retsenhed som bærende for al retsdogmatisk virksomhed.¹⁷⁴ Ved at rive den store – nationalt baserede – pyramide ned, efterlades man med et *fragmentarisk* retssystem, bestående af en række usammenhængende, små pyramidalske retsskabende enheder. Det er det *normative* perspektiv i den polycentriske retskildelære – og det perspektiv, der altså nu står til debat.¹⁷⁵

6.5. Polycentri og retssikkerhed

At det nævnte perspektiv for en *retssikkerhedsmæssig* synsvinkel må forekomme foruroligende, turde formentlig være indlysende.¹⁷⁶ Selv om samfundet og retten – temporært – måtte undergå en vis disintegration, er dette heller ikke ensbetydende med, at retsvidenskaben som *normativ disciplin* skal understøtte denne udvikling med den konsekvens, at retssikkerheden bringes i fare. Den normative lære kunne tværtimod være den *modsatte*: At det teoretiske grundlag for de retsvidenskabelige bestræbelser må rekonstrueres med henblik på at garantere retssikkerheden under de nuværende omskiftelige forhold. Det mest påtrængende problem i den polycentriske retskritik er da også efter min opfattelse, at den netop fraskriver sig muligheden for at yde et – i retssikkerhedsmæssig forstand – konstruktivt bidrag til en sådan videreudvikling af retsteori- en.

Som sin (mulige) inspirationskilde, postmodernismen, bygger den polycentriske tankeretning på et højst usikkert grundlag. Rent bortset fra, at den udgør et intuitionistisk »spring« fra noget empirisk til noget normativt – en i sig selv tvivlsom manøvre videnskabeligt set – vedrører forkuseringen på polycentrien i retten i bedste fald kun et *aspekt* af virkelighedens verden – der er eller kan som nævnt være modsatrettede tendenser. Hertil kommer, som et principielt set

174. Henrik Zahle 1986.752 og 1989.45; Hanne Petersen 1993.15, 1993.93 og 1997.43; se endvidere med bidrag til den teoretiske debat Peter Blume og Hanne Petersen 1993 og Hanne Petersen & Henrik Zahle 1995. Den ovenfor omtalte finske skole har senere udviklet sig i en mere radikal retning med »forsøg på at tænke retten hinsides ethvert centrum og enhver entydig begrebslig orden«, jfr. Alexander Ljungstrøm 2000.75 s. 77.

175. Dalberg-Larsen 1994 afstår udtrykkeligt fra at behandle polycentriteorien (s. 57 med note 97), men fremsætter dog en række synspunkter af betydelig både direkte og indirekte relevans for en vurdering af samme, jfr. hertil Peter Blume 1994.369 med en anmeldelse af Dalberg-Larsens afhandling. Disse synspunkter vender jeg tilbage til nedenfor i 3. del, kap. 7.2, hvor teorien tages mere indgående op.

176. Revsbech 1991.105 s. 119f og Blume 1990 s. 9f og 1990.863, men cfr. dog samme 1993.163 s. 176.

mere afgørende moment, at de disintegrationstendenser, der muligvis kan påvises inden for retssystemet, netop for en stor dels vedkommende er en funktion af den *overgangsfase*, som samfundet for nærværende befinder sig i; og normative teorier kan ikke bygges på fænomener, der i virkeligheden blot repræsenterer noget midlertidigt, noget rent forbigående, og som tilmed er af så relativt modsætningsfuld karakter, som de her omhandlede udviklingstendenser.

Det betyder ikke, at det i den aktuelle situation er principielt uinteressant eller praktisk udelukket at overveje en rekonstruktion af den juridiske metodelære. Et sådant projekt er tværtimod mere relevant end nogensinde – hvad også mine egne bestræbelser på at bidrage til en videreudvikling af nogle af de bærende (retssikkerheds-)ideer i retsvidenskaben gerne skulle illustrere.¹⁷⁷ Perspektivet for en rekonstruktion af metodelæren må blot være bredere og mere fremadrettet, end det er tilfældet med den polycentriske retskritik; og det må frem for alt være fokuseret på varetagelse af grundlæggende retssikkerhedshensyn – et perspektiv, der synes fraværende og i hvert fald ikke nærmere reflekteret i det polycentriske verdensbillede. Idet jeg i det følgende kapitel – tentativt – skal forsøge at skitsere nogle hovedelementer i en sådan rekonstruktion af den juridiske metodelære, skal jeg (i bogens 3. del) vende tilbage til og – successivt – uddybe mine reservationer over for den polycentriske tankegang og dens videre forgreninger i retsteorien. Blot må det – med denne kritik – ikke glemmes, at det er polycentrikernes fortjeneste, at spørgsmålet om behovet og mulighederne for en rekonstruktion af metodelæren nu for alvor rejses, og at deres bidrag til samme allerede af den grund må påkalde sig betydelig interesse.

177. *Henrichsen* 1993 og 1997.

Alternative legalstrategier versus retssikkerhed

Debatten om alternative legalstrategier, således som den har formet sig i nordisk retsteori, handler dybest set om mulighederne for at frigøre retten fra det etablerede samfunds institutioner og værdier og på den måde gøre retten til et redskab for ideologiske, politiske, lokale eller andre interesser. Den erkendelsesinteresse, der knytter sig til retten, er således udpræget emancipatorisk – omend det frigørende sigte kan være mere eller mindre udpræget, mere eller mindre reflekteret, eventuelt som en helt ubevidst bestræbelse. Retsdebatten bliver dermed også en side af det mere generelle opgør med velfærdssamfundets institutioner, som sætter ind fra slutningen af 1960'erne.

Dette opgør, der i starten manifesterer sig som en materialistisk inspireret, ideologikritisk opfattelse af retten som et instrument for undertrykkelse af de »sande værdier«, føres dog snart ind på retsdogmatikkens gebet med forestillinger om alternative fortolkningsrum over for de typisk mere åbne regelværker, som kendetegner velfærdsstatens retssystemer. Den retsteoretiske debat på den tid slår unægtelig gnister og fører undertiden til indtagelse af ekstreme positioner, som når nogle retsteoretikere vender tilbage til naturretlige forestillinger som svar på den materialistiske retsteoris afsværgelse af alle retlige dyder, retssikkerhedsidealet inklusive.

Efterhånden skifter debatten imidlertid karakter og nye aktører melder sig på scenen. Retskritikken er fortsat massiv og sætter nu ind fra alle kanter: fra socialret, kvinderet, retsøkologi etc. Én skillelinje går mellem dem, der som visse socialretsforskere hævder, at traditionel retsdogmatik ikke lader sig praktisere inden for velfærdsrettens områder, og dem, der som erklærede nynormativister nok tør arbejde retsdogmatisk med stoffet ud fra egne forestillinger om, hvad der er ret og rimeligt. En anden skillelinje går mellem tilhængere og modstandere af de nye ideer om retlig pluralisme og reflektiv ret,

Kapitel 7. Alternative legalstrategier versus retssikkerhed

hvorved især kvinderetten stiller sig afvisende over for det brud med velfærdsstatens logik, som disse nye retsideer tilsyneladende implicerer.

Nært sammenhængende hermed er debatten om styringsjus contra retssikkerhedsjus, hvor styringsjussen på sæt og vis repræsenterer de reflektive mekanismer i retssystemet, mens retssikkerhedsjussen har sine fortalere blandt ideologikritiske retsforskere, der nu rykker det etablerede samfunds institutioner og værdier til undsætning for dog at undgå det, der er værre end de indbyggede klasse modsætninger i det etablerede retssystem, nemlig troen på at retten kan bruges til noget som helst fornuftigt – progressivt/systemoverskridende – formål.

Det sidste er heller ikke noget udpræget element i de pluralistiske/polycentriske tankeretninger, der herefter vokser frem som det foreløbigt sidste skud på stammen i denne efterhånden ganske brogede retsdebat. Med en opfattelse af retssystemet som et system i splid med sig selv og sine omgivelser og en derpå støttet afskrivning af rettens enhedskarakter får man lukket op for, at konflikterende – og måske svagt repræsenterede – interesser, som aldrig fik chancen i det officielle retssystem, så at sige kan lukkes ind ad bagvejen i det retlige system.

Hvad der startede som et ideologisk frontalangreb på det etablerede samfunds bastioner, er således foreløbigt endt med en forhåndsafskrivning af disse bastioner – de eksisterer på en måde slet ikke. Nøglen til en forståelse af retten er »praksis«, og i det postmodernistiske samfund, hvor de styrende og kontrollerende organer mere eller mindre er sat ud af spillet, er denne praksis ensbetydende med de lokale udførende myndigheders praksis, hvis det da ikke er den praksis, der udvikles i de enkelte serviceproducerende institutioner, der tænkes på. Også de styrende organer kan for den sags skyld blive »fanget« af deres egen praksis.

Ret er – efter den pluralistiske/polycentriske opfattelse, der her lægges til grund – simpelthen lig med normer, af hvilken art de end måtte være. Formel og uformel ret blander sig med hinanden. Retten skabes overalt i samfundet, og med tilkobling af retsøkonomiske perspektiver kan man endog forestille sig en udvidelse af retsbegrebet i retning af, at også andre end samfundets individer kan gøre visse rettigheder gældende, nemlig naturen med dertil hørende dyr og gevækster.

I alle disse emancipatoriske retsprojekter er det efterhånden kun kvinderetsjurister og nynormativister, der bekymrer sig om retssikkerheden i mere traditionel forstand (foruden naturligvis de klassiske naturretstilhængere). For den marxistiske (socialistiske, humanistiske, økologistiske) ideologikritik er retssikkerheden blot en borgerlig værdi, som – på linje med andre af retsstatens fundamentale værdier (frihed, lighed, demokrati etc.) – tilslører samfundets

karakter af klassesamfund, og som af samme grund knap nok er værd at kæmpe for. Og for retspluralister og polycentrikere falder retssikkerheden med nedbrydelsen af de statslige hierarkier og kontrolmyndigheder, hvilket måske heller ikke er at beklage – andre værdier som hensynet til lokal selvbestemmelse, fleksibilitet i retssystemet og svagt repræsenterede interesser er nok så vigtige.

En interessant brudflade i denne emancipatoriske retsdebat er netop dette skisma mellem – jeg vil ikke sige tilhængere og modstandere af retssikkerhedsværdier – men mellem dem, der er bekymrede respektive mindre bekymrede for ikke at sige helt ubekymrede for denne grundværdi. Den opfattelse, som jeg selv har gjort gældende, er, at retssikkerheden ubetinget er en værdi, der må værnes om, men at dette ikke er ensbetydende med, at denne værdi i alle sammenhænge kan eller bør forstås henholdsvis realiseres på samme måde. Retssikkerhedskrav og -garantier må så at sige tilpasses de virksomhedsformer, som det offentlige praktiserer.¹⁷⁸

Det sidste er imidlertid – som jeg ser det – et udpræget retspolitisk projekt. Retssikkerheden betrygges ikke gennem forsøg på at udvide den retsdogmatiske argumentationsmodel med alternative eller nynormative fortolkninger. Sådanne forsøg falder på deres egen – atypiske – argumentationsform. Ved – alternativt – at ophøje myndighedspraksis til en selvstændig retskilde kan man muligvis få etableret en platform for indførelse af flere og bedre rettigheder for borgerne. Hvis prisen for denne udvidelse af retskildelæren imidlertid er, at retssikkerhedshensynet nedprioriteres, er det vel et spørgsmål, om man ikke hermed er lige vidt.

Litteratur

- Andenæs, Kristian: »Rettsvitenskap og empiri«, i Basse og Jensen 1992.107.
 Bang, Henrik: »Socialretsdogmatik«, Retfærd 14/1980.24.
 Basse, Ellen Margrethe (red.): *Regulering og styring I – en juridisk teori- og metodebog*, København 1989.
 – »Regulering og styring – et prioritetsområde for SSF«, i Basse 1989.11.
 – »Juridisk forskning i nye reguleringsmidler«, i Basse 1989.27.
 – (red.): *Regulering og styring II – tilfornyelse af den juridiske teori og metode*, København 1990.
 – »Regulering og styring som forskningsteoretisk og -metodisk synsvinkel«, i Basse og Jensen 1992.123.
 – »Om at anvende en regulerings- og styringstankegang«, J 1993.389.
 – og Vibeke Jensen (red.): *Regulering og styring III – et bidrag til den juridiske forskeruddannelse*, Århus 1992.

178. *Henrichsen* 1997 s. 38ff. Se endvidere nedenfor 3. del, kap. 4.3.

Kapitel 7. Alternative legalstrategier versus retssikkerhed

- Beck, Ulrich: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am M. 1986.
- Bergmann, Sigurd: »Bör naturen tillerkännas rättigheter?«, Retfærd 61/1993.22.
– »Naturens värde och människans föräldrad«, Retfærd 65/1994.76.
- Bernt, Jan Fridthjof og David Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998.
- Blume, Peter: »Retsvidenskabens problematik«, anm. af Dag Victor: Rättssystem och vetenskap, Retfærd 8/1978.99.
– *Polycentri og Monocentri*, RIB Studier 38/1990.
– »Til en ny retskildelære«, TFR 1990.863.
– »Polycentri og kunstig intelligens«, i Blume og Petersen 1993.163.
– »Naturrettens genfødsel – om retsdogmatik og etik«, TFR 1993.447.
– *Anm. af J. Dalberg-Larsen: Rettens enhed – en illusion?*, J 1994.369
– Ditlev Tamm og Vibeke Vindeløv (red.): *Suum Cuique. Retsvidenskabelige afhandlinger. Københavns Universitet 1991*, København 1991.
– og Hanne Petersen (red.): *Retlig polycentri*, København 1993.
– Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt (red.): *Liv, arbejde og forvaltning. Festskrift til Ole Krarup*, København 1995.
- Boe, Erik »Utviklingslinjer i forvaltningsretten«, i Basse 1989.191.
– »Kopling fra tradisjonell rettsvitenskapelig metode til andre vitenskapelige metoder«, i Basse 1989.213.
– »Forvaltningsrettslige polycentritendenser«, i Blume og Petersen 1993.283.
– og Hans Petter Graver: »Nydannelse i forvaltningsrett i 80-årene«, i Basse 1989.171.
- Born, Asmund W. m.fl. (red.): *Refleksiv ret*, København 1988.
- Bratholm, Anders m.fl. (red.): *Samfunn. Rett. Rettferdighet, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Oslo 1986.
- Buchanan, James M.: *The Limits of Liberty – Between Anarchy and Leviathan*, 1975.
- Christensen, Anna: »Rättsdogmatik, rättssociologi och moralfilosofi«, Retfærd 14/1980.20.
– »Kvinnorätten och lagpositivismen«, Retfærd 33/1986.88.
- Christensen, Jens Peter: »Aktuel dansk forfatningsret«. Anm. af Peter Germer, Statsforfatningsret I-II, og Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 1-3, J 1991.21.
- Christensen, Jørgen Grønnegaard: »Politologisk reguleringsanalyse«, *Politica* 3/1992.245.
- Dahl, Robert: *Who Governs?*, N.Y. 1961.
- Dahl, Tove Stang (red.): *Kvinneverett 1-2*, Oslo 1985.
– »Svar til Lala om kvinnene, retten og juristerne nå og i framtiden«, Retfærd 28/1985.72.
– »Fra kvinners rett til kvinneverett«, Retfærd 37/1987.67.
- Dalberg-Larsen, Jørgen: »Retsdogmatik, legalstrategi og marxisme«, Retfærd 12/1979.80.
– »Har kvinderetten fundet sin endelige form?«, anm. af Dahl: *Kvinneverett* 1985, Retfærd 34/1986.86.
– *Ret, styring og selvforvaltning*, Århus 1991.
– »Hvorfor selvforvaltning og hvordan?«, i samme 1991.210.
– *Rettens enhed – en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og i praksis*, Århus 1994.
– *Ret, tekst og kontekst*, Århus 1997.
– og Jens Evald: *Rettens ansigter – en grundbog i almindelig retslære*, Århus 1998.
- Douzinis, Costas og Ronnie Warrington: *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*, London 1991.
- Dübeck, Inger: *Anm. af E.M. Basse: Regulering og styring II – til fornyelse af den juridiske teori og metode*, J 1992.289.
– *Anm. af E.M. Basse og Vibeke Jensen, Regulering og styring III*, J 1994.131.

- Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, London 1977.
- Ericsson, Lars: »Till frågan om naturens egenvärde«, Retfærd 65/1994.64.
- Eriksson, Lars D.: »Urkast til en marxistisk jurisprudens«, Retfærd 11/1979.40.
- (1980a) *Marxistisk teori och rättsvetenskap. Artikler*, Helsingfors 1980.
 - *Marxistisk teori och rättsvetenskap*, Helsingfors 1980.
 - »Rätten och juristerna i framtiden. Visioner och utopier«, Retfærd 28/1985.63.
 - »Till teorin om den reflexiva rätten«, i Brattholm m.fl. 1986.281.
 - »Rätten och moralen«, Retfærd 48/1990.4.
 - *Kritik, moral och rätt*, Helsinki 1992.
 - »Rätten til miljøen – en ny grundrättighet«, i samme 1992.295.
 - »Environmental Rights as a Constitutional Problem«, i Zahle 1994.98.
- Ewald, Francois: *L'Etat providence*, Paris 1986.
- Fauchald, Ole Kristian: »Bør retten til miljø anerkjennes som menneskerettighet?«, Retfærd 53/1991.61.
- Frost, Lis: »Sundhed – en menneskeret?«, Retfærd 52/1991.34.
- Germer, Peter: *Statsforfatningsret*, Århus 1988-89, 2. udg. 1995.
- Graver, Hans Petter: *Den juristskapt virkelighet*, Oslo 1986 (disputats).
- »Refleksiv rett – frihet og rettferdighet«, Retfærd 32/1986.23.
 - »Om menneskerettigheter«, Retfærd 33/1986.7.
 - »Refleksiv rett og makt«, i Born m.fl. 1988.83.
 - »Kategorisering av rettsregler som legalstrategi«, i Tuori 1988.55.
- Griffiths, John: »Legal Pluralism and the Theory of Legislation«, i Petersen og Zahle 1995.201.
- Gustafsson, Håkan: »Rattssäkerheten, moralen och 'socialsäkerheten'«, TfRS 5:3-4/1988.253.
- »Rättssäkerhet och socialsäkerhet«, Retfærd 56/1992.53.
- Habermas, Jürgen: *Borgerlig offentlighet – dens framvekst og forfall. Henimot en teori om det borgerlige samfunn*, Oslo 1974 (ty. udg. 1962, disputats).
- *Legitimationsproblemer i senkapitalismen*, København 1975 (ty. udg. 1973).
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, Oxford 1961.
- Heide-Jørgensen, Mogens: *Den kommunale interesse. Studier over kommunalrettens udvikling*, København 1993 (disputats).
- Henrichsen, Carsten: »Retssikkerhed – En begrebsanalyse«, i Blume og Petersen 1993.307.
- *Retssikkerhed og moderne forvaltning*, København 1997 (disputats).
 - »Retsidealistiske strømninger i retsvidenskaben«, i Vestergaard og Balvig 1988.121.
 - »Fra retssociologiens 'Grand Theories': Teorien om retssystemets autopoiesis«, i Carsten Henrichsen m.fl. 2000.23.
 - m.fl. (Jens Vedsted-Hansen og Anette Storgaard) (red.): *Lovens liv*. Festskrift til Jørgen Dalberg-Larsen, Århus/København 2000.
- Hirvonen, Ari (red.): *Polycentricity – The Multiple Scenes of Law*, Pluto Press 1988.
- Hydén, Håkan: »Marxistisk rättsteori«, Retfærd 12/1979.56.
- *Rätten som instrument för social förändring. Om legalstrategier*, Lund 1982.
 - »Legalstrategi med eller utan rätt?«, Retfærd 20/1982.59.
 - »Till kritiken af den offentliga rätten«, Retfærd 30/1985.7.
 - »Reflexiv rätt och regulering«, i Born m.fl. 1988.113.
 - »Legalstrategiens rättsliga möjligheter – en inventering och diskussion«, i Tuori 1988.69.
 - »Retlige styringsmodeller i retsstaten og velfærdsstaten – mod en retsstatslig velfærdsmodel«, i Basse 1989.125.
 - »A polycentric theory of democracy and human rights«, i Blume og Petersen 1993.213.

Kapitel 7. Alternative legalstrategier versus retssikkerhed

- Jacobsen, Jens Christian (red.): *Autopoiesis. En introduktion til Niklas Luhmanns verden af systemer*, København 1992.
- *Autopoiesis II*, København 1995.
- Jansen, Torben Bo og Erik Høgh (red.): *Fremtid er nu*, København 1980.
- Jensen, Johan Fjord: *Det Tredje. Den postmoderne udfordring*, København 1987.
- Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre*, Leipzig – Wien 1934, 2.udg. 1960.
- Ketscher, Kirsten: »Legalstrategier i kvinderetten«, HfKJ 3-4/1984.23.
- »Refleksiv ret – hendes og hans retfærdighed«, Retfærd 32/1986.30.
 - »Offentlig børnepasning«, Retfærd 33/1986.74.
 - »Reproduktionsteknologi«, Retfærd 36/1987.93.
 - »Regler og virkelighed«, Retfærd 37/1987.78.
 - *Offentlig børnepasning i retlig belysning, København 1990 (disputats)*.
- Krarup, Ole: »Retfærdighed og juridisk seismologi«, i Blume m.fl. 1991.21.
- Lewin, Leif: *Folket och eliterna*, Stockholm 1970.
- Ljungström, Alexander: »Ari Hirvonen (red.): *Polycentricity – The Multiple Scenes of Law*«, Retfærd 88/2000.75.
- Luhmann, Niklas (ed.): *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rectstheorie*, Frankfurt am M. 1981 (eng. udg. 1981).
- »*The Self-Reproduction of Law and its Limits*«, i Teubner 1986.111.
 - *Ökologiske Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Braunschweig 1986; da. udg. af kap. 5-7 i Jacobsen 1995.100, med kommentar af Gorm Harste, s. 92.
 - »*The Unity of the Legal System*«, i Teubner 1988.12; da. udg. i Jacobsen 1995.134; med kommentar af Jørgen Dalberg-Larsen, s. 129.
 - »*Closure and Openness: On Reality in the World of Law*«, i Teubner 1988.335.
 - »*Hvorfor 'systemteori'?*«, i Jacobsen 1992.10.
- Lundquist, Lennart: *Forvaltningen i det politiske system*, København 1976 (sv. udg. 1971).
- Lyotard, Jean-Francois: *Viden og det postmoderne samfund*, Århus 1982.
- Mathiesen, Thomas: »*En marxistisk jurisprudens?*«, Retfærd 15/1980.70.
- *Retten i samfunnet – En innføring i retssociologi*, Oslo 1984.
 - »*Styringsjuss, retssikkerhedsjuss og det gode samfund*«, Retfærd 28/1985.12.
- Mikkola, Matti: »*Socialrättsforskning i välfärdsstaten*«, Retfærd 14/1980.11.
- Moore, Sally Falk: »*Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study*«, i samme: *Law as Proces. An Anthropological Approach*, London 1978.
- Mortensen, Jørgen Birk og Peder Andersen: »*Økonomisk regulering*«, i Basse 1990.127.
- Nordborg, Gudrun: »*Läkarmakten över moderskapet*«, Retfærd 52/1991.75.
- Peczenick, Alexander: *Rätt og moral*, Stockholm 1982.
- Petersen, Hanne: »*Retsbeskyttelse af kvinders værdighed*«, TfR 1988.253.
- »*Fra retsrealisme til nynormativister. Kvalitetskrav til retsdogmatisk forskning*«, RIB Studier 43/1991.141.
 - *Informel ret på kvindearbejdspladser. En retsteoretisk og empirisk analyse*, København 1991 (disputats).
 - »*Ret i polycentrisk og økologisk perspektiv*«, Retfærd 52/1991.141.
 - »*Bæredygtighed, børn og badevand. Feministiske og økologiske perspektiver på juridisk tænkning*«, Retfærd 60/1993.15.
 - og Henrik Zahle (eds.): *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth 1995.

- Pöyhönen, Juha: »Om teoretiska förutsättningar för en marxistisk rättsdogmatik«, Retfærd 15/1980.83.
- Revsbech, Karsten: »Polycentri i den offentligtretlige retskildelære – en kritik«, Retfærd 52/1991.105.
- Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed*, København 1953/1966.
- *Statsretlige studier*, København 1959.
 - *Dansk statsforfatningsret 1-2*, 1. udg., København 1959, 2. udg. 1966, 3. udg. 1980 v. Ole Espersen.
- Santos, Boaventura de Susas: »Rätten – en karta för felläsningar. Mot ett postmodernt rättsbegrepp«, TfRS 1987.279.
- Scheinin, Martin: »Mänskliga rättigheter som legalstrategi«, Retfærd 59/1992.3.
- Schlytter, Astrid: »Välfärdsstatens rätt – barnomsorgen som ett exempel«, Retfærd 49/1990.96.
- Skogh, Göran og Per Samuelsson: »Juridisk forskning i gränsområdet mot ekonomi«, i Basse 1989.91.
- Teubner, Gunther: *Law and Society in Transition Towards a Responsive Law*, N.Y. 1978.
- »Substantive and reflexive elements in modern law«, LSR 17/1984.13.
 - (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin – N.Y. 1986.
 - »Udviklingsmodeller for retten i sammenlignende perspektiv«, i Born m.fl. 1988.26.
 - (ed.): *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, N.Y. 1988.
 - *Law as an Autopoietic System*, Oxford UK & Cambridge USA 1993.
- Tie, Warwick: *Legal Pluralism. Toward a multicultural conception of law*, New Zealand 1999.
- Tuori, Kaarlo: »Var går rättens gränser?«, Retfærd 30/1985.22.
- »Två tolkningar av rättens evolution«, Retfærd 36/1987.48.
 - (red.): *Rätts-Dogmatikens Alternativ*, Tammerfors 1988.
 - »Välfärdsstaten, risksamhället och den sociala rätten«, Retfærd 58/1992.3.
- Vestergaard, Jørn og Flemming Balvig (red.): *Med lov ...*, København 1998.
- Victor, Dag: »Rättssystem och vetenskap«, Stockholm 1977.
- »Kommentarer i anslutning till en anmälan«, Retfærd 8/1978.108.
- Wegener, Morten: *Juridisk Metode*, København 1994, 3. udg. 2000.
- Widerberg, Karin: »Från regler till verklighet eller från verklighet till regler«, Retfærd 36/1987.90.
- Wilhelmsson, Thomas: »Legal Integration as Disintegration of National Law«, i Petersen og Zahle 1985.127.
- Wuori, Matti: »Hotet mot miljön och människens lagar«, Retfærd 49/1990.42.
- Zahle, Henrik: »Polycentri i retskildelæren. Nogle bemærkninger om retskilder og domstolskontrol«, i Bratholm m.fl. 1986.752.
- »Retsdogmatik og retskritik«, i Tuori 1988.235 (genoptrykt i Basse 1989.45).
 - *Dansk forfatningsret 1-3*, København 1989, 2. udg. 1995-97.
 - »Videnskabliggørelse eller forkastelse«, Retfærd 44/1989.46.
 - »Seks teser om den retlige pyramide«, i Blume m.fl. 1991.50.
 - (ed.): *Law and Ecology*, Retfærd – Special Issue, Copenhagen 1994.
 - »Ecologization of Law. Introductory Remarks to a New Perspective: Law and Ecology, i Zahle 1994.9.
 - »The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics«, i Petersen og Zahle 1995.185.

Kapitel 7. Alternative legalstrategier versus retssikkerhed

- K. Ketscher og H. Petersen: *Forslag til grundforskningsprojekt i retsvidenskab: Rettens polycentri. Udvikling af ny retskildelære og nye juridiske grundbegreber*, utrykt paper til seminar på Retsvidenskabeligt institut B, København 1989.
- Zila, Josef: »Om rättssäkerhet«, SJT 1990.284.

3. Del
Til den nordiske debat
om juridisk metode

KAPITEL 1

Den juridiske metodelæres kalamiteter

Udtrykket »den juridiske metode« benyttes sædvanligvis om de grundforestillinger, der knytter sig til betingelserne for at fastslå, at en vis regel skal betragtes som gældende ret. Disse grundforestillinger kan sammenfattes i forskellige »*almene lærer*«, der kan specificeres som henholdsvis en »normlære«, hvorved selve retsbegrebet og herunder begrebet »gældende ret« nærmere afgrænses og præciseres, en »argumentationslære«, der beskæftiger sig med principperne for regelfortolkning og retlig argumentation i det hele, og en »retskildelære«, der søger at indkredse de retlige faktorer, som øver indflydelse på retsopfattelsen. De forskellige grundelementer, som tilsammen udgør læren om retten, *retslæren*, afspejler på denne måde forskellige centrale spørgsmål, som enhver teori om rettens indhold må tage stilling til: For det første spørgsmålet om, *hvad* den retsteoretiske analyse sigter mod, dernæst spørgsmålet om *hvordan* analysen bør gennemføres, og endelig spørgsmålet om på *hvilket grundlag* konklusionerne skal drages.¹⁷⁹

Den traditionelle metodelære bærer – trods utvivlsomme videnskabelige intentioner – i nogen grad præg af en ateoretisk omgang med disse spørgsmål. Ved som *Alf Ross*¹⁸⁰ at besvare spørgsmålet om, hvad den teoretiske analyse overhovedet skal bringe for dagen, med henvisning til den ret, der faktisk håndhæves af domstolene, gøres retsvidenskaben til et instrument for (passiv) domsbeskrivelse, hvor det centrale er domstolenes brug af love (og lovforarbejder), retspraksis, retssædvaner og forholdets natur som de vigtigste retskilder. Normlæren bliver således en lære om domstolenes retsanvendelse, mens retskildelæren bliver en lære om alt, hvad dommeren skal forholde sig til – skreven som uskreven ret,¹⁸¹ hvortil endelig slutter sig argumentationslæren som en lære

179. Jfr. herom nærmere nedenfor kap. 3.2.

180. *Om Ret og retfærdighed* 1966 (s. 47f).

181. *Ibid.* s. 90ff.

Kapitel 1. Den juridiske metodelæres kalamiteter

om den argumentations- eller fortolkningsteknik, som domstolene betjener sig af.¹⁸² Hele den juridiske metodelære bliver på denne måde en lære om domstolenes virksomhed, snarere end en lære om »gældende ret« i (rets-)teoretisk forstand.

Ross' standpunkt bygger naturligvis på det faktum, at domstolene endeligt kan normere retten i de konkrete tilfælde, som de får forelagt til afgørelse. Denne retligt bestemte særstilling er dog ikke nødvendigvis ensbetydende med, at domstolenes afgørelser må anses som det endegyldige kriterium for, hvad der skal anses som gældende ret. I hvert fald udelukker et sådant gældbegreb, at retsdogmatikken kan varetage en selvstændig, kritisk funktion. Den senere udvikling har betydet en yderligere udskridning af den juridiske metodelære, specielt for så vidt angår spørgsmålet om, hvad der skal betragtes som »retskilder«. Foruden de ovennævnte – skrevne og uskrevne – retskilder opregnes nu i flæng lovens formål/mål, politiske signaler/folketingsbeslutninger, international ret, ombudsmandsafgørelser, administrativ praksis og retsteoretisk litteratur etc.¹⁸³

Tidligere tiders forsøg på at hævde nogle af disse retskilder som mere »autoritative« end andre er for længst opgivet.¹⁸⁴ Den monocentriske retskildelære er forladt til fordel for en »pluralistisk« lære om fastlæggelsen af retskildernes indbyrdes relative betydning i forbindelse med selve fortolkningen af de enkelte regler. Med den såkaldte polycentriske retskildelære¹⁸⁵ føjes endnu flere momenter til den i forvejen lange række af retskilder, bl.a. myndighedernes indbyrdes placering og legitimationsgrundlag samt reguleringsområdet og de anvendte retsformer. Perspektivet i disse tilføjelser er tilmed ganske vidtrækkende, for så vidt som man dermed vil hævde en »myndigheds- og retsformspecifik« retskildelære, altså en påstand om, at retskildgrundlaget har en forskellig karakter, afhængig af hvilken myndighedstype og/eller hvilket reguleringsområde man har for øje¹⁸⁶ – et standpunkt, der nok må betragtes som en betydelig komplikation af retskildelæren.

Det kan på denne baggrund volde nogen vanskelighed at fastslå, hvad der overhovedet skal betragtes som »omdrejningspunktet« for den juridiske analyse. Det står således hen i det uvisse, hvad det egentlig betyder, at man mener, at en vis norm kan fastslås som »gældende ret«. Der er tilsyneladende flere mulighe-

182. *Ibid.* s. 179.

183. Se f.eks. *Svend Gram Jensen* 1998 (s. 77ff) som en typisk repræsentant for denne retskildeopfattelse.

184. Således *Alf Ross* 1953 s. 120ff og *Knud Illum* 1945 s. 67f.

185. Se om retlig polycentri ovenfor 2. del kap. 7.5.

186. Se *Henrik Zahle* 1986.752.

der: En af dem er den af Ross ovenfor hævdede opfattelse, hvorefter »gældende ret« er den ret, der fastslås af *domstolene*, herunder især ved »ledende« retsafgørelser, hvorved en vis fortolkningstvivil én gang for alle ryddes af vejen. Ross' opfattelse er imidlertid udviklet i opposition til et ældre gældbegreb, hvorefter »gældende ret« er den ret, der positivt fastslås ved *loven*, således som denne – objektivt – må fortolkes og udlægges (Kelsen). Oppositionen fra Ross' side omfatter dertil også forskellige tilløb til et gældbegreb, der lægger hovedvægten på de politiske intentioner med den positivretlige regulering, hvorved rettens *formål* – ved en subjektiv fortolkning – gøres til omdrejningspunktet for fastlæggelse af gældende ret (Ekelöf). Disse to teorier udgør så at sige et tvillingepar fra den moderne (analytiske) retsteoris barndom.

Ross' gældbegreb bliver på sin side kritiseret af polycentrikerne som et utilstrækkeligt grundlag for fastlæggelse af gældende ret på de voksende områder, hvor domstolene ikke optræder som kontrolinstans, og hvor »gældende ret« derfor mere passende synes at kunne identificeres med den af *myndighederne* »praktiserede« ret. Et andet, og mere principielt kritikpunkt, der allerede er antydet ovenfor, angår teoriens uselvstændige stilling med et gældbegreb, der ensidigt knytter an til de retsanvendende myndigheders praksis. Spørgsmålet om, hvad der skal betragtes som »korrekt« retskildeanvendelse, må til syvende og sidst afgøres ud fra, hvad der generelt er enighed om i det retsvidenskabelige samfund. Gældende ret bliver for så vidt ensbetydende med den af *teorien* anbefalede ret.

I retsteorien afspejler disse forskellige udlægninger af gældbegrebet sig i rækken af *metodelærere*, hvorved især den positivistiske, henholdsvis den hermeneutiske, den realistiske, den polycentriske og den normative metodelære skiller sig ud. Grundsynspunktet med hensyn til opfattelsen af »gældende ret« svarer for disse metodelærers vedkommende ganske nøje til den foranstående opregning af de teoretiske muligheder for anvendelsen af dette begreb. Hver især er disse metodelærere omgærdet af en hel række både deskriptive og normative forestillinger om rettens karakter og retsvidenskabens formål og metoder i snævrere forstand, som jeg ikke skal komme nærmere ind på her. I realiteten må hver af disse teorier forstås i en historisk sammenhæng: De er hver for sig – og hver på sin måde – svar på nogle historisk-specifikke omstændigheder vedrørende det retssystem, som de forsøger at forholde sig til – og få hold på.¹⁸⁷

187. Se med en analyse af Ross' retsteori i en historisk-samfundsmæssig kontekst *Sverre Blandhol* 1999, der ser den af Ross hævdede retsrealisme som et forsvar for velfærdsstatens ret; jfr. med tilslutning *Jørgen Dalberg-Larsen* 2000.782 og *Peter Blume* 2000.88. Se endvidere *Haikki Pihlajamäki* 1997.51 med en analyse af den samfundsmæssige baggrund for retspositivismens fremvækst og videre udvikling i finsk retsvidenskab.

Kapitel 1. Den juridiske metodelæres kalamiteter

Eller sandheden er måske snarere, at de – set i en større teorisammenhæng – må betragtes som mere eller mindre *ureflekterede reaktioner* på samme.

Det er således klart, at en positivistisk retslære afspejler det faktum, at retten i lovens skikkelse har fortrængt retssædvanen som den dominerende retskilde; det er i den situation nærliggende at tillægge lovens relativt præcise bestemmelser forrang for anden ret. Tilsvarende kan den hermeneutiske retsteori ses som en reaktion på den stigende brug af skønsmæssige bestemmelser i regelværkerne; anvendelsen af sådanne bestemmelser kræver indlevelse i de politiske intentioner med vedkommende lovgivning. Den realistiske retsteori har på sin side kun mening i den udstrækning, domstolene – som det har været tilfældet op gennem dette århundrede – hævder en vis friere stilling over for lovens ord og intentioner og på den måde sætter sig selv i centrum.

Med den tiltagende anvendelse af ramme- og bemyndigelseslove, henlæggelsen af administrationen af samme til mere eller mindre uafhængige myndigheder med et eget politisk eller andet særligt legitimationsgrundlag og domstolenes relativt mere tilbagetrukne rolle bliver det ydermere vanskeligt overhovedet at opretholde forestillingen om et vist »center« for retsdannelsen; en polycentrisk metodelære kan synes at måtte være det logiske svar på sådanne udviklingstendenser. Med den øgede kompleksitet for lovgivningen som helhed bliver endvidere teorien en selvstændig faktor i retsdannelsen – det kræver nærmere fordybelse i retssystemets historiske udvikling og aktuelle indretning at forstå, hvordan det hele hænger sammen; en »konsekvent« reaktion på denne erkendelse er at afskrive de deskriptive retsteorier til fordel for en erklæret »normativ« retsteori.

Nået så vidt synes det at måtte erkendes, at den juridiske metodelære har noget, der kunne ligne et »*identitetsproblem*«. I hvert fald forekommer en vis selvrefleksion påkrævet. En metodelære, der blot »reagerer« på de skiftende udviklingstendenser i det retssystem, som er selve genstanden for denne lære, risikerer let at blive et flygtigt redskab i hænderne på de jurister, der som praktikere eller forskere skal benytte den. For så vidt de skiftende metodelærere ikke blot repræsenterer nogle rent deskriptive forestillinger, men også er udtryk for en slags indre, normativ tilslutning til de udviklingstendenser, som de afspejler, er der ligefrem tale om en *idealisering* af selvsamme tilstand. Passiv registrering og idealisering af aktuelle udviklingstendenser i retssystemet erstatter på denne måde teoretisk selvrefleksion og videreudvikling af det teoretiske grundlag for retsdogmatisk analyse.

Det her anførte skal selvsagt ikke gøre det ud for at være en endelig vurdering af de skiftende juridiske metodelærere. En videreudvikling og tilpasning af metodelæren til samfundsmæssige forhold er under alle omstændigheder påkrævet. Der er imidlertid altid en fare for, at denne udvikling sker som en

mere eller mindre ureflekteret reaktion på de skiftende forhold med deraf følgende risiko for, at betydningen af disse forhold overbetones, som når f.eks. retspositivismen vil gøre efterlevelsen af lovens ord og bogstav til et kardinalpunkt for retsteorien. Hovedsagen er, at man er klar over, hvad man gør, og at man kan stå inde for de konsekvenser, som ens valg af metode har, herunder ikke mindst de konsekvenser, som valget kan have for fundamentale værdier i retten som retssikkerhed og retsenhed. Det følgende oplæg til en rekonstruktion af metodelæren kan opfattes som et forsøg på at justere de teoretiske forestillinger om ret og retsanvendelse i lyset af netop disse grundprincipper.¹⁸⁸

188. Fremstillingen modsvarer i nogen grad de tre teorikategorier, som *Peter Blume* udskiller inden for retslæren (Blume 1995.812 (s. 813 ff): »Retsteorien« i snæver forstand (jf. kap. 2), »retssystemteorien« (jf. kap. 3) og »retsvidenskabsteorien« (jfr. kap. 4-7). Det er dog langt fra alle herhenhørende spørgsmål, der tages op i denne fremstilling, idet formålet med samme hovedsagelig er at lægge op til en konfrontation med polycentriteorien.

KAPITEL 2

Retsbegrebet – empirisk og normativt

Som et udgangspunkt for en nærmere refleksion over den juridiske metodelære forekommer det nødvendigt at besinde sig på, hvad der må være retsvidenskabens hovedopgave, nemlig at fremstille retten som en *systematisk og sammenhængende orden* – et retssystem – uanset hvordan dette system i øvrigt – de facto – har udviklet sig. Dette kræver efter min opfattelse først og fremmest, at det empiriske gældbegreb fra Ross' retslære erstattes af et normativt begreb om gældende ret – et begreb, som knytter an til en specifikt normativ forståelse af selve retten. For at opnå et bedre teoretisk grundlag for drøftelsen af dette spørgsmål skal jeg i det følgende skitsere en teoretisk referenceramme for en nærmere bestemmelse af retsbegrebet. Først dog nogle bemærkninger om Ross' eget retsbegreb.

2.1. Retsbegrebet – en foreløbig definition

Alf Ross¹⁸⁹ stiller spørgsmålet: »Hvilke er de normer som retsvidenskaben under navn af 'dansk ret' beskæftiger sig med? Hvorved adskiller de sig fra andre sociale normer, fx. skaknormerne, normer for høflighed og omgang m.m.?« Spørgsmålet besvares – ikke med en definition, men snarere med noget, der ligner en karakteristik af retten, nemlig som »direktiver for *anordning af konkret tvangsudøvelse ved domstolene*«. ¹⁹⁰

Forinden har Ross dog nået at afvise, at spørgsmålet overhovedet har nogen ræson. »'Dansk ret' er navnet på et individuelt sæt af normer, der udgør en meningssammenhæng« og derfor ikke noget, der kan eller skal defineres, men

189. 1966 s. 42.

190. *Ibid.* s. 46. Jfr. med tilslutning hertil *Stuer Lauridsen* 1977 s. 221: »Retten er en tvangsorden, hierarkisk opbygget i et regelsystem«.

Kapitel 2. Retsbegrebet – empirisk og normativt

»påvises«. ¹⁹¹ Standpunktet generaliseres tilsyneladende med en påstand om, at »spørgsmålet om en rimelig definition af begrebet 'ret' ('retssystem') er derfor ikke nogen retsfilosofisk opgave«. ¹⁹² Netop denne tilføjelse gør det uklart, hvad Ross i grunden mener: Er retten altid – per definition – ensbetydende med individuelle sæt af retsnormer, der udgør en meningssammenhæng? Eller er denne karakteristik forbeholdt de konkret eksisterende, nationale (og internationale) retssystemer?

Det kunne se ud, som om Ross forveksler det abstrakte begreb, ret, med de konkret eksisterende retssystemer. ¹⁹³ For så vidt angår de sidstnævnte, er det naturligvis i en vis forstand rigtigt, at opgaven indskrænker sig til at »påvise« deres eksistens. Virkelighedens fænomener skal ikke defineres, men netop påvises. Påvisningen – og herunder afgrænsningen – af samme forudsætter ikke desto mindre et begreb om, hvad ret i det hele taget er. Det er ikke nok at henvise til, at spørgsmålet om, hvad der skal betragtes som *dansk* ret, er indlysende for den praktisk eller teoretisk arbejdende jurist. ¹⁹⁴ Det er det naturligvis i den forstand, at det enkelte konkrete retssystem altid relativt ubesværet lader sig adskille fra hvilke som helst andre konkrete retssystemer: Det er ikke svært at afgøre, hvad der er *dansk* i modsætning til svensk, tysk, fransk, international eller anden konkret eksisterende ret.

Når det kommer til spørgsmålet om, hvad der skal henregnes som dansk (svensk, tysk etc.) *ret*, er det derimod nødvendigt at have et rimeligt entydigt begreb om, hvad ret i det hele taget er som *fænomen* betragtet. Ellers vil man jo i bogstaveligste forstand ikke vide, hvad man taler om. Og fastlæggelsen af dette grundbegreb er oplagt en opgave for retslæren – ja, det må vel overhovedet betragtes som retslærens første – om ikke vigtigste – opgave at definere dette begreb. Det er ganske vist rigtigt, at det sjældent i *praksis* giver anledning til problemer at fastslå, hvad – det vil sige hvilke normer – der skal henregnes til et givet retssystem. Afgrænsningsproblemer kan ikke desto mindre opstå, og da er det i hvert fald en vigtig *teoretisk* opgave at søge sådanne problemer løst; og det kræver som nævnt, at teorien har de fornødne redskaber hertil i form af rimeligt klare og entydige begreber. ^{195 196}

191. *Ibid.* s. 43.

192. *Ibid.* a.st.

193. Se med en lignende kritik af Ross' ejendomsretsbegreb, *Morten Kinander* 2000.16 s. 26f.

194. Sml. *Ross* a.st.

195. Jfr. tilsvarende *Åke Frändberg* 1984 s. 15ff med diskussion af behovet for et særskilt retsbegreb og med konklusionen (s. 29): »Rättsregelbegreppet är juridikens kärnbegrepp i den meningen att praktiskt taget hela den grundläggande juridiska begreppsapparaten är abhängig därav«. Se også *Knud Illum* 1945 s. 43, der understreger, at »et af de vigtigste Spørgsmål indenfor Retslærens centrale Del er en bestemmelse af Rettens Begreb«.

2.1. Retsbegrebet – en foreløbig definition

En definition af retsbegrebet med et analytisk (retsdogmatisk) formål må i hvert fald holdes adskilt fra den brug af begrebet, som man kan finde inden for andre forskningsområder: I en historisk kontekst er det således langt fra indlysende, hvad der skal betragtes som ret. Selve fænomenet ret ændrer – over tid – karakter, og disse ændringer er eller kan være så grundlæggende, at de måske ikke kan rummes inden for et og samme retsbegreb. Tilsvarende støder retsanthropologen i sine studier af fremmede retskulturer på væsensforskellige opfatninger af ret, som vanskeligt kan indordnes under samme begreb.

Sådanne problemer eksisterer ikke i relation til retsdogmatikken. Her knytter interessen sig i stedet til afgrænsningen af retlige modaliteter over for *tilgrænsende fænomener* i form af kompletterende eller krydsende normer af ikke-retlig karakter på områder, der er undergivet retlig regulering. Netop her sættes spørgsmålet om, hvad ret er, på spidsen. I praksis kan det være vanskeligt at drage en skarp skillelinje mellem f.eks. bindende retsfor skrifter, vejledende udtalelser og uformelle adfærdsnormer (skik og brug, etiske normer etc.) på retligt regulerede områder. En præcis grænsedragning i sådanne sammenhænge er ikke blot af teoretisk interesse, men har i høj grad også praktisk – retsdogmatisk – betydning.

Som nævnt ville Ross knytte retsbegrebet til forekomsten af direktiver for anordning af konkret tvangsudøvelse ved domstolene. Denne definition har været kritiseret flere gange i retslitteraturen (jfr. henvisninger nedenfor). Alligevel synes den at ramme noget rigtigt, i hvert fald noget typisk, og jeg skal i det følgende tage mig på at redressere en del af kritikken, men også at tage højde for samme med forslag til visse præciseringer. Inden jeg går nærmere ind på kritikken, vil jeg kort skitsere min egen opfattelse af retsbegrebet.

Ret kan – efter den opfattelse, som jeg vil lægge til grund – defineres som de *pligtenormer*, der gælder for samfundslivet (eller en hvilken som helst del heraf) i den forstand, at de kan *håndhæves tvangsmæssigt* af de i vedkommende samfund etablerede myndigheder *i overensstemmelse med de herom gældende*

Cfr. *P.O. Bolding* 1975.27, der finder, at retsbegrebet bør udgå af det juridiske sprog. Se ligeledes *Stuer Lauridsen* 1977 s. 220f med bemærkning om, at »for en realistisk (positivistisk) betragtning knytter der sig ikke stor interesse til en nærmere definition af selve retsbegrebet« – et standpunkt, som han også selv tilslutter sig. Se endvidere om retsbegrebet *Bjarup og Dalberg-Larsen* 1993 samt *Doublet og Bernt* 1993 s. 24ff, jfr. især s. 24, note 1, med henvisning til *Torstein Ekchoff* (1993) og *Per Augdahl* (1973).

196. Spørgsmålet om *rettens* begreb er specifikt (rets-)teoretisk eller -filosofisk. Cfr. spørgsmålet om, hvad der skal forstås ved retsvidenskabens begreb »*gældende ret*«, som nærmere omtalt nedenfor kap. 4.3. Sammenhængen mellem dette begreb og retsbegrebet er spinkel, og dette forhold kan muligvis – som anført af *Peter Blume* 1995.812 s. 850 – forklare, »at man ofte ser afvisninger indenfor retsvidenskabsteorien af at beskæftige sig med eller angive et retsbegreb«.

Kapitel 2. Retsbegrebet – empirisk og normativt

regler. Definitionen afviger i nuancer fra den af Ross foreslåede »karakteristik«: Der tales om »pligtenormer«, ikke – som hos Ross – om »direktiver«, normerne antages at være gældende for »samfundslivet«, ikke – primært – for domstolene, og der indbygges yderligere en forudsætning om, at tvangshåndhævelsen må ske »i overensstemmelse med de herom gældende regler«, det vil sige straffe- og procesrettens regler.

Lige netop det sidste er måske ikke så afgørende, for så vidt som det blot markerer en helt selvfølgelig forudsætning for, at tvangsmæssig håndhævelse kan finde sted. Tilføjelsen bringer heller ikke nogen cirkularitet ind i definitionen, eftersom det anførte kriterium blot knytter sig som et accessorium til den tvangsmæssige håndhævelse af de for samfundet gældende pligtenormer. Interessen knytter sig derimod til de »overliggende« begreber om pligtenormer og samfundslivet som disse normers »adressat«. Især normbegrebet kræver en nærmere refleksion, end man finder hos Ross. Det er – i realiteten – i dette begreb, at man finder nøglen til en forståelse af rettens »væsen«; og det er gennem den nærmere definition af dette begreb, at grunden lægges for en stillingtagen til centrale retsteoretiske spørgsmål.

2.2. Om retsnormer som pligtenormer

Principielt udtrykker en norm et *aspekt* af en relation i sociale sammenhænge, nemlig den side af relationen, som *forklarer* eksistensen af samme som udtryk for en forventning, et internaliseret adfærdsmønster eller noget andet. Sociale relationer er, kan man sige, normbestemte; men de kan muligvis også være bestemt på anden vis – det afhænger af, hvordan selve normbegrebet defineres, om begrebet gives et mere eller mindre omfattende betydningsindhold.¹⁹⁷

Niels Kristian Sundby (1974 s. 9ff) identificerer normer som sproglige udsagn af et vist indhold, kaldet normative udsagn, der afspejler bestemte holdninger eller forventninger (s. 17). En norm er således hos Sundby per definition et normativt fænomen og dermed ensbetydende med en regel, og han siger ligeud: »Det må være et fejltag at identificere *regelmessigheder* og *regler*« (a.st.).¹⁹⁸ Den citerede antagelse synes at være en konsekvens af det valgte udgangspunkt, opfattelsen af normer som en art *sproglige* størrelser. Med et

197. Se om normbegrebet *Alf Ross* 1968 og *Nils Kristian Sundby* 1974.

198. Jfr. tilsvarende *Ross* 1968 s. 78: »Norms must be intrinsically connected with directives«, og – med tilslutning – *Stuer Lauridsen* 1977 s. 396ff. Dette er jeg, som det vil fremgå, ikke enig i.

2.2. Om retsnormer som pligtenormer

sådant begreb, der ensidigt sammenknytter normer med sprogligt formulerede forventninger, er det udelukket at opfatte normer som et empirisk fænomen.¹⁹⁹

Sociale relationer kan anskues under forskellige *synsvinkler*, svarende til, at der kan stilles forskellige typer af (analytiske) spørgsmål til samme. Én synsvinkel fremhæver relationernes karakter af *regelmæssighed*; synsvinklen er her bestemt af interessen i at forklare relationen som et *empirisk fænomen*. Relationen kan da beskrives som et udtryk for en *social norm*, som udslag af en adfærd, der netop lægges for dagen med en vis regelmæssighed. Heri ligger en – selvvalgt – begrænsning af forskningsobjektet: Kun de regelmæssige adfærdsmønstre tages i betragtning, og kun disse relationer tages som udtryk for eksistensen af en (social) norm. Synsvinklen er således udpræget deskriptiv, eller med et mere præcist udtryk: den er *normdeskriptiv*.

En anden synsvinkel betoner relationernes karakter af *pligter* for de implicerede aktører; synsvinklen er da bestemt af interessen i at forklare relationen som udtryk for et *imperativt fænomen*, og relationen kan ud fra denne synsvinkel beskrives som udtryk for en *pligtenorm*, som udslag af en forventning om, at normsjektet indretter sin adfærd efter en given standard. Heri ligger da en anden begrænsning af forskningsobjektet: Kun de mere eller mindre udtalte forventninger om en vis adfærd tages i betragtning, og kun de således bestemte relationer tages som udtryk for eksistensen af en (pligt-)norm. Denne synsvinkel er – i modsætning til den førstnævnte – udpræget normativ eller med et andet udtryk: *normekspressiv*.

Et lille eksempel kan illustrere forskellen i sprogbrugen: Hvis man vil påstå, at der foreligger en norm, hvorefter »bilister kører hensynsfuldt på de små villaveje«, kan dette udsagn tages som udtryk for ét af to, nemlig *enten* som en påstand om, at der foreligger en pligtenorm, som bilisterne indretter sig efter, *eller* blot som en påstand om, at der blot foreligger et vist regelmæssigt adfærdsmønster fra bilisternes side, uden at der hermed er taget stilling til baggrunden for samme. Nu kan det måske være lidt svært at forestille sig et adfærdsmønster af denne karakter, uden at der netop foreligger en (foreskrevet eller internaliseret) pligtenorm. Hvis påstanden ændres til, »at bilisterne kører hensynsløst på de små villaveje«, er der derimod ingen tvivl om, at det vil være mest nærliggende at opfatte påstanden som et udtryk for en konstatering af noget faktisk (ikke-pligtsmæssigt) – en vane, kunne man sige, eller måske mere præcist: en *uvane*. Med Sundbys normbegreb ville man være nødsaget til at

199. Cfr. hertil *Poul Meyer* 1962 s. 22ff med en sondring mellem *sociale* normer, svarende til de regelbundne adfærdsmønstre, der kan iagttages, og *retsnormer*, som er normer, der kan håndhæves af domstolene.

Kapitel 2. Retsbegrebet – empirisk og normativt

betragte et sådant adfærdsmønster som et udtryk for almindelig normløshed – det er formentlig utænkeligt, at bilisternes uvane ligefrem skulle være forbundet med en følelse af forpligtelse; men sprogligt set er der intet til hinder for at opfatte bilisternes adfærd som udtryk for en »norm«.

Det må understreges, at der er tale om to forskellige synsvinkler og dermed om to forskellige varianter af samme begreb. Det betyder, at det, der her kaldes henholdsvis sociale normer og pligtenormer, ikke udgør to delmængder af samme fænomen. Det er ikke forskellige normtyper, der tales om, men slet og ret forskellige *begreber* om, hvad en norm i det hele taget er eller kan være. Sådanne begreber må ikke – lige så lidt som de underliggende synsvinkler – sammenblandes. De forskellige aspekter udelukker principielt hinanden.²⁰⁰

Det betyder ikke, at der ikke kan anlægges forskellige synsvinkler på et og samme genstandsområde. Det er jo netop, hvad der kendetegner tværvidenskabelige bestræbelser. Hovedsagen er blot, at man ved, hvad man gør. Ofte fører en sammenblanding af forskellige synsvinkler til uløselige problemstillinger og misvisende resultater. Da sådanne mislykkede bestræbelser netop udspringer af en manglende bearbejdelse af de grundlæggende begreber, kan de være nok så svære at få øje på, hvorfor diskussionerne om de herpå grundede teoretiske antagelser kan fortsætte ad infinitum. Debatten om den såkaldte grundnorm er formentlig, som jeg senere skal vende tilbage til, et eksempel herpå.²⁰¹

På dette sted er det imidlertid nødvendigt at foretage et *valg* mellem de ovennævnte principielle synsvinkler. Det må præciseres, ud fra hvilken synsvinkel normbegrebet ønskes fastlagt. Svaret på dette spørgsmål må bero på karakteren af den videnskab, som man ønsker at bedrive: Om den skal være empirisk, normdeskriptiv *eller* imperativ, normekspressiv med andre ord. Henvielse til, at normbegrebet skal benyttes i en *retsvidenskabelig* sammenhæng, giver ikke nødvendigvis noget svar på dette spørgsmål, men henskyder blot besvarelsen af samme til en nærmere afklaring af, hvad retsvidenskab i det hele taget er eller rettere, hvilken slags retsvidenskab man ønsker at bedrive.

Retsvidenskab kan som bekendt opfattes på flere måder. I hvert fald to grundopfattelser skiller sig her ud: Retsvidenskab kan opfattes – snævert – som

200. Cfr. Alf Ross 1968 s. 82: »A norm is to be defined as a directive which corresponds in a particular way to certain social facts«; Ross (s. 83) lægger herved vægt på, at »in the majority of cases the pattern of behavior presented in the directive is followed by the members of the society«; yderligere forudsætter Ross (a.st.), at normen følges »with the consciousness of following a rule and being bound to do so«. Med denne definition bliver normer – som også tilsigtes af Ross (s. 82) – ensbetydende med gældende retsregler (»law and convention«) – altså en sammenblanding af begreberne norm og ret, henholdsvis af ret og gældende ret.

201. Se nedenfor kap. 7.4.

2.2. Om retsnormer som pligtenormer

en videnskab, der er kendetegnet af sin *problemstilling* med dertil hørende metode, den såkaldte juridiske metode, der skal give svar på, hvad der til enhver tid kan betragtes som »gældende ret«; det er, hvad man sædvanligvis forstår ved »retsdogmatik«. Eller retsvidenskab kan – mere bredt – opfattes som en videnskab, der beskæftiger sig med retlige fænomener af enhver art; altså en afgrænsning ud fra retsvidenskabens *genstandsfelt*, hvorved også andre synsvinkler end den traditionelle dogmatiske, såsom navnlig historiske, sociologiske og (rets-)politiske synsvinkler, vil kunne inddrages.²⁰²

I førstnævnte tilfælde, hvor den retsvidenskabelige bestræbelse er normekspressiv, må valget klart falde på det imperative normbegreb. I sidstnævnte tilfælde må bestræbelserne udvides med normdeskriptive analyser, der som sådan nødvendiggør anvendelse af et empirisk normbegreb. I den *her* foreliggende sammenhæng, hvor det er hensigten at bidrage til en videreudvikling af den såkaldte juridiske metode, må der således tages udgangspunkt i et imperativt normbegreb, det vil sige i opfattelsen af normer som *pligtenormer*.

Den teoretiske udfordring består da i at udskille *kategorien retsnormer* fra andre tænkelige pligtenormer. Hertil kræves en nærmere fastlæggelse af begrebet »pligtenorm«. Begrebet er allerede ovenfor *defineret* som de (normative) forventninger, der knytter sig til et givet sagsforhold, og som efter deres indhold går ud på at foreskrive en vis adfærd. Pligtenormer i denne forstand kan da nærmere *karaktiseres* med hensyn til såvel grundlaget for som effekten og indholdet af samme, svarende til at en pligtenorm kan analyseres med hensyn til dens *udspring, handlingstema og anvendelsesområde*.

De omhandlede forventninger kan således støtte sig på fastsatte regler, sædvaner eller traditioner, en indre tilskyndelse eller følelse af forpligtethed, tillærte færdigheder ved løsningen af givne problemer etc. (normgrundlaget). Forventningerne kan endvidere konkret manifestere sig som enten forbud, påbud eller tilladelser, der udtrykkeligt fraviger et forbud eller et påbud (normeffekten). Og forventningerne kan endelig rette sig mod bestemte forhold i samfundet, mod de funktioner som samfundets institutioner skal varetage, og/eller mod de procedurer, der herved skal finde anvendelse (normindholdet).

Med dette begreb som udgangspunkt skal der nu ses nærmere på den kategori af pligtenormer, der kan betegnes som *retsnormer*. Den definatoriske bestemmelse af, hvad der konstituerer en retsnorm, er samtidig ensbetydende med en afgrænsning af selve *retsbegrebet*. Fastlæggelsen af dette begreb er som nævnt bestemt af retsvidenskabens normekspressive formål. Det er derfor ikke nogen almen definition af begrebet ret eller retsnorm, der sigtes mod, men netop en

202. Sml. Hans Petter Graver 1994.561.

Kapitel 2. Retsbegrebet – empirisk og normativt

specifik formålsbestemt definition, en begrebsfastlæggelse med *retsdogmatiske* formål om man vil.²⁰³

2.3. Retsregler og retlige metanormer

Pligtnormer er – per definition – *bindende* for normens adressat (normsubjektet). Pligtmodaliteterne: forbud, påbud og tilladelser, er – som *Niels Kristian Sundby*²⁰⁴ bemærker – »dikotomiske, ikke graduelle«. Heri ligger imidlertid ingen forudsætninger med hensyn til *omfanget* af den pågældende pligt: Om pligten omfatter en specificeret adfærdsregel eller blot, at der skal tages hensyn til visse forhold. Ej heller ligger der i pligtbegrebet nogen forudsætning om, at normbrud kan *sanktioneres*. Bindingen kan være af forskellig karakter, afhængig af hvilken slags pligtnormer der er tale om, og spørgsmålet om sanktionering – og formen for sanktionering – af normbrud kan heller ikke besvares uden nærmere kendskab til normtypen.

Det for retsnormerne særlige – definitoriske – kendetegn er imidlertid, at disse normer ikke blot er bindende, men netop også *retligt bindende* i den forstand, at deres overtrædelse konstituerer et retligt ansvar for vedkommende person eller myndighed, og at håndhævelsen af samme herved kan ske tvangsmæssigt ved dertil kompetente myndigheder og i overensstemmelse med herom gældende straffe- og procedureregler. Med dette kendetegn, som altså ganske svarer til Ross' retsbegreb, adskiller retsnormerne sig fra alle andre pligtnormer, hvor brud på samme måske nok kan sanktioneres på en eller anden måde, men aldrig gennem et for samfundet som helhed etableret magtapparat.

Der findes mange normer, der kan håndhæves på den ene eller den anden måde, herunder eventuelt også tvangsmæssigt; men det er kun retsnormer, hvis efterlevelse kan gennemtvinges af det *magtapparat*, som de offentlige myndigheder udgør, og hvis håndhævelse i yderste fald kan ske ved anvendelse af fysisk tvang som anordnet af domstolene i henhold til de for samfundet som helhed gældende straffe- og procesregler. Netop dette moment adskiller disse normer fra andre lignende pligtnormer såsom f.eks. etiske normer, moralnormer, ceremonielle regler etc., hvis tilsidesættelse måske nok kan sanktioneres,

203. Se med en tilsvarende intention, *Frändberg* 1984 s. 31: »Begreppsbestämningen skall fånga den specifikt juridiska användningen av rättsregelbegreppet, inte den användning begreppet kan ha i rättsvetenskapliga framställningar av exempelvis sociologisk eller psykologisk natur«. Cfr. *Theodor Geiger* 1947 med insisteren på, at en moderne videnskabelig retstænkning nødvendigvis må være sociologisk orienteret, jfr. herom nærmere *Dalberg-Larsen* 1994.35 s. 38ff.

204. 1974 s. 61.

2.3. Retsregler og retlige metanormer

f.eks. med kritik, udelukkelse fra »det gode selskab« o. lign, men altså netop ikke gennem de af samfundet anerkendte kanaler og procedurer.²⁰⁵

Håndhævelseskriteriet indebærer en afgrænsning over for normer, der vel betegner sig selv som retlige, f.eks. som bestemmelser i en lov, men som ikke desto mindre må frakendes karakteren af retsnormer, fordi de ikke – som *lex imperfecta* – er sanktionerede. En betegnelse som »symbolske retsnormer« kunne måske være nærliggende at benytte om denne slags normer, men er alligevel misvisende – en *contradictio in adjectio* så at sige: En retsnorm kan – per definition – ikke være »symbolsk«. Som et udtryk fra dagligtalens sprogbrug fanger det dog meget præcist, hvad der er tale om: En lovgivning, som man ikke ønsker skal få nogen konsekvenser.²⁰⁶

Derimod ligger der ikke i forudsætningen om, at en retsnorm – som pligt-norm – er bindende, nogen andre, hverken form- eller indholdsmæssige, begrænsninger med hensyn til, hvad der skal betragtes som retsnormer.²⁰⁷ Begrebet er som sådan omfattende. At pligter undertiden også kan omskrives til *rettigheder*, er således velkendt i den retsteoretiske litteratur.²⁰⁸ Af større principiel interesse er imidlertid hele det umådelige materiale, der ikke i sig selv har karakter af retligt bindende normer, som direkte specificerer en ønsket adfærd, men som meget vel kan have – retlig – betydning for den nærmere fastlæggelse af sådanne normer, f.eks. domskommentarer, lovforarbejder, politiske »signa-

205. Cfr. *Svend Gram Jensen* 1998 s. 48, som mener, at »juraen kan overlade pligtbegrebet til moralfilosofien«; begrundelsen er, at retsnormer, af hvilken art de end måtte være, altid kan omskrives til normer, der er forbundet med et retligt *ansvar*, og at pligtbegrebet i den sammenhæng blot er et overflødigt mellembegreb (s. 50f). Gram Jensen giver imidlertid ikke herved nogen *definition* på, hvad en retsnorm er, men indskrænker sig til at angive retsnormens ydre fremtrædelsesformer (forbud, påbud og tilladelser mv. i relation til henholdsvis forholds- og kompetencenormer), og i så fald er det naturligvis trivielt at anføre, at disse retsformer konstituerer pligter. Det er den modsatte følgeslutning, der er interessant: At pligter – i form af forbud, påbud og tilladelser – kan fremstå som retsnormer, nemlig i det omfang de kan håndhæves tvangsmæssigt. I den sammenhæng er det ansvarsbegrebet, der fremtræder som et nærmest overflødigt mellembegreb.

206. *Sundby* 1974 s. 60 nævner den norske hushjelplov som et klassisk eksempel på en *lex imperfecta*, hvor arbejdsgivere pålægges pligter, der ikke modsvares af nogen muligheder for at sanktionere normbrud med krav om erstatning eller straf; se nærmere om denne lov *Vilhelm Aubert* 1968 s. 12ff. Cfr. til sammenligning retssociologiens brug af udtrykket »symbollovgivning« om en lov, der – grundet ydre omstændigheder, såsom manglende information, indgroede vaner, repressive adfærdsformer el. lign. – ikke får de praktiske virkninger, som loven giver løfte om, og som det måske heller ikke har været meningen, at den skulle få (*Dalberg-Larsen* 1999 s. 142).

207. Sml. diskussionen nedenfor kap. 4.3 om moralforestillinger som mulig korrektionsfaktor ved fastlæggelse af »gældende ret«.

208. Se f.eks. *Stuer Lauridsen* 1992 s. 170ff, især s. 175ff og *Gram Jensen* 1998 s. 42f.

Kapitel 2. Retsbegrebet – empirisk og normativt

ler«, vejledende forskrifter, god forvaltningsskik, handelskutymmer etc.; altså alt det, jurister normalt henregner som *retskilder*.

I det omfang sådant materiale – efter de for sædvanlig retsanvendelse og retsanalyse gældende juridiske professionsnormer – kan inddrages som retligt relevant ved fastlæggelsen af (egentlige) retsnormer, må det – med det her anvendte retsbegreb – betragtes som en del af retssystemet. At en norm er »bindende«, betyder ikke andet, end at den som anført kan håndhæves tvangsmæssigt. Vejledende regler eller »retningslinjer« i form af direktiver og udtalelser, rekommandationer, henstillinger og råd m.v. kan naturligvis ikke håndhæves direkte; men det betyder ikke, at et sådant materiale er retligt irrelevant.

Regler, der beskriver sig selv som »vejledende«, indgår på linje med andre lignende retskildefaktorer, som de retsanvendende myndigheder efter omstændighederne kan være forpligtet til at tage *hensyn* til, omend ikke uden videre til at *følge*. En sådan forpligtelse gælder både i forhold til borgerne og i relation til de myndigheder, der skal administrere reglerne. Forpligtelsen kan da i sidstnævnte tilfælde siges at udspringe af en (juridisk) *professionsnorm*, og tilsidesættelsen af denne norm kan sanktioneres retligt med kritik af vedkommende myndighed, med underkendelse af dens afgørelser og i yderste fald med afskedigelse af den ansvarlige myndighedsperson.²⁰⁹

Ganske tilsvarende gælder i forhold til de mange normer, der fremstår som »principper«, »grundsætninger«, »retningslinjer« eller lignende, og som enten har direkte støtte i lovbestemmelser, eller som kan udledes af »forholdets natur« og derpå støttet retspraksis. Sådanne retlige *argumentationsfigurer* udgør ikke en del af retskildematerialet i snæver forstand, men må betragtes som normer for udlægning og fortolkning af retskilderne og altså dermed som en art – retlige – *metanormer*. Som sådan indgår også disse normer som en – væsentlig – bestanddel af retssystemet.²¹⁰

209. Netop denne forskel med hensyn til de retlige virkninger af en retsnorm (om den skal følges, eller om der blot skal tages hensyn til den) benyttes af Sundby som grundlag for en sontring mellem »regler« og »retningslinjer« (Sundby 1974 s.190ff). Retningslinjer defineres her som pligtormer, som »nøyer sig med å være en viss pekepinn for avgjørelsens innhold« (s. 198). Normer vedrørende retskilder og retlig argumentation angives som hovedeksempler på retningslinjer (s. 199), og begrebet minder i den henseende om Dworkins sontring mellem »rules« og »principles« (Dworkin 1968); cfr. nedenfor kap. 7.1 med en anden brug af begrebet »retningslinjer«. Se med kritik af Sundbys (og Dworkins) snævre retsbegreb Frändberg 1984.41f.

210. Jfr. hertil diskussionen nedenfor, kap. 3.3, om de juridiske metanormers retlige status. Se endvidere om forholdet mellem retskilder og retlige argumentationsfigurer kap. 6.1.

2.4. Materielle og formelle aspekter

Det skitserede rets(norm)begreb ligner som anført til forveksling Ross' begreb om ret og retsnormer. Dette gælder også med hensyn til spørgsmålet om *normindholdet*. Med det her anvendte retsnormbegreb tages der ikke nogen forbehold med hensyn til indholdet af en retsnorm. Såvel normer, der direkte foreskriver en ønsket adfærd, som normer, der kun indirekte har betydning herfor, omfattes af det her anvendte retsnormbegreb. Sondringen mellem på den ene side forholds- eller handlingsnormer og på den anden side kompetence- og procedurenormer, er måske nok relevant for en nærmere karakteristik af retsnormerne, men den har ingen betydning for afgrænsningen af selve retsbegrebet. Også kompetence- og procedurenormer må betragtes som retsnormer.²¹¹

Ross lægger vægt på, at retsnormerne i alle tilfælde *retter sig til myndighederne*, i sidste ende domstolene.²¹² Selv finder jeg det mere naturligt at opfatte dem som det, de er, bedømt ud fra deres eget indhold, nemlig som normer, der *gælder for samfundslivet*. Dermed holdes det åbent, om normerne – som de såkaldte forholds- eller handlingsnormer – retter sig til borgerne, eller om de – som det typisk er tilfældet med kompetence- og procedurenormer – retter sig til myndighederne. Det er vel korrekt, at retsbegrebet med denne afgrænsning knyttes nært til *statsbegrebet*. En pligtorm, der kan håndhæves af domstolene, vil i praksis i de fleste tilfælde netop være en regel, der er fastlagt ved lov eller i henhold til lov. I *samme* retning peger forudsætningen om, at normbrud

211. Sml. *Ross* (1966 s. 45), der henregner kompetencenormer som indirekte pligtormer eller direktiver: »De er direktiver om, at sådanne direktiver, der bliver til i overensstemmelse med en angiven fremgangsmåde skal agtes som forholdsnormer«. Efter min opfattelse er dette en noget kunstig – omend ikke nødvendigvis forkert – betragtningsmåde. Andetsteds (s. 251) karakteriserer Ross disse normer som et »handlemønster der må følges som betingelse for at tilvejebringe gyldige direktiver«. Denne sidstnævnte udlægning forekommer mere træffende, jfr. til spørgsmålet *Gram Jensen* 1998 s. 35ff. Cfr. *Sundby* 1974 s. 24ff, der udskiller »kvalifikationsnormer«, herunder kompetencenormer, som en særlig normkategori på linje med »pligtormer«, idet disse to normtyper defineres som komplementære varianter af normbegrebet (jfr. især s. 78). Til begrebet kvalifikationsnormer henregnes såvel kompetencenormer som alle andre normer, der fastlægger betingelser for, hvordan pligtormer kan opstå, bl.a. normer for retlig argumentation (s. 81). Terminologien er senere overtaget af Tore Strömberg, jfr. herom nærmere *Gram Jensen* 1993 s. 35 med henvisninger. *Stuer Lauridsen* 1992 s. 170 afskriver sondringen mellem kvalifikationsnormer og kompetencenormer som begrebsmæssig irrelevant; se endvidere *samme* 1977 s. 401ff med en gennemgang af Sundbys normteori.

212. *op. cit.* s. 46.

Kapitel 2. Retsbegrebet – empirisk og normativt

sanktioneres i henhold til straffe- og procesrettens regler, der under alle omstændigheder må være fastlagt ved lov.²¹³

Der er på den anden side ikke nogen entydig sammenhæng mellem retsbegrebet og statsbegrebet. Der ligger ikke i den her udviklede definition på en retsnorm nogen forudsætning om, at retsnormer nødvendigvis skal være fastsat ved lov. Også *sædvaner*, der af domstolene antages som retligt forpligtende *rets-sædvaner*, er retsnormer²¹⁴ i denne forstand. Tilsvarende gælder normer, der fastsættes af private parter, hvis disse normer dog – som det er tilfældet med f.eks. *handelskutymen* og *kollektive overenskomster* på arbejdsmarkedet – kan sanktioneres ved et offentligt magtapparat.

Derimod må det være klart, at retsbegrebet, som det her afgrænses, ikke inkluderer uformelle normer på områder, der er undergivet retlig regulering, det som nogen kalder »*informel ret*«. ²¹⁵ Sådanne normer kan naturligvis analyseres både som (empiriske) sociale normer og som (imperative) pligtnormer, men selve den omstændighed, at de kan opfattes som pligtnormer, gør dem ikke til retsnormer i den forstand, som jeg her foretrækker at benytte dette begreb. Heller ikke selv om de kan sanktioneres ved disciplinære foranstaltninger, når det dog er klart, at de ikke kan håndhæves gennem det af samfundet etablerede (officielle) magtapparat.²¹⁶

Det skal ikke skjules, at der i enhver begrebsafgrænsning ligger et *valg* med hensyn til, hvilken del af virkelighedens verden man ønsker at beskæftige sig med. Det gælder også retsbegrebet, hvor den her antagne afgrænsning inde-

213. Se for en kritik af denne statstilknnytning *Hans Petter Graver* 1992.133 med henvisning til bl.a. polycentriteorien (s. 141f); se endvidere *Dalberg-Larsen* 1994 s. 56 og s. 96 med henvisning til retspluralismens kritik af en »statsfikseret retsideologi«. Denne kritik drøftes nærmere nedenfor i kap. 6.2.

214. Men ikke nødvendigvis »retskilder«, jfr. nedenfor kap. 6.1 med diskussion af retssædvanens status som retskilde eller fortolkningsfaktor.

215. Således *Hanne Petersen* 1991 s. 65, der nærmere definerer »informel ret« som normer, der dannes i, hvad der betegnes som semi-autonome områder i samfundet, og som dermed ligger uden for eller på siden af de statsligt fastsatte regelværker. Sml. de af *Dalberg-Larsen* 1994 s. 62 omtalte former for informel ret, som andre retspluralister har introduceret: »Private Government« (Stewart Macauley 1986) og »Private Justice« (Stuart Henry 1983).

216. Se med kritik af Hanne Petersens ovennævnte retsbegreb *Ole Krarup* 1992.113 (s. 118), jfr. ligeledes *Peter Blume* 1994.369 (s. 373) og *samme* 1995.812 (s. 818f), her med bemærkning om, at retsvidenskabens med et udvidet retsbegreb vil komme til at »kolonisere områder, der retteligt og bedre behandles af andre teori retninger« (s. 819). Med et bredere retsbegreb bliver det nemmere at argumentere for berettigelsen af et pluralistisk aspekt i retsteorien, men – som *Dalberg-Larsen* 1994 s. 62 bemærker – »at bevise sine påstande gennem indførelse af nye definitioner af de begreber, der indgår i påstanden, har dog aldrig været god latin«.

2.4. Materielle og formelle aspekter

bærer et helt bevidst *fravalg* af bl.a. de ovennævnte informelle, såkaldte retsnormer. Afgrænsningen over for disse normer kan da tages som et udtryk for, at jeg generelt finder det ufrugtbart og lidet meningsfuldt – i retsdogmatisk øjemed – at behandle disse normer som retsnormer. Dels vil de informelle normer ofte gå på tværs af den etablerede retsorden, hvorfor deres antagelse som retsnormer ville bryde med forudsætningen om retssystemet som et enhedssystem,²¹⁷ og dels er det vanskeligt at se, hvilket praktisk udbytte man kunne opnå ved at applicere juridisk metode på analysen af disse normer.²¹⁸

Det betyder ikke, at en sondring mellem »formel« og »uformel« ret generelt er ufrugtbart i retsvidenskabelig sammenhæng. Sondringen kan f.eks. være egnet som grundlag for *retssociologiske* analyser af forholdet mellem forskellige typer af virkemidler. Studiet af krydsende formelle og informelle normer kan endvidere danne udgangspunkt for *retspolitiske* overvejelser om hensigtsmæssigheden af den etablerede retsorden. I øvrigt må det heller ikke overses, at informelle normer efter omstændighederne kan »transformeres« til retsnormer gennem udvikling af en egentlig retssædvane, ligesom det heller ikke kan udelukkes, at de kan få betydning i forbindelse med fortolkningen af konkrete retsnormer. Studiet af informelle normer kan dermed også – undtagelsesvis – have interesse i en *retsdogmatisk* sammenhæng.²¹⁹

217. Jfr. herom nedenfor, kap. 3.1.

218. Se hertil *Dalberg-Larsen* 1994, der selv eksplicit afviser karakteristikken af de omhandlede uformelle normer som retlige (s. 110ff, 116, 125); jfr. især omtalen (s. 112f) af Hanne Petersens såkaldte »hensynsnorm« som en samlebetegnelse for en række reelt fungerende normer på visse kvindearbejdspladser (*Hanne Petersen* 1991): »Disse normer« – siger Dalberg-Larsen her (s. 113) – »mangler de karakteristika, som man også rent arbejdsretligt forbinder med retsregler. De er således ikke identiske med den anerkendte retskilde: arbejdsretlige kutymen«. Se endvidere – med tilslutning til Dalberg-Larsens principielle standpunkt – *Peter Blume* 1994.369 (s. 372f).

219. Sml. *Dalberg-Larsen* 1994, der (s. 110f) placerer disse normer som en mulig fortolkningsfaktor, men som yderligere (s. 126) slår til lyd for »en udvidelse eller opprioritering af nogle af de juridiske relevanskriterier«, bl.a. med henblik på »inddragelse af og hensyntagen til de på området eksisterende uformelle normer«. Se hertil nærmere nedenfor – med kritik af standpunktet – kap. 7.3.

KAPITEL 3

Retsvidenskaben og dens »almene lærer«

3.1. Retssystemet og dets grundelementer

Når man én gang har fået afgrænset begrebet retsnorm, kan man begynde at se nærmere på det fænomen, som retsnormerne udgør. Herom skal det for det første gøres gældende, at de til et givet samfund hørende retsnormer – under alle forhold – kan siges at udgøre et *retssystem*. Der ligger ikke i anvendelsen af dette begreb nogen forudsætning om, at de konkrete retsnormer nødvendigvis hænger sammen – allesammen. Men der ligger heri en påstand om, at systembegrebet i en analytisk sammenhæng er et frugtbart begreb. Det skyldes helt enkelt den i enhver konkret retsorden iboende forudsætning om, at retsreglerne rent faktisk hænger sammen – eller i hvert fald ikke modarbejder hinanden.²²⁰

Man kan sige, at udgangspunktet for al juridisk analyse – dybest set – er en *hypotese* om, at det konkrete retssystem udgør en *enhed*, at systemets enkelte normer er i indbyrdes harmoni, og at den konkrete analytiske opgave derfor går ud på at præcisere indholdet af de enkelte retsnormer ud fra ideen om retsenhed og herunder rydde eventuelle disharmonier i retssystemet bort ved en fortolkning af retsstoffet, der bringer reglerne i harmoni med hinanden og – ikke mindst – med de grundlæggende værdier, som til enhver tid kendetegner vedkommende retssystem.^{221 222}

220. Se for en konsekvent anvendelse af systembegrebet til beskrivelse af retssystemet *Eckhoff og Sundby* 1976/1991.

221. Jfr. herom nærmere *Stuer Lauridsen* 1992 s. 127ff.

222. Enhedspostulatet drøftes nærmere nedenfor i kap. 6.2; her skal blot knyttes nogle enkelte bemærkninger til postulatets logiske status.

Kapitel 3. Retsvidenskaben og dens »almene lærer«

Alexander Peczenik²²³ antager til sammenligning, at »rättssystemets enhet är den klassiska rättsvetenskapens (rättsdogmatikkens) grundantaganda, av samme slags som kausalitetsantagandet i naturvetenskap. Sådana antagandar kan varken bevisas eller motbevisas inom den ifrågavaranda vetenskapen. De tas för givna och bestimmar (definerar) vad som menas med dette slags vetenskap«.

Denne karakteristik er både rigtig og forkert: Sammenligningen med naturvidenskabernes kausalitetsantagelse er i hvert fald ikke træffende. Samfundsvidenskaberne opererer ikke med naturlove, og i dele af naturvidenskaberne har kausalitetsantagelsen knap nok gyldighed. For en samfunds- og retsvidenskabelig betragtning er det derimod afgørende at operere med nogle kriterier eller »fix-punkter«, ud fra hvilke det kan bestemmes, om et givet system befinder sig i, hvad der med en systemteoretisk sprogbrug kan kaldes *ligevægt*.

Retten enhed er et sådant kriterium for, om et konkret retssystem befinder sig i ligevægt. I den forstand er det rigtigt, som Peczenik antager, at spørgsmålet om retten enhed ikke er et bevismæssigt anliggende. Den faktiske grad af enhed i et konkret retssystem er derimod selve kriteriet for, om det overhovedet eksisterer som system. Som sådant svarer dette kriterium til den definitoriske fastlæggelse af 37°C som den normale/optimale temperatur for den menneskelige organisme.

Den konkrete påvisning af eventuelle opløsningstendenser i et retssystem er derfor heller ikke ensbetydende med, at spørgsmålet om retten enhed som sådant mister sin betydning.²²⁴ Tværtimod bliver det for en normativ betragtning så meget desto vigtigere at genskabe systemets ligevægt, dvs. retablere retsenheden. Selve kriteriet står som sådant ikke til diskussion.

Hvad der derimod kan diskuteres er, på hvilken *måde* retsenheden konkret skal realiseres. Svaret på dette spørgsmål afhænger af den valgte synsvinkel. For en retssociologisk synsvinkel kan det være et spørgsmål om at afdække eventuelle blokeringer i og uden for retssystemet, som hæmmer enheden. For en retspolitisk betragtning bliver det videre et spørgsmål om valg af retsform, mens den retsdogmatiske opgave i så henseende indskrænker sig til ved fortolkning at bringe eventuelle inkonsistenser ud af verden.

Til dette analytiske formål har retsanvenderen brug for et begrebsapparat, der tillader en analyse af retsordenen i enkeltheder. Det analytiske udgangspunkt er her traditionelt en sontring mellem retskilder og retsregler, der kan opfattes som to sider af samme sag, som henholdsvis grundlaget og endemålet for den

223. 1992.582.

224. Cfr. tilsyneladende *Dalberg-Larsen* 1994 s. 85, note 156, i en kommentar til Peczeniks ovennævnte postulat.

3.2. Retsvidenskabens teknik og metode

juridiske analyse. Hertil føjer sig de normer, der gælder for bearbejdelsen af retsstoffet eller retskilderne, den retlige argumentation.

Disse tre retlige fænomener udgør så at sige *retssystemets grundelementer*, selv om de altså ret beset blot udgør forskellige aspekter af dette system. Retsystemet kan på denne måde, som allerede indledningsvis anført, opfattes som et system bestående af tre delsystemer: 1) Et system af retsregler – det man forstår ved den etablerede »retsorden«, 2) et system af retskilder, som udgør grundlaget for den etablerede retsorden, og 3) et system af normer for retlig argumentation – bindeleddet mellem retsregler og retskilder. Disse delsystemer skal nu søges nærmere defineret og afgrænset i forhold til hinanden.

En *retsregel* kan defineres som et udsagn om, hvad der for en given konkret situation skal betragtes som korrekt/lovlig eller ukorrekt/ulovlig adfærd. Heroverfor kan en *retskilde* defineres som det konkrete materiale af retlig karakter, som danner grundlag for fremsættelse af påstande om korrekt/ukorrekt adfærd. *Retlig argumentation* kan da endelig defineres som den argumentation, der finder anvendelse i forbindelse med afgørelsen af konkrete – aktuelle eller hypotetiske – retsspørgsmål, det vil sige spørgsmål om, hvad der retligt set skal betragtes som korrekt/ukorrekt adfærd.

Under en videnskabelig synsvinkel fremstår påstande om, hvilke retsregler der gælder, som antagelser om de sammenhænge, der må antages at gælde mellem en konkret – aktuel eller hypotetisk – situation og et vist retskildemæssigt materiale. Eller anderledes udtrykt: Som hypoteser om, hvordan en given situation – en handling eller en undladelse – skal bedømmes retligt. Påstanden er kontrafaktisk af typen: »Hvis (faktum), så (jus)«. Faktum og jus forholder sig dermed til hinanden som *årsag og virkning* i en traditionel positivistisk terminologi.

Gyldigheden af sådanne teorier beror på, om de er i overensstemmelse med de for udfindelsen og anvendelsen af eksisterende retskilder gældende normer, det vil sige normerne for hvad der skal betragtes som relevante retskilder og bæredygtige retlige argumenter.²²⁵

3.2. Retsvidenskabens teknik og metode

Sondringen mellem retskilder og retlig argumentation leder tanken hen på videnskabsteoriens almene begreber: *teknik og metode*.²²⁶ For enhver videnskab kan der siges at gælde et sæt af normer for indhentelse af oplysninger om

225. Jfr. nærmere nedenfor kap. 5.3 om den såkaldte kohærenslære.

226. Se om disse begreber *Poul Meyer* 1962 s. 36ff.

relevante data henholdsvis for bearbejdelsen af samme med givne analytiske formål. Disse to processer betegner henholdsvis den teknik og den metode, der finder anvendelse, og kriteriet for videnskabelighed er da netop, at de normer, der gælder i de respektive henseender, følges i det analytiske arbejde.

At sådanne normer kan eftervises for enhver given videnskab, er uomtvisteligt al den stund, at det ikke er muligt at drive videnskab uden brug af en vis indarbejdet teknik og metode. Noget andet er, at der ofte knytter sig betydelig usikkerhed til indholdet af disse normer, bl.a. fordi normerne selv er i fortsat udvikling og forandring. Forskningsteknikker forbedres og metoder tillempes ændringer af den virkelighed, der er forskningens genstand.

Hvor retsreglerne således udgør resultatet af den juridiske analyse, kan retskilderne fremstilles som det informationsmateriale, der udgør »råstoffet« i analysen,²²⁷ mens den retlige argumentation fremstår som bindeleddet mellem retsregler og retskilder, og dermed som selve kernen i det retsdogmatiske analysearbejde. I overensstemmelse hermed kan der da udskilles tre elementer i den juridiske analyse: 1) Selve informationssøgningen, dvs. udfindelsen af de såkaldte retskilder, der udgør det tekniske element i analysen, 2) bearbejdelsen af samme gennem en retlig argumentation for et givet resultat med hensyn til, hvad der konkret skal opfattes som gældende ret – det er det metodiske element i analysen, og endelig 3) fremsættelsen af påstande om gældende ret, der fremstår som det (rets-)teoretiske element i analysen, og som eventuelt kan give anledning til videregående overvejelser af retspolitisk art. De tre elementer betegnes i det følgende som henholdsvis den juridiske teknik, den juridiske metode og retsteorien (i snæver forstand).

Retsteorien er konkret udtryk for de herskende forestillinger om, hvad der skal antages som (gældende) retsregler – det, der også med et mere prægnant udtryk kaldes for »doktrinen«. På det almene plan er retsteorien ensbetydende med spørgsmålet om, hvad der overhovedet skal betragtes som retsregler, og hvilke typer af retsregler der – ud fra forskellige synspunkter – kan skelnes imellem. Fundamentalt i så henseende er sondringen mellem gældende ret og anden ret og i den forbindelse spørgsmålet om, hvad der overhovedet skal forstås ved, at en retsregel er »gældende«. De retsteoretiske spørgsmål, der tages op i denne forbindelse, kan siges at henhøre under, hvad jeg vil betegne som retsvidenskabens *normlære*.

Den *juridiske metode* er et velindarbejdet begreb i den retsvidenskabelige sprogbrug, omend typisk anvendt som et udtryk, der også indbefatter det tekni-

227. Sml. *Stuer Lauridsen* 1977 s. 349, der omskriver retskildelæren til »læren om den juridiske informationssøgning og informationsanvendelse«, jfr. med tilslutning *Peter Blume* 1990.863 (s. 890).

3.2. Retsvidenskabens teknik og metode

ske element, selve informationssøgningen som ovenfor nævnt. Som begrebet anvendes her, er det imidlertid ensbetydende med det, der sædvanligvis forstås ved fortolkning og udfyldning af love og andre retskilder, en proces der på det mere almene plan fremstår som en retlig argumentation. Den juridiske metode kan på denne måde siges at implicere en særlig fortolknings- eller *argumentationslære*, som et udtryk for de normer der gælder for den analytiske bearbejdelse af retsstoffet.

Tilbage står *retskilderne* som udtryk for et – i forhold til sædvanlig sprogbrug – måske noget snævrere begreb om det specifikt retlige grundlag for den juridiske argumentation. Dette grundlag, retsstoffet, skal eftersøges og vægtes med hensyn til kildematerialets relative betydning i den argumentationsmæssige sammenhæng. På det almene plan, hvor det drejer sig om en oversigtsmæssig beskrivelse af de mulige relevante retskilder og en placering af samme efter deres indbyrdes relative vægt – ligeledes på det generelle plan – kan man tale om en særlig *retskildelære*.

Omend det i praksis kan være vanskeligt at skelne mellem på den ene side den juridiske argumentationslære og på den anden side retskildelæren, er sondringen klar nok i princippet. Retskildelæren omhandler de generelle normer for, hvilket materiale der skal betragtes som relevant, og hvilken *vægt* dette materiale kan tillægges. Det sidste er for så vidt også et væsentligt element i argumentationslæren, men her som et spørgsmål om normerne for, hvilket materiale der skal bygges på med hvilken vægt i den *konkrete* sammenhæng. Spørgsmålet om den indbyrdes relative vægt af de enkelte retskilder må således på det *generelle* plan altid besvares med forbehold for de konkrete omstændigheder, som – i selve afgørelsesprocessen – kan gøre sig gældende i forbindelse med fastlæggelsen af de enkelte regler.

Normerne for juridisk analyse, det der også kunne kaldes retsvidenskabens *metanormer*, og som er emnet for den generelle retsteori (retslæren), fordeler sig på denne måde på tre *almene lærer*: En normlære, en argumentationslære og en retskildelære. Der er herved ingen principiel forskel på retsvidenskabens og retsanvenderens brug af disse normer. I praksis fremtræder de som en art (delvis uskrevne) professionsnormer, men i hvert fald i princippet er der en fundamental forskel med hensyn til de *sanktioner*, der er knyttet til efterlevelsen

af de pågældende normer for de respektive persongrupper (jfr. straks nedenfor).²²⁸

3.3. Metanormernes retlige status

Hvor retsforskeren højst kan risikere kollegernes misbilligelse ved en manglende eller mangelfuld efterlevelse af de nævnte metanormer, kan de retsanvendende myndigheder udsætte sig for egentlige retlige sanktioner (annullation af deres afgørelser, idømmelse af erstatning, disciplinær- og/eller strafforfølgelse af ansvarlige embedsmænd). Det er netop denne sidstnævnte omstændighed, der gør disse metanormer eller professionsnormer til (bindende) retsnormer, og som bevirker, at de må henregnes til retssystemet.²²⁹

Når retslæren derfor tilsyneladende ikke kan blive enig med sig selv om, hvordan man skal forholde sig til spørgsmålet om de omhandlede metanormers *retlige status*, er det utvivlsomt, fordi der ikke skelnes klart mellem de ovennævnte adressatgrupper. Spørgsmålet bliver således besvaret med et »enten-eller«, som når *Alf Ross*²³⁰ henregner dem som egentlige retsnormer, mens *Svend Gram Jensen*²³¹ i direkte opposition hertil betragter dem som etiske normer.²³²

Det rigtige svar må være »både-og«, idet normernes status beror på, *hvem* der haves for øje som normernes adressat. Når endvidere Ross sætter spørgsmålstegn ved sin egen løsning af dette, som han kalder »retskildelærens centrale og pinagtige problem«, ved at fremhæve, at »en retspligt må forudsætte en retskilde hvormed vi synes at være havnet i en cirkel« (a.st.), må det heroverfor fastholdes, at metanormerne må opfattes som en art »*professionsnormer*«, og at disse normer – over for de retsanvendende myndigheder – kan håndhæves

228. Sondringen mellem retsnormer og metanormer svarer i hovedsagen til den af *H.L.A. Hart* (1961) anførte sondring mellem primære og sekundære normer; sml. *R.M. Dworkin* (1968) med sin ovennævnte sondring mellem »rules« og »principles«. Se også *Per Helset* 1986.261 s. 271: »Et rettskildeprincip er en metanorm som styrer juridiske resonnementer«.

229. Det er kun myndigheder og myndighedspersoner, der kan forestå en – juridisk forpligtende – retsanvendelse. Det er således ikke retsanvendelse (i snæver forstand), når privatpersoner efterlever retsregler, og for så vidt heller ikke, når professionelle konsulenter, som f.eks. advokater, rådgiver deres klienter (Frändberg 1984 s. 50).

230. 1974 s. 331.

231. 1983 s. 81.

232. Se tilsvarende *Stuer Lauridsen* 1977 s. 213 og 1992 s. 74, der karakteriserer retskilde- og metodelæren som »beskrivelsesregler«, og som dermed indicerer disse normers a-retlige status.

3.3. Metanormernes retlige status

efter de for vedkommende profession gældende regler (den uduelige embedsmand, der ikke mestrer kravene til konventionel retsanvendelse, kan afskediges, ligesom dommeren, der konsekvent får underkendt sine afgørelser på grund af urigtig retsanvendelse, i hvert tilfælde teoretisk kan afskediges ved dom).²³³

Retskilde- og fortolkningsnormernes retlige status indses måske nemmere, hvis man som et tankeeksperiment forestiller sig disse normer fastlagt som egentlige retsregler. Principielt set er der intet i vejen for, at retskilde- og fortolkningsprincipper fastlægges ved lov – rent faktisk sker dette da også, omend kun i meget beskednen udstrækning; de fra lovgivningen velkendte »retsstandarder« er således et eksempel herpå.²³⁴ Indlysende praktiske hensyn taler for, at sådanne principper ikke i videre udstrækning lovfæstes; men den omstændighed, at en kodificering vil være upraktisk, kan ikke i sig selv betage metanormerne deres retlige status som professionsnormer.

Spørgsmålet om det retskildemæssige grundlag for disse professionsnormer må besvares med henvisning til betragtninger ud fra *forholdets natur*. Retsanvendelsens rationale må – i et samfund, hvor det officielle retssystem er dominerende – være at anvende retsstoffet ud fra nogle fælles værdimæssige forestillinger, hvor det centrale problem – for en retlig betragtning – er at fastholde en konsekvens i retsordenen, at modvirke tendenser til retsuorden med andre ord.²³⁵ De omhandlede metanormer indgår således som en side af – og som en vigtig *sammenholdsfaktor* i – det etablerede retssystem. Den norm, der retskildemæssigt betinger deres eksistens som retsnormer, udgør en art *grundnorm for retsanvendelsen*, svarende til den af Hart (1961) antagne anerkendelsesregel: *The rule of recognition*; men denne grundnorm, der for så vidt selv er en del af gældende ret, kan reelt kun begrundes i noget faktisk: Den gælder, fordi den

233. Sml. *Peter Blume* 1995.812 (s. 832) med understregning af, at »juristen har et ansvar for, at retssystemet netop fungerer som retssystem i overensstemmelse med de ideologier og værdier, der anerkendes i det pågældende samfund«.

234. Jfr. herom *Sundby* 1974 s. 237ff med henvisning til *Ragnar Knoph* 1939.

235. Dette harmonihensyn er grundlæggende i næsten al retsteoretisk tænkning, uanset videnskabssteoretisk ståsted i øvrigt, således *Drachmann Bentzon* 1930.183 s. 186 (ud fra et retspositivistisk synspunkt), *Alf Ross* 1953 s. 167 (hvor udgangspunktet er den såkaldte retsrealisme) og *Ronald Dworkin* 1986 s. 52ff (der normalt betragtes som retsidealist); jfr. hertil *Ole Hammerslev* 4/2000.3 (især s. 4ff og 12ff).

Kapitel 3. Retsvidenskaben og dens »almene lærer«

efterleves (jfr. ovenfor om retstraditionen), men den gælder også kun *i det omfang*, den faktisk efterleves.^{236 237}

Betragtningssmåden indebærer, at der analytisk kan skelnes mellem *tre slags retsnormer*: (1) de forholds- og kompetencenormer, der indgår som slutproduktet af den juridiske analyse af retskildestoffet (*de primære retsnormer* – i det følgende blot kaldet »retsnormerne«), (2) de retskilde- og fortolkningsnormer, der gælder for den juridiske analyse (*de retlige metanormer*), og (3) den norm, der betinger eksistensen af de pågældende retskilde- og fortolkningsnormer som normer i retlig forstand (*den retlige grundnorm*). De forskellige normtyper udgør således et normhierarki, og ud fra denne analytiske betragtningssmåde er der intet cirkulært i antagelsen om metanormernes retlige status. Til gengæld bliver der et forklaringsproblem, for så vidt angår antagelsen om en grundnorm, jfr. herom nærmere nedenfor kap. 7(4).

De foranstående ræsonnementer kan nu – i omvendt rækkefølge – sammenfattes som følger: Det hensyn til retsenheden, som den omtalte grundnorm afspejler, udmøntes i de regler, der antages at gælde for retsanvendelsen. Analytisk set har disse regler karakter af metanormer – retligt set fremstår de som en art professionsnormer, der kan håndhæves efter de herom gældende regler, og som for så vidt har status af retsnormer. Det er ved anvendelsen af disse normer, at man når frem til den regel (*jus*), som skal lægges til grund for afgørelsen af et retligt spørgsmål vedrørende et givet sagsforhold eller en bestemt kompetence (*faktum*), og denne regel kan da – hvis den efter alt foreliggende må antages at have været tilsidesat i det konkrete tilfælde (*retsfaktum*) – sanktioneres med annullation, erstatning og/eller straf (*retsfølgen*). Det sidste er indbegrebet af den juridiske beslutnings- eller afgørelsesmodel. Det første udgør modellens rationalitet (metanormerne) og dybere rationale (grundnormen).

236. Jfr. nærmere om H.L.A. Harts analytiske retslære *Bjarup og Dalberg-Larsen* 1993 s. 58ff.

237. Antagelsen om en grundnorm stammer fra *Hans Kelsen* (1934/1960). For Kelsen er denne norm en rent tankemæssig konstruktion, der som sådan skal legitimere den bestående retsorden. Heroverfor har *Alf Ross* (1953/1966 s. 154ff) argumenteret for, at grundnormen må opfattes som et udslag af – en sædvanebaseret – uskreven ret, jfr. herom nærmere nedenfor kap. 7.4. Se om disse modstående opfattelser *Stuer Lauridsen* 1992 s. 46ff, her med bemærkning om (s. 48), at »Ross' lære om grundnormen siger næsten ordret det samme (som Kelsens)«.

Den juridiske normlære

4.1. Retsvidenskaben som argumentationsvidenskab

Udgangspunktet for den her udviklede afgrænsning af begrebet retsregel er normbegrebet som imperativt fænomen – opfattelsen af normer som pligtenormer. Dette aspekt er udtrykkeligt valgt under hensyn til, hvad der opfattes som retsdogmatikkens hovedopgave, nemlig at analysere hvad der til enhver tid skal betragtes som gældende ret. En sådan normalekspressiv bestræbelse forudsætter et normbegreb med fokus på normernes karakter af imperativer. Det vil ikke – i den sammenhæng – give nogen mening at forbinde ret og retsnormer med nogen faktisk, med en forudsætning om normernes faktiske efterlevn.

I »*Om ret og retfærdighed*« (1966) har Ross udtrykt sig om retsvidenskabens (retsdogmatikkens) opgave på en måde, som tilsyneladende strider mod ovennævnte antagelser. Ross' standpunkt er, at retsdogmatikken – som al anden videnskab – er norm*diskriptiv*, ikke norm*ekspressiv*: »Den (retsdogmatikken) går ikke ud på at 'opstille' eller give udtryk for normer, men på at konstatere deres karakter af 'gældende (dansk) ret'«. ²³⁸ Vendt mod Kelsen fastslår Ross andetsteds, at retsvidenskaben ikke bør opfattes som en normativ videnskab – i hvert fald ikke i den forstand, at »den er en videnskab der udtrykker sig i normer«. ²³⁹

Det springende punkt er, siger Ross, ²⁴⁰ at retsdogmatikken netop beskæftiger sig med retten som et spørgsmål om, hvad der er »gældende« ret, og at doktrinen derfor må opfattes som (deskriptive) påstande herom. Dette standpunkt er der svært at være uenig med Ross i. Det er ubestrideligt, at fremstillingen af gældende ret er et hovedpunkt i al retsdogmatisk analyse. Det er til gengæld

238. *Ibid.* s. 29.

239. *Ibid.* s. 20, note 6.

240. *a.st.*

Kapitel 4. Den juridiske normlære

vanskeligt at se, hvilken betydning denne omstændighed kan have for en stillingtagen til retsdogmatikkens videnskabelige status.

Det afgørende for retsdogmatikkens særlige karakter er efter min opfattelse ikke, at den beskriver et fænomen, »gældende ret«. Det rent beskrivende element i retsdogmatikken forbliver i sig selv et postulat, som nok kan diskuteres. Doktrinen rummer som bekendt elementer af *påvirkningsforsøg* over for de retsanvendende myndigheder – også forsøg, der ligger uden for rammerne af det rent dogmatiske (modsat retspolitiske). Denne indvending er imidlertid ikke tvingende.²⁴¹

Hovedsagen er, at det fænomen, der omhandles i retsdogmatikken, i sig selv fremtræder som pligtnormer. Dette i modsætning til andre samfundsvidenskaber – sociologi, økonomi, politologi etc. – hvis genstandsfelt kun kan bestemmes empirisk som internaliserede eller tilsvarende konstaterbare normer. Dette gør – metodisk set – hele forskellen mellem retsdogmatikken og de øvrige socialvidenskaber.²⁴² Retsdogmatikken bliver dermed en (normativ) *argumentationsvidenskab*²⁴³ – på linje med teologi og morallære, *sans comparaison* i øvrigt – mens de øvrige samfundsvidenskaber fremstår som empiriske adfærdsvidenskaber. Ved at fremstille retsdogmatikken som en beskrivende videnskab underkendes denne disciplins metodiske særpræg som en lære om, hvilke argumenter der taler for hvilke antagelser om gældende ret.

Hvis man *definerer* videnskab som beskrivelse, så er retsdogmatik naturligvis også beskrivelse; men dette udgangspunkt er utvivlsomt for snævert. Når man taler om beskrivelse i de sociale adfærdsvidenskaber, er det forudsat, at genstanden for samme er nogle *fænomener i virkeligheden*, som kan konstateres ved iagttagelse under en eller anden form, og som kan beskrives med en rimelig grad af præcision ud fra en forud given målestok, en matematisk formel eller lignende. På dette grundlag kan det så fastslås, om og i hvilken udstrækning der

241. I realiteten er dette et spørgsmål om, hvor grænsen sættes mellem retsdogmatik og retspolitik. Med en snæver opfattelse af retsdogmatikkens »råderum«, hvor også doktrinen bidrag til en videreudvikling af praksis henregnes som retspolitik, jfr. Ross' kategori af retspolitiske påstande *de setentia ferenda*, er det naturligvis lettere at bevare forestillingne om retsdogmatik som noget rent beskrivende.

242. Jfr. ligeledes Karlo Tuori 1995.5 (s. 10): »Rättvetenskapen er, till skillnad från samhällsvetenskapen, normativ både i fråga om forskningsobjekt och alser«.

243. Sml. Per Helset 1986.261 s. 291, der antager, at tyngdepunktet i moderne retskildeteori er forskudt fra at være et spørgsmål om retskildernes relevans til at være et – argumentationsmæssigt – spørgsmål om deres indbyrdes relative vægt. Se endvidere Kirsten Ketscher 2000.271 (s. 280f) med en delvis empirisk begrundet antagelse om, at udviklingen går i retning af en mere princip- og værdiorienteret »argumentativ« ret – til forskel for en traditionel teknisk præget retsanvendelse med vægt på lovens ord og bagvedliggende motiver.

4.1. Retsvidenskaben som argumentationsvidenskab

foreligger en vis norm (årsag), som kan antages at være bestemmende for adfærden på et vist område (virkning).

For retsvidenskaben er problemet, at den målestok, der her anvendes – retskilderne og normerne for den analytiske bearbejdelse af samme – i sig selv kan være behæftet med betydelig usikkerhed. Det praktiske problem er overhovedet at finde ud af, hvilke retskilder der er relevante for bedømmelsen af en given situation, samt videre at afklare, hvordan disse retskilder skal forstås såvel på deres egne præmisser som i lyset af overordnede principper, hensyn og værdier. Det er netop her argumentationen – fortolkningen og udlægningen af retskilderne – kommer ind i billedet som det, der i sidste ende bestemmer, hvad der skal antages som »gældende ret« på det pågældende område.

Det er naturligvis rigtigt, at også de empiriske videnskabers måleredskaber er behæftet med usikkerhed, og at resultaterne af en måleoperation kan udlægges forskelligt. Ofte er det uklart, hvad det er, der måles, og resultaterne må ses i lyset af den virkelighedens kompleksitet, som betinger, at der ofte er flere årsager til en given virkning. I modsætning til retsvidenskaben har de empiriske videnskaber imidlertid fuldkommen »kontrol« over de anvendte måleredskaber. Det er disse videnskabers eget ansvar at udvikle og tilpasse grundlaget for deres beskrivelser til den virkelighedens verden, som de forsøger at få hold på. Derfor kommer det, at *metodeudvikling* er noget ganske centralt i de empiriske adfærdsvidenskaber – ofte i en sådan grad at det kan være vanskeligt at se noget fælles metodisk grundlag for de analytiske bestræbelser inden for de respektive videnskaber.

Heroverfor står retsvidenskaben med et forholdsvis *stabil*, men til gengæld relativt *åbent*, metodemæssigt grundlag for sine analyser. Selve den juridiske metode er sjældent genstand for debat. Så meget desto større betydning spiller *anvendelsen* af samme i de konkrete sammenhænge, hvor man forsøger at fastlægge gældende ret. Denne anvendelse, der som nævnt er et spørgsmål om argumentation, kan på områder, hvor resultaterne ikke er helt oplagte på forhånd, være genstand for en stadig og aldrig afsluttet debat. Til syvende og sidst drejer debatten sig om *værdier og holdninger* til samfundslivets forskellige problemer. Modsigelse tvinger til yderligere argumentation og resultaterne ændrer sig billedlig talt for hvert spadestik, man graver dybere i de kilder og værdier, som retssystemet omfatter.

Det her anførte leder frem til en erkendelse af, at videnskab er andet og mere end beskrivelse (i sædvanlig empirisk forstand). Videnskab er eller kan også være et spørgsmål om argumentation. Beskrivelse og argumentation kan måske ligefrem opfattes som *disparate* kategorier i logikkens forstand. Det betyder ikke, at Ross' standpunkt er forkert, men det er næppe tilstrækkeligt til at indfange retsvidenskabens særegne karakter sammenlignet med de empiriske

Kapitel 4. Den juridiske normlære

adfærdsvidenskaber (for slet ikke at tale om de såkaldte eksakte naturvidenskaber).²⁴⁴

Vendt mod Ross konkluderer *Karen Dyekjær Hansen*, at »jura er ikke en videnskab, det er en profession«. ²⁴⁵ Af sammenhængen fremgår imidlertid, at det er antagelsen af retsvidenskaben som en empirisk videnskab, som denne forfatter opponerer imod: Jura er »ikke videnskab om nogen sandhed af empirisk art«, hedder det udtrykkeligt, og det tilføjes, at det derimod er »en for samfundet helt nødvendig kunst at udvikle, anvende, tilpasse, sammenfatte regler for menneskelig adfærd på en sådan måde, at de fremtræder som stabile, hensigtsmæssige, brugbare«. *Håkan Strömberg* udtrykker sig mere forbeholdent, idet han konkluderer: »I varje fall är den en intellektuell verksamhet, som kan vara mycket kvalificerad och såtillvida åtminstone är jämförlig med vetenskap«. ²⁴⁶

Som det fremgår af det ovenstående, kan jeg fuldt ud tilslutte mig begge standpunkter: Retsvidenskab (retsdogmatik) er ikke *empirisk* videnskab, men må klart nok kunne *ligestilles* med videnskab; hvorved jeg blot skal tilføje, at netop betegnelsen »videnskab« vel er mere træffende end Dyekjær Hansens karakteristik af retsvidenskaben som en »kunst«. Selv om den juridiske argumentation – som den leveres rundt om i landets retssale – undertiden nok kan have en vis kunstnerisk værdi, er advokatens procedure andet og mere end retorik,²⁴⁷ og dette gælder naturligvis i nok så høj grad for den retsteoretiske argumentation. Betegnelsen »argumentationsvidenskab« forekommer derfor at være nok så prægnant.²⁴⁸

244. Usikkerheden om retsvidenskabens nærmere karakter har for nogle været anledning til helt at afstå fra at opfatte den som en videnskab, således *Dalberg-Larsen* 1977 s. 37 og s. 77 (med henvisning til Thomas Kuhns bekendte paradigmebegreb).

245. 1988.153.

246. 1986.209.

247. Se om retorikken i dens oprindelige betydning som kunsten at overtale andre *Dalberg-Larsen og Jens Evald* 1998 s. 69ff. Retorikken har dog tilsyneladende fået en renæssance i retslitteraturen, se *Hanne Petersen* 1999.31 med anmeldelse af Ande Sombys disputats »Juss som retorikk« (1999); se endvidere *Mellqvist og Persson* 1994.

248. Se endvidere for en nærmere diskussion af spørgsmålet *Doublet og Bernt* 1993 s. 8ff, der finder, at en påstand om, at retsvidenskaben ikke er en videnskab, »er et destruktivt udgangspunkt som forhindrer en nærmere drøftelse av de særegne problemer vi møter i rettslig tænkning« (s. 13). Også dette standpunkt kan jeg tilslutte mig. Opfattelsen af retsvidenskab (retsdogmatik) som en argumentationsvidenskab gør det nærliggende – som disse forf. – tentativt at placere denne inden for den *hermeneutiske* tankeretning, jfr. *ibid.* s. 81ff med en gennemgang af *H.G. Gadamer's* hermeneutikbegreb (Gadamer 1960) og s. 185ff med en – tøvende – anbefaling af denne metode. Metoden videreudvikles af *Doublet* 1995, som konsekvent vil anlægge et »indre retsanvendelsesperspektiv« på retten, jfr. herom *Dalberg-Larsen* 1996.918. Se også *Dalberg-Larsen* 1994.35 med omtale af Knud Illums hermeneutisk orienterede retsteori (*Illum* 1945).

4.2. Forholdet mellem teori og praksis

I så henseende finder jeg Kelsens velkendte sondring mellem videnskabelige sætninger som udsagn om noget enten »Sollen« eller »Sein« mere illustrerende. Retsvidenskabelige påstande er udsagn om noget »Sollen«, om at noget skal agtes som »gældende ret«, og dermed udsagn om noget normativt. Heroverfor står de empiriske videnskabers påstande, som er udsagn om noget »Sein«, om at menneskelig adfærd er bestemt af visse empirisk konstaterbare normer, og som dermed fremstår som rent deskriptive påstande. Denne sondring bestrider Ross gyldigheden af, idet han frimodigt erklærer: »Jeg ved ikke hvad en norm i deskriptiv betydning skal sige«. ²⁴⁹

Ross' standpunkt er udtrykkeligt vendt mod naturretten og de ansatser til metafysisk tænkning, som han finder i retspositivismen, ²⁵⁰ og set i det perspektiv kan det også være rimeligt at fremhæve retsvidenskabens karakter af – beskrivende – videnskab. Tilsvarende gælder, når man sammenligner lovens og retsvidenskabens sætninger, som ubestrideligt er væsensforskellige: De første er – med Ross' ord ²⁵¹ – »alogiske direktiver«; de sidste er »logiske påstande«. Anderledes imidlertid når sammenligningsgrundlaget er de øvrige samfundsvidenskaber. Her forekommer det rimeligt at karakterisere de retsvidenskabelige påstande som normekspressive i modsætning til de empiriske videnskabers normdeskriptive påstande. Retsvidenskabens er ikke blot en videnskab om normer; den udtrykker sig – ret beset – i normer, og stundom prætenderer den også selv at opstille normer. Det bliver konklusionen på denne udredning om retsteoriens videnskabelige status. ^{252 253}

4.2. Forholdet mellem teori og praksis

Ross' – noget unuancerede – standpunkt synes også at kunne føre til fejlslutninger med hensyn til karakteren af den retsvidenskabelige opgave. Dette er tilfældet, når man som Ross vil hævde, at retsvidenskabens påstande rummer et element af forudsigelse, nemlig forudsigelse af fremtidig dommeradfærd

249. *Op. cit.* s. 21.

250. Jfr. især 1932.81.

251. 1966 s. 20.

252. Sml. *Aleksander Peczenik* 1990 s. 44, der karakteriserer retsdogmatiske udsagn som »praktiska satser, som saknar sanningsvärde: De kan varken vara sanne eller falska, uten blott korrekta eller inte korrekta«. Spørgsmålet om retsvidenskabens status som *videnskab* må ikke forveksles med spørgsmålet om dens *retskildemæssige* status, jfr. herom nedenfor kap. 7.1.

253. Se nærmere om Kelsens og Ross' retsnormteorier *Bjarup og Dalberg-Larsen* 1993 s. 8 (14ff) og s. 31 (36ff).

Kapitel 4. Den juridiske normlære

(*prognoseteorien*), idet denne hypotetiske størrelse samtidig udgør kriteriet for, om de fremsatte påstande kan verificeres (*korrespondenteorien*). Denne opfattelse, der klart nok er inspireret af de empiriske videnskabers forklaringsmodel, er næppe frugtbar, når det drejer sig om netop retsvidenskab. Konsekvensen af Ross' standpunkt er, at retsvidenskaben »bindes op« på det fungerende retsliv – domstolenes praksis – på en måde, som risikerer helt at kompromittere retsdogmatikken som en selvstændig videnskab.²⁵⁴

Vanskeligheden ved korrespondenteorien viser sig allerede ved en sammenligning med forskningsmodellen i empiriske videnskaber. Her finder man ikke nogen institution i samfundet, som på tilsvarende måde kan agere »opmand« over for eventuelle modstridende synspunkter, der gøres gældende i teorien. De empiriske videnskaber er overladt til sig selv, og det eneste kriterium, der kan opstilles for de udviklede teories sandhedsværdi, er, at de ikke bliver modsagt af ny forskning (eller at de viser sig at fungere i praksis). Det er vanskeligt at forstå, at retsvidenskaben skulle indtage en særstilling i så henseende.

At en højesteretsafgørelse vel – de facto – kan sætte en stopper for en vaserende *retsdogmatisk* debat, ændrer ikke herved. Højesteret er ikke institueret som et »orakel«, der skal afgøre *retsteoretiske* tvister, og hvis Højesteret træffer en afgørelse, der vedrører et *retsteoretisk* tvivlsspørgsmål, kan den teoretiske debat – meget muligt – desuagtet fortsætte, omend da som en *retspolitisk* debat

254. For en nærmere gennemgang af teorien, se *Stuer Lauridsen* 1974(a) s. 51ff og *samme* 1992 s. 51ff. – Ross' teorier er blevet kritiseret fra flere forskellige sider, bl.a. af *Henrik Zahle* 1974.333, *Preben Stuer Lauridsen* 1974 s. 127ff, *samme* 1977 s. 189ff (her med kritik af Zahles kritik(!)) og 1992 s. 59ff, *Doublet og Bernt* 1993 s. 179f, *Doublet* 1995 s. 163ff og *Henrik Palmer Olsen* 1997 s. 50ff; et gennemgående kritikpunkt er her netop, at prognoseteorien er domstolsfikseret. *Stuer Lauridsens* – meget gennemgribende – kritik er overvejende funderet på et sprogteoretisk grundlag, som jeg ikke finder anledning til at komme nærmere ind på her (se kritisk herom *Henrik Palmer Olsen* 2000.56). Min egen kritik er, som det fremgår af det følgende, overvejende normativt begrundet. – *Doublet og Bernt* finder, at teorien har været uden væsentlig gennemslagskraft i nordisk retsteori (se samstemmende *Helmuth Schledermann* 1994.103 og *Jens Evald* 1998.414). Når der alligevel stadig kan være grund til at beskæftige sig med Ross' retsteori skyldes det, at netop denne – gennemreflekterede – teori sætter spørgsmålet om »rettens gælden« på spidsen i en grad, som ikke kan undgå at kalde på modsigelse (jfr. tilsvarende *Peter Blume* 1993.447 s. 448 med note 3 og *samme* 2000.76 med et forsvar for teorien). – Cfr. til sammenligning Eckhoffs pragmatiske – og basalt set a-teoretiske – metodelære (*Torstein Eckhoff* 1971/1989/1993 og – med *Jan Helgesen* som medforf. – 1997), hvis nærmere indhold og implikationer kan være vanskelig at tyde, jfr. med kritik *Doublet og Bernt* 1993 s. 180ff, *Doublet* 1995 s. 267ff, *Bjarke Askeland* 1999.115, *Hans Petter Graver* 2000.429 og *Morten Kienander* 2000.324.

4.2. Forholdet mellem teori og praksis

– medmindre teorien ligefrem vil hævde, at afgørelsen er ukorrekt eller urigtig.²⁵⁵

Hertil kommer, at det for en normativ betragtning heller ikke er særligt tilfredstillende, at teorien – retsdogmatikken – blot gøres til et »vedhæng« til praksis. Med korrespondensopfattelsen indskrænker retsdogmatikken sig til blot at være en uselvstændig afskrift af (rets-)praksis eller en passiv tillem্পning af forventninger til samme. Ikke noget opløftende perspektiv for en disciplin, der gerne vil være videnskabelig – og i grunden et noget paradoksalt udslag af Ross' egne bestræbelser på at videnskabeliggøre retsdogmatikken.

Ross' bekendte modforestilling, hvorefter teorien må have lov til at kritisere den ukorrekte retsafgørelse,²⁵⁶ gør ikke stort indtryk i denne sammenhæng, hvor det drejer sig om at sikre retsvidenskaben en position som en selvstændig videnskab med et kritisk potentiale. Da gælder det om at forbeholde sig muligheden for at kritisere ikke blot den retsafgørelse, der vilkårligt fraviger praksis, men også selve den praksis, som domstolene – eller hvilke som helst andre retsanvendende myndigheder – har anlagt.^{257 258}

Sat på spidsen kan man sige, at retsvidenskaben ikke når frem til »sandheden« om nogen sagsforhold ved blot at studere højesteretspraksis, lige så lidt som man nødvendigvis bliver klogere af at granske højesteretsdommernes »nyrer og hjerter« (voteringsprotokollerne).²⁵⁹ Kendskab til retspraksis er naturligvis vigtig af mange grunde, som jeg ikke behøver at komme ind på her; men praksis kan ikke i sig selv være afgørende for teoriens standpunkttagen til retlige tvivlsspørgsmål. I hvert fald ikke hvis teorien (retsdogmatikken) skal have nogen selvstændig eksistensberettigelse. Stuer Lauridsen fastslår uden

255. Jfr. *Stuer Lauridsen* 1974 s. 276ff, især s. 281ff.

256. 1966 s. 64.

257. Sml. *Svend Gram Jensen* 1983 s. 12ff med en kommentar til Ross' forestillinger om teoriens muligheder for at afsige en »dom over dommen« (Ross, l.c.). Kommentaren vedrører her mulighederne for at karakterisere retsafgørelser som »retfærdige«/»uretfærdige« og altså dermed spørgsmålet om retfærdighedsbegrebets anvendelse med retsvidenskabelige formål.

258. Frygten for, at retsdogmatikken på den måde skulle kunne opnå en »for fremtrædende plads« (jfr. *Peter Blume* 2000.76 s. 78) forekommer ubegrundet, siden retsdogmatikken under alle omstændigheder ikke har til opgave at træffe retsligt bindende afgørelser, men alene at forholde sig – beskrivende og kritisk – til foreliggende praksis. Det modsatte synspunkt måtte indebære, at retsdogmatikken skulle udvise tilbageholdenhed med at kritisere enkeltafgørelser, hvilket dels ikke stemmer med virkeligheden og dels må have formodningen imod sig – der gælder jo normalt ingen grænser for, hvilke spørgsmål videnskaben kan stille sig.

259. Jfr. ligeledes *Doublet og Bernt* 1998 s. 295, som understreger, at retsforskerens opgave ikke bare er »en passiv registrering av høyesterettspraksis, men en aktiv deltagelse i den rettskapende prosess som medlem av det juridiske kommunikative fellesskap«.

Kapitel 4. Den juridiske normlære

omsvøb, at »det ville være absurd at ophøje domspraksis til selve kriteriet for retsdogmatisk korrekthed«. ²⁶⁰

Al teoridannelses force ligger i at kunne sætte tingene ind i en større sammenhæng, at forklare enkeltheder som dele af større helheder. Allerede heri ligger en mulig korrektionsfaktor i forhold til den – atomiserede – retsanvendelse, som myndigheder og domstole nødvendigvis må praktisere. Det større overblik over retssystemets mange »krinkelkroge«, mulighederne for at generere bredt anlagte praksisstudier, mulighederne for fordybelse i retsstoffet ud fra historiske, komparative og sociologiske synsvinkler, giver alt andet lige retsforskeren et forspring i forhold til den enkelte retsanvender – og det giver under alle omstændigheder en anden indfaldsvinkel på studiet af gældende ret. Rettsforskeren kan på denne måde – i princippet – forholde sig helt anderledes konstruktivt til løsningen af de konkrete retsspørgsmål end myndigheder og domstole, der også skal tage »andre hensyn«, i almindelighed vil kunne opvise. ²⁶¹

Den gældende ret er – med Åke Frändbergs ord ²⁶² – for dogmatikeren ikke blot et objekt for analyse, men først og fremmest for bearbejdelse, præcisering (tolkning) og kritik. Retsvidenskabens opgave må ud fra denne betragtning være at præsentere de retsanvendende myndigheder for såvel et *systematisk overblik* over den til enhver tid eksisterende retspraksis som et *konstruktivt modspil* til samme. Anerkendes i den forbindelse retsvidenskabens (retsdogmatikkens) særlige karakter af argumentationsvidenskab, opstår der for så vidt heller ikke nogen problemer med, om man kan betegne en sådan kritisk dimension som »videnskab«. Idet jeg senere kommer ind på spørgsmålet om afgrænsningen af retsdogmatik over for retspolitik, skal jeg blot understrege, at det, jeg her forstår ved en »kritisk« dimension, er et retsdogmatisk anliggende. Retspolitikken træder ind i forlængelse heraf som en principielt anden form for virksomhed.

Ross bekender sig med sine prognose- og korrespondenteorier til en *realistisk retsopfattelse*. Spørgsmålet er da, om disse teorier giver noget realistisk billede af retsvidenskabens placering. Et sådant spørgsmål kan naturligvis aldrig besvares endegyldigt. Men i hvert fald for en mere overfladisk betragtning forekommer det nok så rimeligt at antage, at der består et *vekselvirkningsforhold* mellem teori og praksis: At teorien lærer af praksis, lige så vel som praksis lærer af teorien. Et eksempel på det sidste er måske *Ole Krarups*

260. 1977 s. 212. Se i samme retning ud fra en deskriptiv synsvinkel, *Hans Petter Graver* 2000.429 (s. 461): »Rettvitenskapelige forfattere gjør mer enn å forutsi dommeratferd«.

261. Se tilsvarende *Hans Petter Graver*, 2000.429 s. 472f.

262. 1984 s. 66.

4.2. Forholdet mellem teori og praksis

gennemgribende revision af Poul Andersens magtfordrejningslære i afhandlingen »Øvrighedsmyndighedens grænser« (1969) – en revision, der skyldtes en omtydning af retspraksis, men som givetvis også har bidraget til at klargøre begreberne for domstolene selv.²⁶³

Eksemplet antyder en anden vanskelighed ved Ross' teorier. Herhjemme har der altid været en tradition for konkret begrundede domme og for kun at levere domspræmisses i en meget summarisk form. Ideen hermed er naturligvis, at domstolene nødtigt vil hænges op på alt for vidtgående slutninger om gældende ret fra deres enkeltstående afgørelser. Også på den baggrund forekommer det sagligt set urealistisk at gøre retsvidenskaben til et spørgsmål om domsbeskrivelse. Sådanne beskrivelser, der i sig selv må inkludere fortolkning og analyse af domspræmisses, kan højst være et bidrag til fastlæggelse af gældende ret.

Omvendt kan det forekomme lidt paradoksalt, at *Preben Stuer Lauridsen*, der ellers selv kraftigt tager afstand fra korrespondenteorien (jfr. nedenfor), kritiserer domstolenes lapidariske affattelse af domspræmisses.²⁶⁴ Hensynet til en nogenlunde klar arbejdsdeling mellem retsdogmatik og retsanvendelse taler ellers for, at disse funktioner ikke sammenblandes. Domstolene skal træffe afgørelser, og til det formål er de som bekendt »underlagt« såvel almindelige billighedshensyn som parternes påstande (i civilretlige dispositive sager). Retsdogmatikken skal ikke tage sådanne individuelle hensyn og kan derfor i højere grad tillade sig at generalisere. Retsdogmatikken er derfor – når det kommer til stykket – bedre tjent med, at domspræmisses ikke affattes i en mere forpligtende form end strengt nødvendigt. Det er – sat på spidsen – retsdogmatikerens og ikke retsanvenderens opgave at tage stilling til, hvor langt argumenterne kan bære.

Hermed sammenhængende er det forhold, at domstolene ikke må – og ej heller bør – give sig af med *responderende* virksomhed om hypotetiske retsspørgsmål. De såkaldte *domskommentarer* kan nok ud fra samme betragtning forekomme at være en noget tvivlsom affære, men må vel accepteres som et udtryk for, hvad domstolene selv i enkelte tilfælde af særlig principiel karakter finder det påkrævet at tilføje for at blive forstået rigtigt.²⁶⁵

263. Om retsteorien ligefrem kan henregnes som en *retskilde*, er et andet – og i denne sammenhæng uvedkommende – spørgsmål; se herom nedenfor kap. 7.1.

264. 1992 s. 147.

265. Se kritisk herom *Stuer Lauridsen* 1992 s. 149ff, der oplyser, at denne skik blev indført efter ønske fra advokatside.

4.3. Forholdet mellem ret og moral

En hovedopgave for den juridiske normlære turde være at afgrænse den type retsnormer, som har karakter af »gældende ret«. Spørgsmålet herom har imidlertid mange facetter, hvoriblandt nogle hører hjemme i argumentationslæren, mens andre mere hensigtsmæssigt kan behandles i forbindelse med retskildelæren. Hvad der skal betragtes som gældende ret er på den måde et grundproblem, der så at sige gennemsyrrer hele den juridiske metodelære. Her skal alene gøres op med nogle mere fundamentale standpunkter i så henseende, idet problemstillingen begrænses til at være et spørgsmål om gældbegrebets status som videnskabeligt analyseredskab.

Åke Frändberg²⁶⁶ udsondrer 4 mulige betydninger af gældbegrebet, henholdsvis (1) at retten gælder efter en given morallære, (2) at den gælder efter naturretslæren, (3) at den gælder efter retskildelæren og (4) at den gælder efter de retsanvendende myndigheders praksis. Spørgsmålet om gældbegrebets videnskabelige status kan på denne baggrund mere eksakt formuleres som et spørgsmål om retsnormernes gyldighed bedømt ud fra et af de to førstnævnte kriterier versus en bedømmelse ud fra (et af) de to sidstnævnte kriterier. Problemstillingen kan med andre ord udtrykkes som følger: Kan et gældbegreb med retsvidenskabeligt formål udformes på baggrund af en moral- eller naturretslære, og i givet fald hvilken?²⁶⁷

Svaret på dette spørgsmål turde være velkendt i moderne retslære. Den – i videste forstand – retspositivistiske opfattelse af gældbegrebet tillader ikke, at etiske eller metafysiske forestillinger vinder indpas i det retsvidenskabelige arbejde. Al videnskab er – efter denne opfattelse – nærmest negationen af sådanne forestillinger, der ret beset hører hjemme i (rets-)filosofien. Endskønt denne opfattelse – med ikke mindst Kelsen, og på de nordlige breddegrader, Ross, som de fremmeste eksponenter – har vundet udbredt anerkendelse i nyere tid, kan den retsteoretiske debat stadig opvise eksempler på modforestillinger, der især understreger betydningen af, at retten opfattes som et etisk funderet

266. 1984 s. 57ff.

267. De som nr. (1) og (2) anførte varianter af gældbegrebet behandles i det følgende under ét. Spørgsmålet om forholdet mellem de som nr. (3) og (4) anførte mulige bestemmelser af gældbegrebet omtales nedenfor i kap. 5.1.

4.3. Forholdet mellem ret og moral

system af retsnormer. Sådanne forestillinger synes endda ligefrem at fået en renæssanse i moderne retsfilosofi.^{268 269}

Der kan næppe herske nogen tvivl om, at moral- og/eller naturretsbaserede gyldighedsforestillinger er uforenelige med et retsbegreb, der skal benyttes til videnskabelige formål, og dette må i særlig grad gælde et retsbegreb, der som her søges udviklet med specifikt retsdogmatiske formål. Et sådant begreb må nødvendigvis forholde sig til nogle rent formelle aspekter af retten, hvis det skal have nogen praktiske anvendelsesmuligheder. Dette standpunkt er naturligvis ikke ensbetydende med, at f.eks. etisk funderede retsovervejelser er retsvidenskaben uvedkommende – i hvert fald i en bredere *retspolitik* sammenhæng er sådanne forestillinger utvivlsomt både nødvendige og frugtbare som grundlag for en analyse af retssystemets udviklingsmuligheder.

I debatten om legalstrategier markerer *Lars D. Eriksson* (1990.4 og 1999.4) et tilsvarende synspunkt med en advarsel mod tendenser i teori og praksis til at sammenblande ret og moral med den virkning, at »grunden för en moralisk kritik av rättstillämpningen från medborgarnas sida faller bort« (1990.4 s. 13).²⁷⁰ Med henvisning til *Ingeborg Maus* (1989) argumenterer Eriksson for, at borgerne altid må have ret til at kritisere retten ud fra moralske standpunkter: »Om rätten inte är annat än förstenad politik, måsta medborgarna alltid ha rätt att ifrågasätta denna, då samhället förändrats, värderingarna förändrats bland medborgarna eller då statsmakten, byråkratin eller domstolarna slutat lyssna« (a.st.).

I samme retning udtrykker *Jørgen Dalberg-Larsen* (1994 s. 126f) betænkelighed ved at anerkende uformelle normer som retlige, og begrunder denne indstilling med, »at det må være vigtigt at arbejde for, at man gennem demokra-

268. Dette er et gennemgående tema i *Alexander Peczeniks* forfatterskab 1980, 1982, 1986, 1990 og 1995. *Peter Blume* (1993.447ff) taler ligefrem om »et spøgelse (der) går gennem retsvidenskaben, naturretens spøgelse«, og henviser herved bl.a. til den af *Peter Højlund* forfægtede særegne individualistiske naturretsteori (Højlund 1992, 1998); jfr. ligeledes kritisk om denne teori *Dalberg-Larsen* 1993.42, *Svend Gram Jensen* 1998 s. 49ff (især s. 59) og *Jens Evald* 1998.414. For et gennemargumenteret retsidealistisk standpunkt med udgangspunkt i den amerikanske retsfilosof Alan Gewirth, se *Henrik Palmer Olsen* 1997 og samme 1999.13. *Palmer Olsen* og *Stuart Toddington* 1999 har siden argumenteret for en teoretisk mellemposition, jf. herom kritisk *Morten Kienander* 2000.16. For en oversigt over naturretlige teorier i nyere international retstænkning, se *Jens Evald* og *Jørgen Dalberg-Larsen* 1998 s. 39ff. Se endvidere for en generel analyse af spørgsmålet *Frändberg* 1984.

269. Beslægtet med disse forestillinger er Den Historiske Skoles opfattelse af (gældende) ret som identisk med den almindelige retsbevidsthed, jfr. herom *Dalberg-Larsen* 1999 s. 36f.

270. Se herom ovenfor 2. del, kap. 5.2.

Kapitel 4. Den juridiske normlære

tisk vedtagne love kan fremme de mål, som et flertal af befolkningen går ind for, og at disse muligheder let gøres endnu mere illusoriske, end tilfældet er i dag, hvis love generelt skal nedprioriteres i forhold til en retskilde som retssædvanen«. Dalberg-Larsen tilføjer, »at det, hvis man vælger at betragte de uformelle normer som retlige, da bliver vanskeligt rent verbalt at formulere retspolitiske krav, idet man da ofte vil stå i den situation, at det, som man retspolitisk vil kæmpe for (gennem ændret lovgivning), faktisk allerede er en ingrediens af retssystemet via den uformelle ret«.²⁷¹

Når det gælder de aktuelle forsøg på at hævde moralske/etiske værdier som aprioriske for selve retsdannelsen i betydningen »gældende ret«, synes disse forestillinger derimod at udspringe af en intuitionistisk – og i forhold til polycentriteorien helt modsatrettet – reaktion på de opløsningstendenser, der i nogle henseender kendetegner retssystemet i nutidens overgangssamfund.²⁷² Som sådan udtrykker de en – noget irrationel – søgen efter faste holdepunkter i en verden, der opleves stadig mere kaotisk.

Den retspositivistiske position, som jeg fuldt ud tilslutter mig i denne sammenhæng, implicerer på den anden side ikke nødvendigvis, at moralske og fornuftsmæssige argumenter slet ikke kan få indvirkning på udformningen af gældende ret.²⁷³ Værdistandpunkter kan naturligvis ikke formenes adgang til den retsdogmatiske omgang med retssystemets regelværker. Det viser allerede retspositivismens egen anerkendelse af betragtninger ud fra »forholdets natur« som retligt relevante. Men det gælder – hvis man ser på retspraksis – også i

271. Se også ovenfor kap. 2.4. Dalberg-Larsens standpunkt er dog ikke helt entydigt, jfr. nedenfor kap. 7.3 med omtale – og kritik – af »et nyt moderne retssædvanebegreb« med normative implikationer. Standpunktet har en vis lighed med Erikssons ovennævnte kritik af sammenblandingen af ret og moral i retsanvendelsen. Alligevel finder Dalberg-Larsen det andetsteds uforståeligt, at en moralbaseret retsanvendelse skulle berøve borgerne deres kritikmuligheder (*Dalberg-Larsen* 1994.81 s. 82). Forskellen på en retslig afgørelse og en politisk beslutning er imidlertid, at den retslige afgørelse i givet fald kun kan kritiseres for at være udtryk for en forkert eller urigtig retsanvendelse, mens sidstnævnte altid kan anfægtes ud fra givne moralopfattelser. Hvis det derfor accepteres, at retsanvendelsen i videre udstrækning kan baseres eksplicit på retsanvendernes moralopfattelser (eller deres opfattelser af den herskende »samfundsmoral«), vil retsafgørelser, der træffes på et sådant grundlag, også unddrage sig en moralbaseret kritik, eftersom ingen har patent på den rette moral. »Patentet« vil i givet fald være overgået til de retsanvendende myndigheder, som dermed er blevet legitimeret til at eksponere samfundsmoralen. Et historisk eksempel er forsøgene på – med et citat af Rigsjustitsminister Franz Gürtner – at gøre dommerne i *Det Tredje Rige* til »levende bærere af det nye Tysklands verdensanskuelse« (cit. efter *Rolf Törnqvist* 1988.79, s. 90).

272. Se ovenfor 2. del, kap. 7.4, hvor det hævdes, at samfundet befinder sig i en endnu ikke afklaret »postindustrial fase«.

273. *Doublet og Bernt* 1993 s. 128.

4.3. Forholdet mellem ret og moral

videre forstand ved tolkningen af retsordenens mere »åbne« regelværker, hvor »reale hensyn« og grundlæggende »retsværdier« efter omstændighederne kan tillægges retlig betydning.²⁷⁴

Spørgsmålet er, hvor langt man skal acceptere at gå i denne retning (jfr. Erikssons advarsel ovenfor mod at sammenblande ret og moral). I hvert fald for en retspolitisk betragtning må det så langt foretrækkes, at retsreglerne – på ét eller andet niveau (med hensyn til valg af midler, mål eller formål) – gør op med de politiske spørgsmål vedrørende afvejning af konflikterende interesser, således at vurderinger ikke i videre udstrækning behøver at indgå i retsanvendelsen. I det omfang regelværkerne ikke lever op til dette krav, vil »reale hensyn« og grundlæggende »retsværdier« imidlertid under alle omstændigheder trænge sig på. Det afgørende er da, at sådanne momenter altid indgår i samspil med andre – mere håndfaste – retlige argumenter og retskilder, f.eks. lovforarbejder, folketingsbeslutninger, vejledende forskrifter etc. Antagelser om »samfundsnyten« eller »befolkningens retsopfattelse« kan *ikke alene* begrunde vidtgående nyfortolkninger af retsstoffet.²⁷⁵

Det principielt vigtige for den retspositivistiske position er til syvende og sidst – med Doublet og Bernts ord²⁷⁶ – »at denne relasjon mellom etikk og gjeldende rett ikke gir etikken en bindende og nødvendig struktur i forhold til gjeldende rett«. Retsdogmatikken – og de retsanvendende myndigheder – kan nok inddrage etiske hensyn, men kun for så vidt disse i forvejen – som »pligt-etiske« argumenter – har en retlig karakter, som det f.eks. er tilfældet med retssikkerhedsværdier og retsstatslige hensyn i videre forstand.²⁷⁷ »Formålsetiske« argumenter, såsom hensynet til en retfærdig fordeling af de sociale værdier, ligger derimod uden for retsdogmatikkens domæne og må for så vidt blot »tages til efterretning« i det omfang, de har været styrende for det retsområde,

274. Jfr. hertil *Jens E.A. Skoghøy* 1994.837 s. 846ff.

275. Sml. *Ross* 1966 s. 461: »Retsfølelsen må aldrig tages som umiddelbar norm eller mål for en retsregels 'rigtighed'«.

276. *Doublet og Bernt* 1993 s. 128.

277. I den retlige argumentation finder sådanne hensyn typisk udtryk i henvisninger til »forholdets natur«, »reale hensyn« o. lign. Sml. Eckhoffs inkludering af retfærdigheds-hensyn i kategorien »reelle hensyn« (*Torstein Eckhoff* 1989 s. 19), der ligeledes forudsætter, at eksterne moralnormer kun vinder indpas i det omfang, retssystemets aktører selv bestemmer dette, men som måske alligevel har videregående implikationer end de traditionelle argumentationsfigurer, jfr. *Morten Kinander* 2000.324 (s. 347ff) med en kritisk bemærkning om, at »de reelle hensyns fremtredende rolle i rettsanvendelsen kjennetegnes av en eklatant *prinsippløshet*« (s. 367).

Kapitel 4. Den juridiske normlære

der er genstand for analyse.²⁷⁸ Det er ikke retsforskerens eller -anvenderens opgave at »censurere« de moralværdier, som den positive ret er baseret på, lige så lidt som det er retsdogmatikkens eller retsanvendelsens opgave at udfylde »retstomme« huller på grundlag af subjektive moralforestillinger, hvad enten disse er baseret på personlig overbevisning eller på en forudgiven universel morallære.^{279 280}

Forholdet mellem ret og (samfunds-)moral sættes på spidsen med spørgsmålet om domstolenes adgang til at prøve loves grundlovsmæssighed. Uden en adgang til efterprøvelse af loves grundlovsmæssighed kan de konstitutionelle grænser for lovgivningsmagten vise sig at være illusoriske, men uden et folkeligt mandat er det også vanskeligt at legitimere en ret for domstolene til at sætte deres afgørelse over loven, for i så fald overtager disse reelt lovgivningsmagten – i hvert fald i negativ forstand som organer, der kan afvise folketingsflertallets beslutninger. Prøvelsesretten kan ikke desto mindre legitimeres ud fra en forudsætning om, at domstolene, med Ronald Dworkins ord, alene baserer deres afgørelser på »principles«, mens lovgivningen herudover er baseret på »policies«. Tilsvarende sonder Jürgen Habermas mellem »Normen« og »Werte« som udtryk for de argumentationsformer, der står til rådighed for domstolene – de omtalte normer – og de politiske myndigheder, hvis beslutninger kan være både

278. Jeg er dog enig i, at der generelt må tages forbehold for en retsanvendelse, der fører til »manifestly absurd or morally repugnant results«, jfr. *W.J. Waluchow* 1994 (s. 259ff), der betegner denne reservation som et udslag af »inclusive positivism«. I andre tilfælde – og det er i praksis de fleste – må retsanvenderen imidlertid følge »lovens ord«, selvom resultatet måtte forekomme uhensigtsmæssigt ud fra et socialt eller moralsk synspunkt.
279. Sml. *Peter Blume* 1990.863, der fremhæver »juristernes ansvar i relation til de generelle principper, ud fra hvilke retssystemet i praksis bliver udformet« (s. 890). Forf. går dog videre, når det uden forbehold – og med henvisning til bl.a. Erikssons oprindelige marxistiske programerklæring (jfr. 2. del, kap. 2.2) – fastslås, at »social og materiel retfærdighed er de målsætninger, der må betinge den nærmere fastlæggelse af retskildelæren i relation til nutidens retssystem« (s. 891). Blot få år senere kritiserer samme forf. imidlertid et disputatsarbejde, der eksplicit grunder sig på en naturretlig opfattelse, hvorefter økonomiske og etiske værdier må inddrages som grundlag for fastlæggelsen af retstilstanden (*Blume* 1993.447, jfr. s. 468ff med omtale af *Frederik Harhoffs* afhandling, »Rigsfællesskabet«, 1993).
280. Det hænder ganske vist, at loven selv anviser retsanvenderen at træffe afgørelse ud fra hensynet til »almenvellet«. Sådanne retlige standarder, der henviser til den til enhver tid eksisterende samfundsmoral, kan ikke legitimere afgørelser, der træffes ud fra personlige præferencer. Retsanvenderen må i stedet forsøge at nå et resultat, som harmonerer med bærende retsprincipper, og som også de fleste samfundsborgere (og jurister) vil kunne tilslutte sig, jfr. *Lars D. Eriksson* 1999.4 (10f).

4.4. Forholdet mellem ret og legitimitet

norm- og værdibestemte.²⁸¹ Loven kan dermed underkendes som grundlovsstridig, for så vidt den strider mod konstitutionelle retsprinsipper, hvad enten disse fremgår eksplicit af grundloven eller ej.²⁸²

4.4. Forholdet mellem ret og legitimitet

Rækkevidden af det principielle standpunkt om rettens »grænser« kan præciseres i forskellige retninger: Når *David Doublet og Jan Fridthjof Bernt*²⁸³ vil trække »en legitimitetsgrænse for rettens materielle innhold, basert på et krav om verdiriktighet i forhold til de generelle fornufts- og verdimessige prinsipper samfunnet eller sivilisasjonen ellers bygger på«, og når de videre antager, at disse prinsipper »kan danne grunnlag for en sensur med politikken og dermed med rettens materielle innhold«, kan det umiddelbart synes, som om dette standpunkt afviger fra det her anførte. Her tales tilsyneladende helt generelt om almene fornufts- og verdimæssige prinsipper som en legitim korrektionsfaktor i forhold til lovgivningen og lovgivers intentioner, og det kan umiddelbart være vanskelig at skelne dette standpunkt fra rene naturretlige fordringer til retten om harmoni med universelle værdier. Ikke desto mindre markerer Doublet og Bernt imidlertid selv en grænse for den retsskabende virksomhed, som – i hvert fald i princippet – bringer standpunktet på sikker afstand af det naturretlige ideal. I fortsættelsen understreges det nemlig, at »for at en slik sensur skal kunne legitimeres rettslig, må den være forankret i normer som oppfattes at ligge innenfor rettssystemet selv«, og det tilføjes præciserende: »Det betyr at

281. Jfr. *Jens Teilberg Søndergaard* 2000.57 (s. 67f) med henvisning til Dworkin (1986 s. 410f) og Habermas (1992 s. 309f). Det tilføjes (a.st.), at de fleste retsfilosofiske skoler tilslutter sig denne forudsætning om »bundethed«, således både retspositivismen og hermeneutikken. Henvisningen til Dworkin mere end antyder, at denne forf. ikke – som ellers normalt – bør henregnes som retsidealist, jfr. i samme retning *Ole Hammerslev* 2000.3 s. 16 med påpegning af vigtige fællestræk mellem Dworkins og Ross' retstænkning. Også den af *Karlo Tuori* 1999.5 forfægtede – og af Habermas og Francois Ewald inspirerede – *kritiske positivisme*, hvor »rettens dybdestruktur«, retskulturen, antages at være smeltedigel for sammenføringen af ret og moral, hører til denne kategori. Se endvidere – med kritik af disse tankeretninger – *Lars D. Eriksson* 1993.79 og 1999.4.

282. Standpunktet illustreres klart af Højesterets underkendelse af *Tvindloven* som stridende mod »det retssikkerhedshensyn, der er et bærende hensyn bag magtadskillelsen i (grundlovens) § 3«, UfR 1999.850H, jfr. om dommen *Steen Rønsholdt* 2000.159 med yderligere henvisninger i note 10.

283. 1998 s. 296f.

Kapitel 4. Den juridiske normlære

vi må bygge på at en slik legitimitetsgrense også er en legalitetsgrense, en kompetensebegrensning av konstitusjonell karakter«. ²⁸⁴

I det moderne samfund er dette netop ensbetydende med, at den juridiske metode til syvende og sidst er styret af de ovennævnte retssikkerhedshensyn og retsstatslige værdier i videre forstand, der – om man vil – kan udlægges som en art *materiel* grundnorm for retten og retssystemet i sin helhed. ²⁸⁵ Denne grundnorm står fortsat – i det senmoderne samfund – som et pejlemærke for retsanvendelsen og retsvidenskaben, uanset at de grundlæggende værdier – som hævdet af retspluralisterne – nok så meget står for skud i disse år. Andetsteds fremhæver Doublet og Bernt således udtrykkeligt, at juristen ikke befinder sig ikke »i et postmodernistisk univers uten faste verdimesige rammer eller forståelsesformer«. ²⁸⁶ For *David Doublet* ²⁸⁷ gælder endog, at den nutidige rets værdigrundlag må udledes af de værdier, som prægede den liberale retsstat i forrige århundrede – et standpunkt, som jeg i hvert fald kun kan tilslutte mig, for så vidt angår de grundlæggende hensyn til retssikkerhed og retsstatslighed, og kun under den udtrykkelige forudsætning, at disse grundværdier må forstås i relation til de krav, som retsudviklingen til enhver tid stiller. ^{288 289}

Når naturretlige og moralbaserede forestillinger afvises som legitimeringsgrundlag for retten, tilbagesår spørgsmålet om, hvordan man – ud fra en retspositivistisk position – skal forholde sig til retten i *totalitære* systemer. Dette for retsidealisten helt centrale spørgsmål må ud fra en traditionel retspositivistisk logik besvares med henvisning til, at retsbegrebet er neutralt i forhold til styreform, og at den ved diktaturet etablerede tvangsorden derfor også – i princip-

284. *Ibid.* s. 297.

285. Sml. *Bernt og Doublet* 1993 s. 29, der taler om en »demokratisk retsstatsforudsetning« som et underliggende normativt element i retskildelæren.

286. 1999 s. 486.

287. 1996 s. 436ff.

288. Se med kritik af standpunktet *Dalberg-Larsen* 1996.918 s. 931ff.

289. I afhandlingen »Retssikkerhed og moderne forvaltning« (1997) argumenterer jeg for, at retssikkerhedsidealet må forstås i lyset af udviklingen af statsstyrets virksomhed, og at også andre hensyn end det klassiske hensyn til (myndighedsudøvelsens) forudsigelighed må tillægges betydning, således hensynet til en hensynsfuld og ligeværdig behandling af borgerne, som især er relevant i forbindelse med offentlig servicevirksomhed og samfundsmæssig regulering. Denne opfattelse hævdes udtrykkelig kun som et retspolitisk standpunkt (de lege ferenda), der som sådant ikke kan begrunde udlægninger af gældende ret på tværs af de regler, som lovgivningen selv instituerer. Det udelukker dog ikke, at de nævnte prædikater også kan tillægges betydning i retsanvendelsen og retsdogmatikken. Opfattelsen støtter sig selvsagt på en antagelse om udviklingen af de faktiske forhold, og i det omfang lovgivningen selv afgiver støtte for en antagelse om de nævnte værdiers forrang, må retten således også (de lege lata) kunne anvendes og fortolkes i lyset heraf.

4.4. Forholdet mellem ret og legitimitet

pet – har karakter af en retsorden.²⁹⁰ Det er ikke muligt – på et moralsk grundlag – at udskille den ene retsorden fra den anden, og netop dette standpunkt er uantageligt ud fra en retsidealistisk position og måske i virkeligheden også det stærkeste kritikpunkt mod retspositivismen.²⁹¹ Det er vanskeligt at komme uden om, at det totalitære styres »retsorden« må frakendes karakteren af »ret«, siden den – uafviseligt – fremstår som indbegrebet af »uret«, og dermed som negationen af alt, hvad der i et moderne retssamfund forbindes med dette begreb.²⁹²

Hvor rigtig denne indvending end må forekomme, er den dog ikke i sig selv nogen begrundelse for at anlægge moralske kriterier på den etablerede retsorden for at skelne mellem ret og uret. Det kræver således ingen højere moralnormer at frakende det totalitære styres regelværker og retslige institutioner karakteren af en »retsorden«. Når retten anskues i en samfundsmæssig sammenhæng og dermed som et *magtinstrument*, må der til definitionen af retsbegrebet – som minimum – indlægges en yderligere forudsætning om, at ret ikke alene skabes for at styre bestemte samfundsforhold, hvilket er den indholdsmæssige bestemmelse af retten set i et styringsmæssigt perspektiv.

Retten skabes også i formen som regelværker, der er bindende for regeludsteder selv, for at sikre en *ligelig behandling* af samfundets enkelte individer, og med dette definitoriske kendetegn bliver det muligt analytisk at adskille rets-samfundets retsorden fra det totalitære styres tvangsorden.²⁹³ For uanset hvor meget dette sidstnævnte styre baserer sig på regelværker og retslige institutioner, så vil disse instrumenter dog altid – til syvende og sidst – være underlagt »herskerens« beslutninger med den virkning, at enhver regel og enhver afgørel-

290. I den klassiske weberianske retspositivisme legitimeres retten således alene ved formel legalitet: »Den tilgrunnliggende forestilling er at gennem formelt korrekt, egenmæktig lovgivning kan en hvilken som helst lov skapes eller avskaffes« (Weber 1922 s. 99).

291. Cfr. med stærk afvisning heraf *Ross* 1966 s. 44, som over for påstanden om, at »Hitlers voldsregimente ikke var nogen retsorden«, anfører, at »en deskriptiv terminologi har intet med moralsk godkendelse eller fordømmelse at gøre«. Det sidste er jeg enig i – vanskeligheden er blot, at Ross selv eksplicit afviser betydningen af at udvikle et deskriptivt retsbegreb (s. 43f), og at dette begreb herefter bestemmes snævert som udtryk for en institutionaliseret tvangsorden, der endog tillægges prædikatet »fredsorden« med en – noget provokerende – tilføjelse om, at al ret er »fredsskabende – om det så er den fred der hersker i et tugthus« (s. 78f).

292. Se *Peczenik* op. cit. note 268 som en ihærdig fortaler for dette standpunkt.

293. Cfr. *Ross* 1966 s. 351ff, der henregner dette »formelle« lighedsideal som en del af retfærdighedens idé. Når dette ideal, som hos Ross s. 356, nærmere bestemmes som udtryk for »intet andet end korrekt anvendelse af en almindelig regel«, bliver det imidlertid synonymt med selve retsbegrebet, hvorfor det er overflødigt at anskue det som et udslag af en overordnet ide om retfærdighed. Med retten etableres et værn mod vilkårlighed, og retten bliver på denne måde de retsundergivnes garanti mod den tilfældige eller usaglige forskelsbehandling.

Kapitel 4. Den juridiske normlære

se altid vilkårligt vil kunne ændres, fraviges eller omgås. Det totalitære styre er på denne måde gennemsyret af en vilkårlighed, som netop er negationen af en retsorden, forstået som en orden, der *eo ipso* (også) skal sikre en ligelig behandling af de retsundergivne.

Denne forskel bliver endnu tydeligere, hvis der – i relation til den indholdsmæssige bestemmelse af retten som styringsinstrument – yderligere indlægges en forudsætning om, at ret – med en tankefigur fra Habermas (1981) – skabes i et »kommunikativt«, ræsonnerende fællesskab, som (ideelt set) til enhver tid sikrer, at der i samfundet er fornøden *tilslutning til* det, der fastslås som »gældende ret«. ²⁹⁴ I det før-moderne samfund udkrystalliseres denne ret ved sædvanen, som bliver konstituerende for den retsbevidsthed, der på det almene plan udgør ledetråden for fastlæggelsen af gældende ret. I det moderne samfund overtager loven denne retsnormerende funktion, hvorved det bliver et praktisk spørgsmål, hvordan denne retsform sikres fornøden legitimitet, og dette spørgsmål trænger sig desto mere på, jo mere loven anvendes som instrument i samfundsstyringen. Udviklingen fra datidens enevældige styreformer til nutidens demokratisk-parlamentariske styre illustrerer denne problematik, samtidig med at den understreger betydningen af, at retten må anskues i en samfundsmæssig sammenhæng, som konstituerende for det *retssamfund* der er et af det moderne samfunds vigtigste kendetegn.

Lige så vel som ret i en *samfundsmæssig sammenhæng* – definatorisk – må forstås som normer, der i lige høj grad er gældende for alle individer i det samfund, som retten prætenderer at være gældende for, må ret også – i indholdsmæssig forstand – forstås som normer, der skabes i og af det fællesskab, som samfundet udgør. Normer, der – uden særlig legitimation – skabes af en enkeltperson eller en enkelt gruppe af personer i et samfund, og som tvangsmæssigt søges applikeret på samfundets øvrige medlemmer, kan ud fra denne betragtning ikke anerkendes som »rets«-normer, uanset hvor meget de end i formen måtte fremstille sig selv som sådanne. Det er den påstand, der – vendt mod den traditionelle retspositivisme – hævdes her som et definatorisk skelnemærke, som gør det muligt at adskille den legitimerede retsorden fra den illegitime tvangsorden.

294. I sin diskursetik fremhæver Habermas 1992 s. 138, at »kun de handlingsnormer, som alle potentielt berørte kan tilslutte sig som deltagere i en rationel diskurs, er gyldige«. I virkelighedens verden må den principielle fordring om »alles« tilslutning selvsagt opgives. Denne fordring har kun betydning som en idealtipe og må navnlig ikke forveksles med et moralsk krav til retsordenen. Denne ordens karakter af ret forbliver uantastet, selv hvor retten undsiges moralsk af et stort mindretal eller måske endog slet ikke efterleves i praksis af flertallet af samfundets medlemmer, således som det kan være tilfældet med de hastighedsgrænser, der fastsættes i medfør af færdselsloven.

4.4. Forholdet mellem ret og legitimitet

Antagelsen herom kan ikke tages til indtægt for en påstand om, at retten i sig selv er eller må være funderet i moralske forestillinger og/eller, at den altid må realiseres i lyset af moralsk begrundede forestillinger om »det gode liv«. For rent bortset fra, at en sådan forudsætning aldrig vil kunne verificeres, siden der ikke kan gives entydige svar på, hvad »det gode liv« implicerer i praksis, så vil den kompromittere selve rettens væsen som normer, der til stadighed skabes og omskabes i et diskursivt fællesskab i takt med de udfordringer, som de skiftende livsomstændigheder frembyder. Moralnormer er – i modsætning hertil – altid normer, der hævdes som universelle, evigtgyldige sandheder, selv om de – i virkelighedens verden – aldrig så meget skifter karakter over tid. Som sådan vil bestræbelser på at sætte moralen i højsædet – som et korrektiv til retsskabelsen og retsanvendelsen – altid blive en spændetrøje for retten og retsudviklingen, medmindre – naturligvis – normerne formuleres så generelt, at de alligevel ikke vil kunne få nogen praktisk betydning. Men hvorfor så gøre sig ulejligheden, kan man spørge.²⁹⁵

Den eneste praktisk relevante konsekvens, der kan udledes af standpunktet ovenfor, er, at retsskabelsen og retsanvendelsen – i en eller anden udstrækning – altid må have samfundsmedlemmernes tilslutning. Om ikke andet, så dog som en tilslutning til de institutioner og procedurer, hvorved retten skabes og anvendes. I modsat fald vil retsordenen tendere mod at udvikle sig til en ren tvangsorden uden legitimitet i det samfund, som den skal gælde for.²⁹⁶ På den måde er der – stadig anskuet i et samfundsmæssigt perspektiv – en utvivlsom sammenhæng mellem ret og legitimitet. Inden for rammerne af et normalt fungerende retssamfund, som nyder udbredt tilslutning fra samfundsmedlemmerne, spiller denne sammenhæng imidlertid en mindre rolle.²⁹⁷ I *retslivet* kan denne sammenhæng højst få betydning på den måde, at retslivets institutioner – i de relativt få situationer, hvor lovens ord er uklare, og hvor forskellige resultater

295. Jfr. ligeledes *Habermas* 1994.135: »Positive law has formal properties that recommend it as a suitable instrument for stabilizing behavioral expectations; there does not seem to be any functional equivalent for this in complex societies. Philosophy makes unnecessary work for itself when it seeks to demonstrate that it is also morally required that we organize our common life by means of positive law. The philosopher should be satisfied with the insight that in complex societies, law is the only medium in which it is possible reliably to establish morally obligated relationships of mutual respect even among strangers«.

296. Den praktiske betydning heraf vil være, at det enkelte individ kan imødegå offentlig myndighed med civil ulydighed, jfr. om »privat modstandsret« i forfatningsretlig belysning *Zahle* 1997/3.263ff. Se endvidere *McCoubrey* 1997 med en analyse af retspositivistiske, -idealistiske og andre positioner i forholdet til spørgsmålet.

297. For så vidt kan retsnormerne – med *Ross* 1966 s. 73ff – opfattes som »fritstående imperativer« uden moralske konnotationer.

Kapitel 4. Den juridiske normlære

kan have lige meget for sig – må træffe deres afgørelse ud fra en – altid usikker – kalkulation over, hvad der tjener »almenvellet« bedst – hvad der på kort såvel som på langt sigt er størst mulig opbakning til, eller hvad der vil være forbundet med de færrest mulige skadevirkninger for samfundets enkeltindivider.²⁹⁸

For en juridisk metodelære, der skal afspejle disse tilgange til retten, er det vigtigt at slå fast, at retten ikke skabes og anvendes i et »tomrum«, men at den udspringer af nogle samfundsmæssige forhold, som den tager sigte på at regulere. I den sammenhæng må »gældende ret« opfattes som den ret, der også er legitimeret institutionelt og proceduremæssigt såvel som ud fra overvejelser om konkrete afgørelser samfundsmæssige virkninger i tilfælde, hvor den positive ret ikke selv giver svar på, hvordan en retstvist skal løses. Ligeledes må den i retten og retsbegrebet iboende forudsætning om, at samfundsmedlemmerne behandles »lige for loven«, indicere et krav om, at retten ikke vilkårligt fraviges i enkelttilfælde. Omvendt har metodelæren ikke nødvendigvis at udvikle særlige »retfærdighedsteorier« til begrundelse for eller legitimering af retten som »gældende ret«.

Sådanne bestræbelser, der reelt vil forlene retsvidenskaben med en rolle som »retfærdighedens vogter«, vil tværtimod kunne være undergravende for den almene respekt, der i et retssamfund bør stå om den etablerede retsorden.²⁹⁹

298. Dette forbehold kan da opfattes som et andet element i den ovenfor note 278 omtalte »*inclusive positivism*«.

299. Jfr. *McCormick* 1981 s. 24: »Since whatever is law must be moral, governments must be disobeyed or even overthrown if what they propound as »law« is not morally justified«.

KAPITEL 5

Den juridiske argumentationslære³⁰⁰

5.1. Retsteori og retspraksis

Ross' prognoseteori skriver sig tilbage fra en tid, hvor domstolene endnu kunne hævde en slags primat i retslivet – som den retningsgivende instans for fastlæggelsen af gældende ret på de fleste betydende områder. De tider synes, om ikke at være helt forbi, så dog stærkt på retur. På voksende områder glimrer domstolene ved deres fravær med den virkning, at retsteorien – hvis man fastholder Ross' prognose- og korrespondenteorier – må afstå fra at udtale sig definitivt om »gældende ret«. En teori, der skal matche denne virkelighed, må anerkende, at der også findes andre legitime aktører i retslivet end domstolene.

Det sidste er da også netop polycentrikernes udgangspunkt,³⁰¹ men konklusionen – at der må arbejdes med en *myndighedsspecifik retskildelære* – er heller ikke uden videre tilfredsstillende. Konsekvensen af denne betragtning synes at måtte være, at der må regnes med flere begreber om »gældende ret«. Det kan betyde ét af to: nemlig *enten* at udsagn om gældende ret kan udtrykkes med varierende grader af styrke, afhængig af om de støtter sig på domspraksis eller myndighedspraksis, *eller* at myndighedernes praksis må anerkendes som en ligeberettiget bestanddel af gældende ret på linje med retspraksis.

Den første model er måske ikke så problematisk ud fra en normativ betragtning. Det er den derimod ud fra en rent praktisk – analytisk – synsvinkel, for så vidt som den implicerer et krav om, at udsagn om gældende ret på områder, hvor der savnes en egentlig retspraksis, må støttes – og kun kan støttes – på

300. Se for en oversigt over den historiske udvikling af den juridiske argumentationslære *Jørgen Dalberg-Larsen og Jens Evald* 1998 s. 69ff; her med yderligere henvisninger s. 81f til den nordiske litteratur om juridisk argumentation. Til forskel fra disse forf. behandles i nærværende kap. alene de teoretiske og begrebsmæssige rammer for den juridiske argumentationslære – ikke indholdet af denne lære som sådan.

301. Se 2. del, kap. 7.1.

Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære

studier af myndighedspraksis. Retsteorien har med andre ord – fortsat – ingen selvstændig funktion. Retsbeskrivelse forskydes fra at være et spørgsmål om domsbeskrivelse til at være et spørgsmål om *praksisbeskrivelse*.³⁰²

Den sidste model synes derimod at måtte afskrives som et veritabelt brud på *forestillingen om retsenhed*. Det kan ikke være meningen, at domstolene skal acceptere en myndighedspraksis, der er blevet til ud fra andre retskildeprincipper og andre normer for retlig argumentation end dem, som domstolene selv anerkender. Det er dog ikke desto mindre, hvad der synes at ligge i den polycentriske retskildeteori, som også i andre henseender betegner et opgør med ideen om retsenhed. Myndighedspraksis må ud fra denne betragtning anerkendes som en *selvstændig retskilde*, der kan sætte sig igennem på tværs af lovgivers intentioner i kraft af en retssædvane.

I relation til den – summariske – fremstilling ovenfor (kap. 4.4) af gældbegrebet må det noteres, at et sådant brud på retsenheden er ensbetydende med, at der må opereres med et pluralistisk gældbegreb: Myndighederne er ikke bundet af domstolenes form for rets(kilde)anvendelse – og vice versa, og ingen af disse aktører er for den sags skyld bundet af teoriens opfattelse af, på hvilket grundlag gældende ret skal fastlægges. Hvilken ret der »gælder«, afhænger derfor – ud fra dette standpunkt – af, hvem man spørger.

Polycentrikeren synes at kunne forenes med Ross i sin fiksering på (domstols- og myndigheds-)praksis som determinerende for, hvad der skal forstås som gældende ret. Heroverfor kan det – med Stuer Lauridsen (1974, 1977, 1992) – indvendes, at retsdogmatisk korrekthed ikke beror på domstolenes eller andre retshåndhævende myndigheders handlinger, men udelukkende på, om de retslige udsagn har støtte i de anerkendte normer for korrekt retskildebrug og retlig argumentation (den såkaldte *kohærenslære*). Med et sådant – rent normativt (ikke-empirisk) – begreb om gældende ret bliver det muligt at skelne mellem forskellige former for retlig beskrivelse: teoretisk beskrivelse, domsbeskrivelse og praksisbeskrivelse.³⁰³

Hvad der på denne baggrund mere eksakt skal betragtes som »gældende ret«, bliver et rent terminologisk spørgsmål. Åke Frändberg³⁰⁴ foreslår – omend »utan hopp om framgång« – at udtrykket »gældende ret« udelukkende reserveres for regler, som faktisk anvendes, og at man i stedet taler om juridisk »mulige retsregler«, når der blot menes regler, der har støtte i retskildelæren.

302. Se om praksisbeskrivelse i forvaltningsretten Kristian Andenæs 1992.107 og Erik Boe 1989.213.

303. Sml. Stuer Lauridsen 1977 s. 211, der sonderer mellem *retsbeskrivelse* og *domsbeskrivelse*. Se videre om kohærenslæren nedenfor i afsnit 3.

304. 1984 s. 64.

Betragtningen begrundes dels praktisk, dels teoretisk. For lægmanden, der spørger sin advokat til råds om grænserne for det lovlige, har det næppe megen værdi at blive rådgivet på grundlag af en teoretisk udlægning af gældende ret, hvis det dog må stå klart, at denne udlægning ikke – for tiden – har støtte i rets- eller myndighedspraksis. Hertil kommer, at retskildelæren er relativt ubestemt og i enkelttilfælde egnet til at generere nok så forskellige, ja undertiden helt modsatrettede synspunkter.

Selv om disse betragtninger har meget for sig, er konklusionen efter min opfattelse ikke berettiget. Ræsonnementet forudsætter – hvad Frändberg synes at overse – at rets- og myndighedspraksis kan danne grundlag for sikre konklusioner og *derpå* støttet entydig rådgivning af advokaternes klienter. Denne forudsætning bestrider Frändberg imidlertid selv gyldigheden af med sin fremhævelse af retskildelærens relative ubestemthed. Hvis retskilderne, hvortil praksis må henregnes som en væsentlig bestanddel, ikke kan give afsæt for sikre svar om gældende ret, er det vanskeligt at forstå, at rene praksisstudier skulle kunne danne grundlag herfor.

Hvis endvidere Frändbergs advokat indskrænker sin rådgivning til de absolut sikre udsagn om »gældende ret«, dér hvor der foreligger entydige præjudikater, og/eller hvor lovens ord er umisforståelige, så er det reelt ensbetydende med, at retsteorien skubbes ud på et sidespor. Den konstruktive, kritiske linje, som Frändberg selv – andetsteds³⁰⁵ – opfordrer til, vil være spildt. Ingen advokat vil nogensinde drømme om at procedere på et synspunkt, der kun har støtte i teorien. Der synes på den måde at være indbygget en diskrepans i Frändbergs retsteori.

5.2. Retsdogmatik og retspolitik

Den teoretiske konsekvens af Frändbergs standpunkt synes at måtte blive, at området for retsdogmatisk virksomhed indskrænkes betydeligt, og at ansatser til enhver form for retskritik omvendt uden videre må henregnes som udslag af en *retspolitisk* bestræbelse. Denne konsekvens, der på forhånd fratager retsteorien en væsentlig del af dens argumentationsmæssige tyngde, er set fra et (rets-)videnskabeligt synspunkt uantagelig. Hvis enhver form for retskritik blot kan stemples som retspolitisk, får retsteorien – alene af den grund – ikke megen gennemslagskraft for selvstændige standpunkter.

Det er vel også symptomatisk, at Frändberg ikke selv vil drage denne konsekvens. Idet hans retsteori overhovedet synes at savne et begreb om retspolitik,

305. *Ibid.* s. 66.

Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære

vil han i stedet skelne mellem retsdogmatik i *snæver* forstand forstået som bearbejdning og videreudvikling af retsstoffet på grundlag af sædvanlig retskildelære, og retsdogmatik i *vid* forstand, som tillige indbefatter retshistoriske, -sociologiske og -komparative undersøgelser, når disse udgør en integreret bestanddel af den strikt retsdogmatiske fremstilling.³⁰⁶

Sondringen løser dog næppe det problem, som man står over for her. Hvad Frändberg kalder retsdogmatik i vid forstand, er for mig at se temmelig oplagt det, der sædvanligvis forstås ved retspolitik. Hvis man i sin argumentation for en given opfattelse af gældende ret bevæger sig ud over den metode og teknik, som kendetegner retlig argumentation og retskildesøgning, så er opfattelsen per definition retspolitik. En argumentation, der baserer sig på retshistoriske, -sociologiske og/eller -komparative studier ligger uden for, hvad der kan betragtes som retlig i snæver forstand. Spørgsmålet er imidlertid, om teoriens anbefalinger af givne udlægninger af gældende ret, som alene beror på en anden vægning af retskildematerialet og/eller en stærkere betoning af grundlæggende principper, hensyn og værdier end den, myndigheder og domstole lægger til grund, skal betragtes som et udtryk for gældende ret. Dette spørgsmål må efter min opfattelse besvares bekræftende.

Det afgørende er ikke – og kan ikke være – om en udlægning af gældende ret er i strid med et præjudikat. Det følger allerede af, at selv højesteretspræjudikater ikke er bindende for domstolene (Højesteret) selv. Hvorfor de så skulle være det for retsteorien, forekommer ikke indlysende. Har man én gang erkendt, at retsteorien – som al anden videnskab – må stå på sine egne ben, er det klart, at det afgørende for, om et vist udsagn kan betragtes som gældende ret, må være *argumenternes vægt* – og til den ende er det principielt irrelevant, om domstolene har truffet den ene eller den anden afgørelse. Det er ikke afgørelsen som sådan, der har nogen betydning for en teoretisk betragtning – det har alene de argumenter (præmisses), som afgørelsen baserer sig på, og hvad det angår, må det være legitimt for teorien at sætte sit eget skøn i stedet og hævde sine udsagn om den rette løsning af bestemte retsspørgsmål som påstande om gældende ret.³⁰⁷

306. *Ibid.* s. 65f.

307. Cfr. herimod *Peter Blume* 1993.447 s. 452ff med en kritik af kohærenslæren, der efter hans opfattelse »uvilkårligt fører til en voldsom opprioritering af retsvidenskabens position« med den virkning, at der banes vej for »en genintroduktion af den naturretlige tendens« (s. 452). Dette synspunkt forekommer dog at være for smed at rette bager; de to ting har intet som helst med hinanden at skaffe, hverken logisk, praktisk eller på anden måde. Spørgsmålet har – logisk set – intet at gøre med, hvorvidt retsdogmatikkens udsagn skal eller kan betragtes som en del af retskilderne, jfr. herom nedenfor kap. 7.1.

5.2. Retsdogmatik og retspolitik

Under alle omstændigheder er der netop kun tale om påstande, og en påstand om gældende ret kan for den sags skyld være åbenlyst urigtig. Det bliver påstanden blot ikke mindre »retsdogmatisk« af. Det spiller ingen rolle, om påstanden på forhånd må bedømmes som mere eller mindre »rigtig«. Også en påstand, der udlægger gældende ret så at sige på tværs af lovens klare ord, er for så vidt retsdogmatisk. Retsdogmatiske påstande eller *hypoteser* må således ikke forveksles med retsdogmatiske *teorier* i videnskabelig forstand.

En endelig stillingtagen til en retsvidenskabelig hypotese må, som *Preben Stuer Lauridsen* siger,³⁰⁸ »bero på en *inter-subjektiv* bedømmelse der lader sig foretage også af andre end forfatteren selv«. En egentlig teori – forstået som en verificeret hypotese – bliver der således først tale om i det øjeblik, der hersker udbredt *konsensus* om rigtigheden af den pågældende påstand. En konsensus, der vel at mærke er begrænset til at omfatte retsvidenskabens egne aktører.

En teori kan danne grundlag for forudsigelser af fremtidig dommeradfærd, men det må ligefuldt fastholdes, at retspraksis ikke i sig selv er noget endegyldigt verifikationskriterium i forhold til retsteoriens påstande om gældende ret. Hvad domstolene måtte mene om spørgsmålet, er for så vidt underordnet. Netop derved adskiller disse forestillinger om gældende ret sig fra Ross' domstolsfikserede prognoseteori (og – kunne man tilføje – fra den praksisfikserede polycentrerteori).

Retsdogmatik er som tidligere hævdet en normekspressiv videnskab: De påstande, der fremsættes, er påstande om, hvad der skal betragtes som *korrekt/ukorrekt* adfærd. Retsvidenskabelige påstande kan, som andre videnskabelige påstande, være *sandel/usande* i forhold til et givet verifikationskriterium. Med kohærenslæren antages her, at kriteriet er, om der i det retsvidenskabelige samfund er enighed om at acceptere en given påstand som en sand udlægning af gældende ret. *Svend Gram Jensen* (1998 s. 71) skelner tilsvarende mellem begrebsparrene korrekt/ukorrekt og sandt/usandt (falsk), men vil reservere brugen af sidstnævnte begrebspar til naturvidenskabelige sammenhænge, hvilket i hvert fald næppe er i overensstemmelse med sædvanlig – videnskabsteoretisk – begrebsanvendelse.³⁰⁹

Det må herved tages i betragtning, at spørgsmålet *i praksis* er yderst hypotetisk: Alene forestillingen om, at der skulle foreligge fuldstændig konsensus i retsvidenskabens om en – i forhold til praksis afvigende – teori, er nærmest utænkelig, og hvis der virkelig skulle opstå en sådan situation, er det formentlig usandsynligt, at domstolene vil sidde teoriens rekommandationer overhørig. Hvis domstolene ikke desto mindre skulle fastholde en vis praksis imod et *enigt* retsvidenskabeligt forum, måtte dette i givet fald give stof til eftertanke hos retsfor-

308. 1977 s. 207.

309. Se hertil nedenfor kap. 7.1 in fine.

Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære

skerne. Den teoretiske hypotese måtte da enten revideres (trækkes tilbage) eller afføde et (retspolitisk) forslag om et direkte lovindgreb til afklaring af retstilstanden. En konflikt mellem teori og praksis ville på den måde næppe blive langvarig.

De tilbagevendende diskussioner om domstolenes begrundelsespligt efter retsplejelovens bestemmelser om varetægtsfængsling kan illustrere forholdet: Efter den oprindelige bestemmelse i Retsplejelovens § 780 skulle fængslingskendelsen angive »de grunde, hvorpå fængslingen støttes«. I praksis var begrundelserne dog ofte meget summariske, og det gav anledning til en tiltagende kritik fra advokatside og i retsteorien.³¹⁰ Kritikken førte i 1978 til en skærpelse af begrundelseskravet, hvorefter fængslingskendelsen nu skal angive »de konkrete omstændigheder i sagen« (§ 764, stk. 4). Ændringen har dog muligvis ikke haft den ønskede effekt – i hvert fald fortsætter kritikken af domstolenes fængslingspraksis.³¹¹

5.3. Stuer Lauridsens kohærenslære

Sandhedsværdien af en given retsteori beror efter det anførte på graden af konsensus i det retsvidenskabelige univers. En påstand om gældende ret er »sand« i samme udstrækning, den vinder gehør blandt retsvidenskabens øvrige aktører; og en påstand må – i princippet – karakteriseres som retsdogmatisk, uanset om den strider mod selv klare højesteretspræjudikater, når den i øvrigt støtter sig på traditionel retlig argumentation og retskildeanvendelse. Det er således – efter denne betragtning – alene *metoden*, der er bestemmende for, om en vis påstand skal henregnes som retsdogmatisk eller noget andet – typisk retspolitisk.

Det første – om sandhedsværdien som et spørgsmål om konsensus – stemmer med Stuer Lauridsens kohærenslære,³¹² hvorefter en påstand om, at en vis regel er gældende, er sand, hvis dens sproglige og retlige konsekvenser er holdbare bedømt ud fra de for retsanvendelsen gældende regler, og hvis udtalelsen yderligere er i harmoni med andre (kompetente juristers) opfattelse af gældende

310. Jfr. *Beretning fra forsvarerudvalget af 1966* (Advokatbladet 12/1968.117ff) og *Hans Gammeltoft-Hansen* 1972.244 og 1976 s. 125.

311. Se om forslaget til den nye bestemmelse *Betænkning om anholdelse og varetægt* nr. 728/1974.41, og med kritik af praksis *Preben Wilhjelm* 1988 og *samme* 1989.331; jfr. endvidere med kommentar til Wilhjelm's kritik *Eva Smith* 1999 s. 77f.

312. *Stuer Lauridsen* 1974 s. 207ff – hvor kohærensbegrebet dog ikke nævnes – og *samme* 1977 s. 214ff og 1992 s. 62ff.

ret.³¹³ Hermed løsrives teoriens påstande om gældende ret effektivt fra retspraksis som eneste gyldige ledetråd for disse udsagn og sammenknyttes i stedet med anden teori, som dermed – i operationel henseende – kommer til at udgøre et lukket, selvrefererende system. I kognitiv henseende er teorien derimod fortsat – i kraft af dens fundering i anerkendte retskilde- og fortolkningsprincipper – at ligne med et åbent, dynamisk system.

Det sidste – antagelsen af *enhver* påstand, der støtter sig på gængs juridisk metode, som retsdogmatisk – er derimod tilsyneladende ikke indbefattet af Stuer Lauridsens lære. For denne forfatter synes det tværtimod at være et hovedanliggende at få anerkendt »retspolitisk« analyse som et ligeværdigt element i det retsvidenskabelige arbejde.³¹⁴ Stuer Lauridsens opfattelse er herved udviklet i direkte opposition til Ross' betragtning om, at retspolitisk *udelukkende* kan være udtryk for en rent subjektiv virksomhed.³¹⁵ Det er den ikke for Stuer Lauridsen, og heri er jeg enig med denne forfatter. Retspolitisk virksomhed rummer også elementer af objektiv (konsekvens-)analyse, f.eks. af typen: Under visse givne værdimæssige forudsætninger må retssystemet udformes på nærmere specificeret måde. Det er udviklingen af sådanne konkrete handlingsforslag, der gør det naturligt at henregne retspolitikken som et videnskabeligt anliggende.

Terminologisk kan forholdet udtrykkes på den måde, at retspolitikken altid afspejler en *normativ* vurdering af de omhandlede momenter, mens en retskritik, der fremsættes på retsdogmatisk grundlag, fremstår som *præskriptiv*.

313. *Op. cit.* 1974 s. 185 og 1992 s. 111f. Se med kritik af denne opfattelse *Henrik Palmer Olsen* 2000.56. At metoden, som anført af Stuer Lauridsen, »sættes« af kompetente fagfæller, har den juridiske metode til fælles med al anden videnskab, og at konsensus blandt fagfolk kan være mindre udtalt, eventuelt helt fraværende, idet der måske endda kan argumenteres lige godt for divergerende antagelser, rokker ikke ved holdbarheden af dette intersubjektivitetskriterium. I hvert fald er der ikke andre end fagets udøvere selv, der kan vurdere metodemæssige spørgsmål, og videnskabelige resultater, der ikke kan kontrolleres under anvendelse af en metode, som (de fleste af) fagets udøvere er enige om, kan ikke gøre krav på at blive taget alvorligt. Kritikken af dette kriterium bunder i en forestilling om, at det skulle være muligt i stedet at indsætte nogle universelle – moralbetingede – sandhedskriterier for metodevalget. Sådanne kriterier vil imidlertid altid forblive ubeviselige og dermed uden videnskabelig status, og hvis de i øvrigt ikke vinder gehør i det juridiske univers, får de under alle omstændigheder ikke nogen betydning for metodeudviklingen. Se endvidere til spørgsmålet *Peter Blume* 2000.76.

314. *Ibid.* 1974, 1977 s. 139ff og 1992 s. 88ff.

315. *Alf Ross* 1966 s. 417ff.

Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære

For Stuer Lauridsen er retsdogmatik og retspolitik blot »to sider af samme sag«, ³¹⁶ og retspolitik er for ham altid et spørgsmål om *analogisk udvidelse* af allerede gældende reglers og princippers anvendelsesområde. ³¹⁷ Forskellen mellem analogislutninger *de lege lata* og analogislutninger *de lege ferenda* er alene, at »der inden for det retsdogmatiske analogiproblem sættes langt snævrere grænser for, hvilke overvejelser der kan inddrages, og hvilke resultater der kan nås, end det er tilfældet for retspolitikens vedkommende«. ³¹⁸

Dette standpunkt forekommer dog – som forfatteren nærmere udvikler det ³¹⁹ – ikke helt klart. På den ene side afviser Stuer Lauridsen den af Ross foreslåede sondring mellem retspolitiske udsagn *de lege ferenda* og *de sententia ferenda*. Skillelinjen mellem retsdogmatik og retspolitik må i stedet lægges mellem »på den ene side retsdogmatik de lege lata med eventuelt tilhørende kritiske kommentarer til domstolsafgørelser og forslag til ændret praksis og på den anden side retspolitik de lege ferenda«. ³²⁰

På den anden side knytter Stuer Lauridsen i sit afgrænsningsforsøg an til *retstraditionen*, idet det afgørende – for bedømmelsen af et givet udsagn som retsdogmatisk respektive retspolitisk – er, om den kritiske kommentar holder sig inden for rammerne af »den sædvanligt accepterede juridiske metode«. ³²¹ Spørgsmålet er da, om det er *formen eller indholdet*, Stuer Lauridsen har i tankerne, når han taler om »den sædvanligt accepterede metode«. Retlig argumentation (og retskildesøgning) er – som jeg har forudsat ovenfor – kendetegnet ved en særlig form i den forstand, at det er bestemte *typer af argumenter*, som udgør den juridiske metode – argumenter, som i hvert fald negativt er kendetegnet ved at være af ikke-empirisk karakter. ³²²

Imidlertid synes det snarere at være indholdet af den juridiske metode, Stuer Lauridsen refererer til – de *resultater* med andre ord, som metoden leder frem til, når gældende ret skal fastlægges. Grænserne for retsdogmatisk argumenta-

316. 1974 s. 614.

317. Se med tilslutning *Peter Blume* 1995.812 s. 841.

318. *Ibid.* s. 615.

319. *Ibid.* s. 301ff.

320. *Ibid.* s. 332. Se herimod *Svend Gram Jensen* 1998 s. 63ff med en fastholdelse af sondringen. Synspunktet er da også – isoleret set – lidt vanskeligt at forstå: En kritik af en retsafgørelse behøver ikke at være udtryk for, at man mener, at afgørelsen er dikteret af en forkert retskildeanvendelse. Forskellige resultater kan have lige meget for sig, og kritikken kan i så fald bedre formuleres som en retspolitisk anbefaling om, at det retskildemæssige materiale vægtes (fortolkes) på en anden måde, end domstolen har gjort det. Cfr. herimod klart *Stuer Lauridsen* 1974 s. 330, hvorefter en sådan kritik må adresseres til lovgiver. Spørgsmålet behandles nærmere nedenfor i kap. 5.4.

321. *Ibid.* s. 324, jfr. s. 381 og 615.

322. Jfr. herom nærmere nedenfor kap. 5.6.

tion sættes af de principper, hensyn og værdier, som generelt er fremherskende på det tidspunkt, hvor de pågældende udsagn fremsættes. Det er således *traditionen i indholdsmæssig forstand*, som forfatteren vil binde sin sondring mellem retsdogmatik og retspolitik op på. Hvis argumentationen baserer sig på andre principper, hensyn og værdier end de gængse, er den som sådan retspolitisk. En argumentation på et sådant grundlag kan ganske vist være fuldt legitim, for som Stuer Lauridsen bemærker: »Samfundet udvikler sig, og der opstår til stadighed situationer og tilfælde, som ikke tidligere var kendt, ligesom der hele tiden sker visse skift i værdier og vurderinger, som medfører et ændret syn på kendte problemers rette løsning«. ³²³ Argumentationen kan blot ikke danne grundlag for udsagn om gældende ret.

Med tanke på argumentations- og retskildelærens relative ubestemthed er det imidlertid næppe hensigtsmæssigt på denne måde at knytte an til bestemte indholdsmæssige forestillinger om samme som grundlag for en distinktion mellem retsdogmatik og retspolitik. Hvis retstraditionen i indholdsmæssig forstand skal lægges til grund for en sådan sondring, bliver resultatet uvægerligt, at retsvidenskaben bliver en fortidsvendt beskæftigelse.

Til sammenligning opstiller *Peter Blume* ³²⁴ et gældbegreb, som tilsyneladende baserer sig på en sondring mellem dette begrebs formelle og materielle elementer: »En regel er en del af gældende ret, hvis dens normative indhold er udledt ved sædvanlig *anerkendt tolkning* af de foreliggende retskilder *og indholdet er i overensstemmelse med de almindelige samfundsmæssige udviklingstendenser, der gør sig gældende på det reguleringsområde, som reglen tager sigte på*« (min fremhævelse). ³²⁵

Med dette – i indholdsmæssig forstand – »dynamiske« gældbegreb holdes det ydermere åbent, om en retskritik er rettet mod domspraksis eller mod den positivt fastsatte retsorden, hvilket også forekommer mest konsekvent. Der er ingen grund til på forhånd at udgrænse den retskritik, der retter sig mod loven, som retspolitisk. Enhver retsvidenskabelig analyse af et positivt retsstof repræsenterer for så vidt en *anvendelse* af samme, med hvad dertil hører af lovfortolkning og retlig argumentation i øvrigt. Der ses ikke at være nogen grund til at fremstille en lovfortolkning *contra legem* som noget, der per definition er retspolitisk. Hvis udsagnet er formuleret som en *indskrænkende fortolkning* af lovens ord, er dette for så vidt retsdogmatisk, således som det også klart er tilfældet, når den indskrænkende fortolkning baserer sig på en »retsædvane«.

323. *Ibid.* s. 381f.

324. 1990 s. 35.

325. Sml. *Doublet og Bernt* 1999 s. 486f med bemærkning om, at »den juridiske metode må være *prosessorientert*«.

Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære

Hvad der skiller retsdogmatik fra retspolitik er efter det her anførte principielt noget metodemæssigt. Ethvert udsagn, der – i formen – støtter sig på retlig argumentation og retskildesøgning, er et udsagn om gældende ret. Medmindre naturligvis den, der fremsætter udsagnet, ikke vil eller tør give sin fremstilling en så forpligtende udformning. For der er selvsagt heller ikke noget i vejen for, at en måske »dristig« fortolkning eller bevidst tilsidesættelse af et præjudikat lanceres som en retspolitisk påstand. Retsvidenskaben definerer – i princippet – selv, hvilken status dens udsagn skal tillægges; og retsvidenskabelige udsagn kan omvendt ikke frakendes deres status som udsagn om gældende ret blot, fordi de måske går på tværs af »retstraditionen« i indholdsmæssig forstand.³²⁶

Hvis man anerkender retsvidenskabens »ret« til at udlægge gældende ret contra legem såvel som contra sententia, og herunder til at tilpasse retsopfattelsen til »de almindelige samfundsmæssige udviklingstendenser«, må det til gengæld erkendes, at myndigheder og domstole må kunne udvikle deres egen praksis »ubundet« af teoriens opfattelser: Praksis er lige så lidt forpligtet af teorien, som teorien er af praksis. At en konflikt mellem teori og praksis kun sjældent vil få lov at vare ved i længere tid, betyder ikke, at standpunktet er uden praktisk betydning. For retsvidenskaben må det i hvert fald indebære en forpligtelse til at stille op med en *overbevisende argumentation*, hvis den ønsker at gå imod lovens eller en doms klare ord.

En sådan argumentation kan muligt forudsætte en nærmere analyse af de omstridte retsforhold ud fra retshistoriske, -sociologiske og -komparative synspunkter – med andre ord en retspolitisk analyse.³²⁷ Lige netop her går imidlertid som nævnt grænsen mellem retsdogmatisk og retspolitisk analyse. Hvis argumentationen ikke kan bære så at sige på det »foreliggende grundlag«, men kræver videregående undersøgelser på et andet metodisk grundlag end et rent juridisk, kan den ikke (i sig selv) danne grundlag for et udsagn om gældende ret.³²⁸

Spørgsmålet om gældende ret i retsteoretisk forstand er derfor altid – når det drejer sig om tvivlsomme retsspørgsmål – noget relativt. Retsforskeren kan fremsætte sit udsagn som en påstand om gældende ret, men det står enhver frit for at indvende, at påstanden ud fra andre synspunkter end de rent retlige, som

326. Dette forhold bevirker ikke i sig selv, at retsdogmatikken antager karakter af en »retskilde«, cfr. antagelsen herom hos *Peter Blume* 2000.76 s. 78 med en kritik af, at en afhandling angiver sit formål som »at blive gældende ret« (*Peter Mortensen: Landbrugsforpagtning*, 1999); denne kritik kan jeg ikke tilslutte mig.

327. Jfr. herom nedenfor kap. 5.7.

328. Sml. *David Doublet* 1995 s. 19ff, der afgrænser den juridiske argumentation om retsdogmatiske spørgsmål til det, der kan vurderes på rent juridiske præmisser ud fra det juridiske fællesskabs normer – det, der her forbindes med »den juridiske metode«.

5.4. Særligt om folketingsbeslutninger – et eksempel

har motiveret påstanden, fører til urimelige eller uhensigtsmæssige resultater og derfor ikke bør appliceres som en del af gældende ret. I så fald kan påstanden højst anerkendes som et retspolitisk udsagn.

5.4. Særligt om folketingsbeslutninger – et eksempel

Når det ovenfor hævdes, at retsvidenskaben selv må definere, hvilken status dens udsagn skal tillægges, må det – efter det netop anførte – forstås med det forbehold, at det er retsvidenskaben *som helhed*, og ikke den enkelte retsforsker, der i sidste ende afgør dette spørgsmål. Et eksempel til illustration kunne være den forfatningsretlige debat om *folketingsbeslutningers retlige status*, hvor opfattelsen hidtil har været, at folketingsbeslutninger – af formelle grunde – ikke kan antages at have nogen retlige virkninger uden for de tilfælde, hvor (grund-)loven udtrykkeligt tillægger dem sådanne.³²⁹

Heroverfor har *Henrik Zahle*³³⁰ antaget, at disse beslutninger må opfattes som retligt bindende tilkendegivelser, i hvert fald i forhold til deres umiddelbare adressater, regeringen og de pågældende ministre og embedsværker: »Hvis folketingets beslutninger ikke efterleves, pådrager ministeren sig ansvar«.³³¹ Standpunktet, der senere er modificeret til, at beslutningerne kun har virkning på samme niveau som lovforarbejder,³³² begrundes dels ud fra et sædvaneretslignende postulat: Praksis har allerede udviklet sig i retning af anerkendelse af folketingsbeslutninger som retligt bindende; og dels ud fra en hensigtsmæssighedsvurdering: Folketingsbeslutninger er et både fleksibelt og nødvendigt reguleringsinstrument for Folketinget i en situation, hvor der kan samles et flertal uden om regeringen, og hvor lovformen er uegnet.³³³

Et sådant udsagn må formentlig – uanset forfatteren fremsætter det som et udtryk for, hvad han selv mener er gældende ret – betragtes som retspolitisk. Dette allerede af den grund, at standpunktet i realiteten baserer sig på en argumentation, der – på et centralt punkt – afviger fra gængs argumentationslære, idet Henrik Zahle udtrykkeligt tager udgangspunkt i en forestilling om myndighedspraksis som en selvstændig retskilde, vel at mærke i den betydning, at det er praksis i dens objektive fremtræden – i modsætning til den subjektive retsopfattelse hos statslivets aktører – der herved lægges til grund. Dermed fravi-

329. Ross 1980 s. 313 med note 1.

330. 1986/2 s. 137ff og s. 141ff.

331. *Ibid.* s. 143.

332. Zahle 1989/1 s. 309.

333. *Ibid.* s. 308; jfr. tilsvarende i den seneste udg. 1995 s. 305f.

Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære

ges/udvides den etablerede retskildelære med inddragelsen af en ny type sædvaner som retskilde på linje med det, man traditionelt forstår ved en retssædvaner.³³⁴

Zahle udvikler (1986/1 s. 56ff) sin »praksislære« med afsæt i »ældre retskildelære« og den dertil knyttede »sædvaneret«, og bemærker herom udtrykkeligt (s. 61): »Hvad der her er betegnet forfatningsretlig *praksis*, drøftes i nyere litteratur under betegnelsen forfatningsretlig *sædvaneret*«. Jeg ser bort fra den lidt modstridende tidsmæssige placering af sædvaneretten som forfatningsretlig retskilde og nøjes med at konstatere, at det, der traditionelt kaldes for en »retssædvane«, vil Zahle – i forfatningsretlig sammenhæng – betegne som en »praksis«, *samtidig* med at han ændrer kriterierne for anerkendelse af samme som retskilde. Sluttelig konkluderer han (s. 62f) – måske lidt overraskende – at denne retskildes praktiske betydning nok er noget overbetonet (af Alf Ross og Max Sørensen): »Et traditionelt vanemæssigt indarbejdet adfærdsforløb hos en større kreds af myndigheder er næppe nogen central retskilde i et samfund under forandring« (s. 62).

Hertil kommer imidlertid, at standpunktet kan synes at indebære en sådan ændring af den statsretlige ordening, at en forsvarlig vurdering af samme må fordrer en nærmere undersøgelse af forholdene, som i realiteten ligger uden for rammerne af en dogmatisk fremstilling af forfatningsretten. Det er således ikke umiddelbart indlysende, hvorfor et alternativt flertal, der gerne vil påtvinge regeringen en bestemt politik, ikke skulle være forpligtet til at gøre dette i den sædvanlige lovform. At formen måske er upraktisk, er i hvert fald ikke noget tungtvejende argument i betragtning af, at lovformen ellers antages at indebære væsentlige retssikkerhedsgarantier for borgerne.

Det er vel heller ikke på forhånd givet, at det er hensigtsmæssigt at forlene tilfældige »alternative flertal« med en sådan magtposition, som følger med adgangen til at fremsætte retligt forpligtende beslutninger. Hensynet til Folkeetingets manøvreedygtighed er ikke det eneste hensyn, der må tilgodeses i en demokratisk proces. Heroverfor står i hvert fald ønsket om at kunne føre en sammenhængende regeringspolitik som et – også ud fra demokratiske synspunkter – tungtvejende modhensyn.³³⁵ I hvert fald er det et faktum, at statslivets aktører ikke selv ønsker at opfatte disse beslutninger som retligt forpligtende – hvilket for så vidt også er ganske unødvendigt, eftersom beslutningerne i de fleste tilfælde alligevel bliver efterkommet. Alene udsigten til, at det alternative flertal skulle finde sammen om et mistillidsvotum, er normalt tilstrækkeligt til at motivere regeringen til at følge flertallets indstilling. Skulle regeringen alligevel være fristet til at tage »chancen«, er det vel næppe for meget forlangt,

334. Cfr. hertil *Henning Koch* 1990.64.

335. Se *Erik Damgaard* 1977 s. 35 om demokratiets dobbelttydige natur.

5.5. Retsvidenskab og empirisk analyse

at det alternative flertal må fremsætte enten et mistillidsvotum eller et lovforslag af samme indhold som folketingsbeslutningen.

Det her anførte skal naturligvis ikke gøre det ud for at være et forsøg på at tilbagevise påstanden om folketingsbeslutningers retlige virkninger – og hvis tesen herom i øvrigt begrænses til kun at være et retskildemæssigt spørgsmål om, at folketingsbeslutninger efter omstændighederne *kan* tillægges en retlig betydning, er jeg heller ikke uenig i påstanden (som jo i så fald heller ikke er så opsigtsvækkende). Jeg vil for den sags skyld heller ikke udelukke, at det rent faktisk kan være hensigtsmæssigt at hævde denne konstruktion. Det afgørende er blot at vise, at der i hvert fald må kunne stilles krav om yderligere (retspolitiske) undersøgelser af spørgsmålet, og at man derfor ikke blot kan »argumentere« sig ud af problemet.³³⁶

Eksemplet illustrerer på denne måde, at der i praksis altid vil være en glidende overgang mellem retsdogmatisk argumentation og retspolitisk analyse. Selv om grænsen mellem retsdogmatik og retspolitik i princippet er klar, vil det således ofte i praksis være omstridt, om et vist udsagn – med rette – kan hævdes som en påstand om gældende ret. Har standpunktet imidlertid først opnået bred tilslutning i retsteorien, må det også anerkendes som en del af gældende ret – for i så fald kan udsagnet siges at være bekræftet ved almindelig konsensus. Påstanden har antaget karakter af en teori, og retsvidenskabens kan da – med nogen forventning, må man tro – afvente resultatet af en eventuel retslig stillingtagen til spørgsmålet ved domstolene.

5.5. Retsvidenskab og empirisk analyse

Afgrænsningen mellem retsdogmatik og retspolitik har – efter alt foranstående – snæver sammenhæng med spørgsmålet om inddragelse af empiriske analyser i den retlige argumentation. I det omfang, empirien kan inddrages direkte i den retlige argumentation, bliver det vanskeligere at opretholde en sondring mellem retsdogmatik og retspolitik: Selve kriteriet for den retsdogmatiske analyse – at den foretages med baggrund i de traditionsbestemte normer for retlig argumentation – forsvinder i så fald. Der er – med inddragelsen af empiriske analyser – ikke noget grundlag for at hævde en bestemt juridisk metode som særligt definerende kendetegn for udsagn om gældende ret. Analysen bliver i lige grad

336. Se til spørgsmålet *Lars Busck* 1988 s. 110ff (især s. 121ff), *Peter Germer* 1995 s.68, *Jens Peter Christensen* 1990 s. 223ff og s. 239ff, 1991.21 s. 29ff og *Jørgen Albæk Jensen* 1989 s. 91ff. Om »politiske signaler« i øvrigt, se *Erik Boe* 1989.191 s. 204 samt *Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt* 1987 s. 38ff.

Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære

juridisk og empirisk, hvilket naturligvis er muligt i princippet, men måske ikke anbefalelsesværdigt.

Det sidste er et hovedpunkt i *Hans Petter Gravers* analyse af den retlige argumentationsmodel.³³⁷ Udgangspunktet er den traditionelle argumentationsform, hvor visse argumenter – per tradition – anses for »gangbare«, andre ikke. En argumentationsform, som Graver meget træffende karakteriserer som et udslag af »*det juridiske bondevettet*«.

Dette bondevettet – det vi på dansk kalder »almindelig sund fornuft«, hvis man da ikke foretrækker det engelske udtryk »common sense« – er anderledes udtrykt et spørgsmål om at kompensere for manglende viden om de faktiske forhold med *intuition*. Den let karikerede fremstilling af den juridiske beslutningsproces går ud på, at juristen baserer sine forslag til konfliktløsning på en veludviklet intuition med hensyn til, hvad der i det konkrete tilfælde er »ret og rimeligt«. Siden finder han eller hun argumenterne for sin løsning i den etablerede retskilde- og argumentationslære. Argumentationen er – som Ross så ligefremt har udtrykt det³³⁸ – blot en »facadelegitimation«.

I sin helhed lyder Ross' ræsonnement som følger: »Når de samvirkende faktorer – den formelle og den materielle retsbevidsthed i forbindelse med lovens ord, formål, virkninger m.m. – har virket i dommerens sind og bestemt ham for en afgørelse, bygges der en facadelegitimation op, der i højere eller mindre grad afviger fra det, der virkelig har bestemt dommeren«. Det centrale element i afgørelsesprocessen er med andre ord – efter Ross' opfattelse – dommerens »retsbevidsthed«, men retsbevidstheden er i denne sammenhæng blot et andet og – måske – lidt pænere udtryk for intuition.³³⁹

Med baggrund i en efterhånden årelang diskussion af spørgsmålet om betimeligheden af at indføre en smule viden om de faktiske forhold i den retlige argumentation tager Graver sig for at analysere problemet nærmere. Det er herved ikke så meget spørgsmålet om de praktiske *muligheder* for at inkorporere empirisk metode, der optager Graver – for som han siger, spørgsmålet om mulighederne er altid uinteressant: Hvad der er muligt afhænger af, hvad juristerne gør; og hvad det angår, må det konstateres, at empiriske analyser rent

337. *Graver* 1986 med anmeldelser af *Thomas Mathiesen* 1987.505 og *Jyrki Uusitalo* 1987.95.

338. *Ross* 1966 s. 179.

339. A.st. Ross vil selvsagt ikke tillægge dommerne nogen odiose motiver med denne form for retsudøvelse; cfr. brugen af udtrykket »facadelegitimation« i en marxistisk/ideologisk kritisk sprogbrug, og se herimod *Dalberg-Larsen* 1994 s. 125, der afviser, at juristers måde at omgås retten på kan tages som udtryk for »en ideologisk tilsløring af virkeligheden«.

faktisk har fundet vej ind i retsdogmatiske arbejder, omend dette dog endnu hører til undtagelsen (ibid. s. 142).³⁴⁰

Det er også klart, siger Graver videre, at inddragelse af empirisk metode i videre omfang vil være ensbetydende med et brud med den såkaldte juridiske sunde fornuft (a.st). Spørgsmålet er, hvor sandsynligt det er, at inddragelse af empiriske metoder vil føre til et *andet* fundament end det, »bondevettet« repræsenterer. Graver er mere end skeptisk: Brugen af empiriske metoder fører ikke nødvendigvis til ændringer ved udvælgelsen af faktiske antagelser om den mere udprægede retlige del af virksomheden (s. 153ff). Valg af indfaldsvinkel – begreber og kategorier – er bestemmende for virkelighedsopfattelsen, og for en jurist vil retsreglerne og retskildelæren fortsat øve betydelig indflydelse på valg af synsvinkel og dermed på virkelighedsopfattelsen (s. 156).

Fremvæksten af en »alternativ retsvidenskab« baseret på sociologiske analyser og antagelser vil heller ikke nødvendigvis påvirke indholdet af og belægget for de faktiske antagelser inden for rammerne af en traditionel retlig argumentation. Sandsynligheden taler snarere for, at juristen udvælger de empiriske analyser, der støtter hans egne forhåndsopfattelser, og at de empiriske metoder på den måde blot bidrager til, at de antagelser, der grundes på det juridiske bondevettet, får »et fernis av empirisk beleg« (s. 162). Det springende punkt er til syvende og sidst den *retlige relevans* af de faktiske antagelser, der lægges til grund (s. 166). Hvis disse antagelser ligger hinsides grænsen for den problematik, som retsreglerne omhandler, er de ikke relevante retligt set, og så er der for juristen heller ingen grund til at beskæftige sig med dem – uanset at de måske nok så meget kunne have betydning for en løsning af problemerne (der i givet fald måtte kræve en retspolitisk bearbejdelse og stillingtagen).

Spørgsmålet har særlig været rejst i relation til lovgivningens mere åbne regelværker: Ramme- og bemyndigelseslove med ubestemte skøns- og formålsbestemmelser som eneste rettesnor for fastlæggelsen af gældende ret. Graver afviser som nævnt ikke – i modsætning til f.eks. Luhmann (1972) og Strömholm (1978) – muligheden af at forene retsdogmatisk analyse af sådanne regelværker med empiriske metoder, men han konstaterer, at retlig argumentation kun i ringe grad baserer sig på sådanne metoder til trods for lovgivningens stigende formålsorientering. Dette forhold tager Graver som et udtryk for, at empiriske metoder ikke uden videre kan inkorporeres i retlig argumentation

340. Se om inddragelse af empiriske metoder i retsvidenskaben *Dalberg-Larsen* 1989.35, 1989.69, 1992.95 og – med særligt henblik på miljøretlig forskning – 1994.61. *Dalberg-Larsen og Jens Evald* 1998 s. 133 benytter udtrykket »sociologisk retsvidenskab« som et udtryk for den type retsforskning, der er baseret på en sammensmeltning af retssociologisk og retsdogmatisk analyse.

Kapitel 5. Den juridiske argumentationslære

uden fare for, at denne mister sin identitet og glider over i en slags anvendt socialvidenskab.³⁴¹

Alternativet er for Graver at opfatte den retlige argumentation og analyse som et *oplæg til en kommunikativ diskurs*, en kommunikation mellem involverede parter om de mål, der skal forfølges og om kriterierne for vurdering af målopfyldelse for en given virksomhed (s. 174). Opfattet på denne – idealtypiske – måde vil hovedvægten i den retlige analyse være orienteret mod fastlæggelse af målsætninger og handlingsalternativer, snarere end at give konkrete anbefalinger med hensyn til valg af alternativer. Her kan empiriske metoder bidrage til at fremme kommunikationen – og nedbryde interessemodsætninger – ved at afklare tvivl om handlingsalternativer (s. 175).

Vanskeligheden er imidlertid ifølge Graver blot, at de empiriske spørgsmål i forbindelse med lovgivning og retsanvendelse undertiden er så komplekse, at heller ikke empiriske analyser altid giver nogen sikre svar (s. 176). I den situation er den juridiske intuition, med dens tendens i retning af det veletablerede og velprøvede, en mere fremkommelig fremgangsmåde. Det forklarer samtidig den manglende forekomst af empiriske analyser som grundlag for retlig argumentation. Bondevettet er for så vidt et hensigtsmæssigt grundlag at bygge på, når man skal træffe afgørelser i situationer, hvor man ikke har sikker indsigt i, hvad konsekvenserne vil blive. På den anden side kan det selvsamme bondevettet være en hæmsko for retsudviklingen i tilfælde, hvor ny kundskab om samfundet indvindes.

Det sidste understreger imidlertid blot betydningen af, at der åbnes op for en diskurs om, hvilke faktiske antagelser der skal lægges til grund, og at denne diskurs er »fri« i den forstand, at det er argumenterne, der tæller (s. 188). Graver peger i den forbindelse på risikoen for, at der stoles for meget på regler som styringsværktøj, og at målsætninger tillægges større vægt, end der er sagligt belæg for – altså en kritik af den socialteknologiske retsopfattelse. Juristerne har her et ansvar for, at spørgsmålet om, hvad der skal betragtes som gangbare argumenter, reguleres af normer og ikke af interesser, og at konkrete løsningsforslag bygger på overbevisning, ikke på overtalelse og manipulation. Kun derved kan det sikres, at bondevettet ikke blot repræsenterer ureflekterede standpunkter.

Gravers konklusion bliver dermed, at hvis problemerne er så store og komplekse, at en empirisk analyse er udelukket, så må de løses igennem en – fri – retlig diskurs, og forfatteren slutter fortrøstningsfuldt af med ordene: »Holdt op mot ekspertvettet hender det vel at bondevettet repræsenterer den sunde fornuft«. Hvortil Mathiesen med en vis malice replicerer: »Jeg antar at

341. Jfr. også Mathiesens advarsel herimod, *op cit.* s. 510.

5.5. Retsvidenskab og empirisk analyse

juristerne tåler å høre at juristvett er det samme som bondevett. Mitt spørsmål er snarere hva bonden ville sagt om han fikk høre at han utøvte *juristvett*«. ³⁴² Underforstået: helt så common sense-agtig, som Graver fremstiller den retlige argumentation, er den efter Mathiesens opfattelse næppe. I hvert fald er den ofte præget af en »sterk evne til at omdanne vanlige helhetlige spørgsmål, folkelige sannheter, og interessekonflikter som vedvarer, til spesielle rettslige termer«. ³⁴³ Hvortil kommer, at argumentationen – især hos erhvervslivets og administratio- nens jurister – ofte er præget af strategiske overvejelser og ræsonnementer med hovedvægten på realisering af nok så ensidige erhvervsmæssige og administra- tive interesser og formål.

Mathiesen bidrager herved med nogle yderligere forklaringer på, at empiriske metoder kun vanskeligt kan vinde indpas i den juridiske tænkning. Alligevel står verden ikke stille, hvad der blandt andet skyldes, at juristerne ikke er ene om at bestemme udviklingen. Der er også andre »på banen« – sociologer, politologer og økonomer – og hvis ikke juristerne skal risikere at blive kørt ud på et sidespor med deres – fra en empirisk synsvinkel – noget »primitive« argumentationsform, er det formentlig nødvendigt, at de i højere grad bestræber sig på at inddrage empiriske metoder i deres tænkning.

Imidlertid er jeg enig med Graver i, at retsdogmatik og empirisk analyse ikke lader sig forene. Den juridiske metode må fortsat opretholdes som det redskab, der skal benyttes ved fastlæggelsen af gældende ret. Her er det – i tvivlsspørgs- mål – alene argumenterne, der tæller. Argumentationen omfatter herved i princippet alt fra på den ene side retskildernes ordmæssige forståelse, den sproglige kontekst og substantielle (menings-)sammenhæng, til på den anden side formålsbetragtninger og reale hensyn, institutionaliserede retsprincipper og grundlæggende værdier.

Juristen, der står over for den opgave at skulle udlægge »gældende ret« med henblik på løsning af et aktuelt eller hypotetisk retsspørgsmål, må kunne lægge disse elementer i den retlige argumentationsmodel uprøvet til grund, herunder også med hensyn til den materielle forståelse af relevante principper, hensyn og værdier. Til gengæld må retsvidenskaben også være berettiget til at stille spørgsmålstejn ved den anvendte argumentationsmodel. Inspirationen kan herved netop være en anden virkelighedsopfattelse, som er dikteret af empiriske analyser, og som måske peger i retning af andre måder at løse problemet på.

342. *Thomas Mathiesen* 1987.513.

343. *Ibid.* s. 514

5.6. Offentligt ansattes ytringsfrihed – et eksempel

Til illustration af de foranstående synspunkter kan henvises til debatten om offentligt ansattes ytringsfrihed, hvor lovgrundlaget er spinkelt, og hvor det underliggende problem traditionelt opfattes som et udslag af modstående hensyn til på den ene side at sikre en fri og åben debat om offentlige anliggender (demokratihensynet) og på den anden side at fastholde en vis fælles optræden udadtil fra de enkelte myndigheders side (ledelseshensynet).

Resultatet af denne afvejning gøres i reglen op på den måde, at de ansatte i stillinger og funktioner af en vis betydning må underlægge sig et krav om at være loyale over for ledelsen.³⁴⁴ Sanktionen kan i yderste fald være afskedigelse – måske ikke så meget som et udtryk for, at forholdet bedømmes som en tjenesteforseelse, men snarere fordi ledelsen opfatter de kritiske ytringer som en belastning for samarbejdsmulighederne. Heroverfor kunne en empirisk analyse af de ansattes stilling måske godtgøre, at også andre hensyn kan spille ind, herunder tendenser til nedbrydelse af traditionelle administrative hierarkier, fremvæksten af et institutionsansat personale med særlige professionsnormer og stigende vægt på de ansattes selvbestemmelse som et både arbejdsmotiverende og udviklingsfremmende hensyn.³⁴⁵

Sådanne hensyn, der alle synes at trække i retning af større frihed for de ansatte til offentligt at kritisere forholdene på deres arbejdspladser, behøver dog ikke nødvendigvis at ændre fundamentalt ved de hidtidige – ovennævnte – afvejsninger og udlægninger af gældende ret med hensyn til (grænserne for) de offentligt ansattes ytringsfrihed. Andre løsningsmodeller kunne være at lægge arbejdet til rette på en sådan måde, at de ansatte kan indgå direkte i en *dialog* med brugerne og ledelsen af de offentlige institutioner om mulighederne for at sikre en fortsat udvikling og fornyelse af samme. Dette er på den ene side et spørgsmål om at give de ansatte mulighed for at fungere på »de indre linjer« som led i det, Graver – efter Habermas – kalder en fri og åben kommunikativ diskurs. På den anden side handler det i høj grad også om at ændre indarbejdede professionsnormer for omgangen med institutionsbrugere og -klienter, som måske nok traditionelt er præget af en vis lukkethed og repressive adfærdsmønstre.

Det er forskellige former for demokrati, der herved kommer på tale. På den ene side det velkendte repræsentative demokrati og på den anden side et institutionsdemokrati, som man endnu ikke har de store erfaringer med. En retspoli-

344. Jfr. nærmere *Bent Christensen* 1980.85; cfr. i mere liberal retning *Lars Nordskov Nielsen* 1987.

345. Jfr. herom nærmere *Henrichsen* 1981.239 og *samme* 1983.27.

5.6. Offentligt ansattes ytringsfrihed – et eksempel

tisk analyse, der kunne understøtte berettigelsen af at opfatte disse demokrati-former som realistiske alternativer, måtte da lede frem til den konklusion, at der *enten* må ske en udvidelse af grænserne for de offentligt ansattes ytringsfrihed (hvilket for så vidt er et dogmatisk spørgsmål om at argumentere for, hvor grænserne for samme nærmere skal lægges), *eller* at hensynet til ytringsfriheden må kunne nedtones til fordel for en øget vægt på et internt institutionsdemokrati (hvilket altså kunne være en anden måde at løse problemet på).

Retspolitiske analyser kan på denne måde have en selvstændig eksistensberettigelse, men det er formentlig klart, at analyser, der skal bekræfte antagelser som de ovennævnte, i en eller anden udstrækning må gennemføres ved hjælp af empiriske metoder. I den sammenhæng er en tættere sammenkobling af retsvidenskab og empiriske samfundsvidenskaber nødvendig og formentlig også helt uproblematisk på samme måde, som retshistoriske analyser – helt naturligt – må gennemføres ved hjælp af de sædvanlige (kildekritiske) metoder for historieforskning.

Jeg kan i den forbindelse gerne tilslutte mig *Jørgen Dalberg-Larsens* programmatisk udsagn: »Det man i alle tilfælde kan bestræbe sig på at nå frem til, er at erstatte common-sense betragtninger med betragtninger, der bygger mere på *incommon-sense*, mere på viden«. ³⁴⁶ Blot må denne særlige retspolitiske indsats ikke forveksles med retssociologi. Retspolitikken som særskilt forskningsretning er både noget andet og noget mere end den klassiske disciplin, retssociologi: Den har et klart, veldefineret (normativt) begreb om sit forskningsobjekt, retten og retssystemet, og den har til opgave ikke blot at afdække, men også at yde bidrag til en løsning af konkrete problemer. ³⁴⁷

Med dette udgangspunkt anbefaler retspolitikken sig som en særlig retsvidenskabelig forskningsretning – på linje med retsdogmatik, retshistorie og retssociologi – en forskningsretning, som på én gang er egnet til at kvalificere den juridiske argumentation og generere løsninger på samfundsmæssige problemer, som ligger uden for – eller på siden af – det etablerede retssystems muligheder. På den måde kan retspolitikken blive en stadig udfordring til den juridiske virkelighedsopfattelse, det »juridiske bondevettet«.

346. 1977 s. 528.

347. Jfr. hertil ovenfor kap. 4.3.

KAPITEL 6

Den juridiske retskildelære

6.1. Retskildebegrebet

Retskildelæren hører måske til den mest omskiftelige komponent i den juridiske metode. Oprindeligt baserede retskildelæren sig på en opfattelse af visse retskilder som mere »autoritative« end andre, herunder med den positiverede ret (loven med tilhørende lovmotiver) som det uomgængelige udgangspunkt for fastlæggelsen af gældende ret og de uskrevne retskilder (præjudikater, retssædvaner og forholdets natur) som mindre forpligtende – subsidiære – retskilder.³⁴⁸

Denne »monocentriske« retskildelære, som Kelsen³⁴⁹ udviklede til perfektion, er for længst opgivet til fordel for en »pluralistisk« lære om fastlæggelsen af retskildernes indbyrdes relative betydning i forbindelse med fortolkningen af de enkelte regler.³⁵⁰ Siden er kataloget af retskilder blevet udvidet betragteligt: Retsteorien medtager nu derudover lovens formål/mål, folketingsbeslutninger/politiske signaler, international ret/andre landes retssystemer, administrativ praksis/tjenesteforskrifter, lovkommentarer/retslitteratur etc.³⁵¹ Hertil kommer så den polycentriske retskildelære, der vil føje endnu flere momenter til den i forvejen lange række af retskilder, herunder myndighedernes indbyrdes placering og legitimationsgrundlag samt reguleringsområdets karakter og de anvendte regulerings- og retsformer.³⁵²

De nævnte udvidelser aktualiserer spørgsmålet om, hvad der egentlig kan eller bør betragtes som en »retskilde«. Under alle omstændigheder kan det forekomme noget vanskeligt at få øje på konturerne af retskildebegrebet, når det på denne måde tilsyneladende kan dække over så forskelligartede fænomener

348. *Bentzon* 1905 s. 3; *Vinding Kruuse* 1943 s. 132f.

349. *Hans Kelsen* 1934/1960 og 1945.

350. *Ross* 1966, *Stuer Lauridsen* 1977 og 1992, *Eckhoff* 1993, *Doublet og Bernt* 1993.

351. *Svend Gram Jensen* 1998 s. 77ff.

352. *Henrik Zahle* 1986.752.

Kapitel 6. Den juridiske retskildelære

som på den ene side de positiverede retsregler og på den anden side de anvendte retsformer.³⁵³ En vis klarere markering af, hvad der skal henregnes som retskilder, og hvad der skal betragtes som elementer i en retlig argumentation, kunne for så vidt være ønskelig.

Debatten om *forholdets natur* som retskilde er ganske illustrerende for den usikkerhed, der hersker om sprogbrugen på dette område. Den klassiske opfattelse af forholdets natur er, at den udgør en eksklusiv retskilde, der indholdsmæssigt er bestemt ved, at den repræsenterer en norm, som afspejler rets- eller kulturtraditionen på vedkommende område, og som (må) følges, fordi den alt taget i betragtning udgør det bedst opnåelige kompromis mellem de foreliggende modstridende hensyn og interesser. Vanskeligheden er blot, at denne retskilde ikke materialiserer sig som et objektivi fænomen på samme måde som en dom, en lov eller tilsvarende positiveret retsnorm.

Forholdets natur er derfor i bedste fald en noget atypisk retskilde. En yderligere vanskelighed er imidlertid, at forholdets natur næppe overhovedet kan optræde som en isoleret retskilde ved fastlæggelsen af gældende ret. Det vil altid være enten en lov eller en dom, som danner udgangspunkt for betragtninger ud fra forholdets natur. Svend Gram Jensen³⁵⁴ synes således ikke at have haft held til at isolere denne faktor som en selvstændig »retskilde«, der har været enebestemmende for udfaldet af en sag.³⁵⁵

Det synes på denne baggrund mere træffende at karakterisere forholdets natur som en »retskilde- eller fortolkningsfaktor« eller – bedre – en »retlig argumentationsfigur«, der afspejler de til retten hørende retsprincipper, reale hensyn og grundlæggende værdier.³⁵⁶ Forholdets natur er med andre ord efter denne opfattelse ikke en retskilde, men et element i argumentationslæren ganske som reale hensyn og fundamentale retsværdier er elementer i denne lære.

353. Forholdet kompliceres yderligere, når *loven* – som hos *David Doublet* 1995 – udgrænses som retskilde, idet retten simpelthen defineres som identisk med retsanvendelsen og de normer, der skabes og udvikles her; se med kritik af denne – funktionalistiske/hermeneutiske – indfaldsvinkel *Dalberg-Larsen* 1996.918 s. 922f og s. 930f, som jeg i det hele kan tilslutte mig.

354. *Gram Jensen* 1991.213 og 1998 s. 108f.

355. Jfr. herimod *Stuer Lauridsen* 1992.6, men cfr. *Henrik Zahle* 1992.8 og – mere udførligt – *samme* 1999 s. 62ff.

356. Se om retlige argumentationsfigurer *Stuer Lauridsen* 1992.6. Begrebet »retskildefaktor«, som er indført af *Torstein Eckhoff* (1993 s. 17ff), tilsigter at løsrive retsanvendelsen fra de positive retskilder ved i stedet at indordne dem på linje med andre faktorer af betydning for fastlæggelsen af gældende ret (forarbejder, praksis, teori, reelle hensyn), jfr. herom *Bernt og Doublet* 1993 s. 52ff, og – i dansk ret – *Morten Wegener* 2000 s. 16f.

Henrik Zahle (1999 s. 62) karakteriserer forholdets natur som »en særlig 'retskilde'«, men erkender, at det »kan være svært at skelne mellem forholdets natur som selvstændig retskilde og forholdets natur som faktor ved fortolkningen« (a.st.). Det afgørende moment er imidlertid ifølge denne forf., at der ved anvendelsen af forholdets natur »sker en selvstændig retsdannelse i den forstand, at resultatet ikke uden videre kan aflæses af loven, praksis eller hvad der i øvrigt foreligger af juridisk materiale« (s. 66). En selvstændig retsdannelse bliver der imidlertid – efter min opfattelse – først tale om, når den pågældende argumentation, der siges at støtte sig på »forholdets natur«, positivt anvendes i domstolens praksis – og så er det denne praksis, med dertil hørende præmisser, der udgør det retslige grundlag for fastlæggelsen af gældende ret. Zahle foretager her en noget »kunstig« opdeling af den proces, hvorved forholdets natur anerkendes som retligt relevant: »Begyndelsen gøres på grundlag af forholdets natur, derefter udvikler der sig en praksis« (s. 63). Det modsatte synspunkt forekommer dog – både teoretisk og sprogligt – mere naturligt: En (doms-)praksis institueres i og med anvendelsen af en vis fortolkning – og altså ikke først, når denne fortolkning har slået igennem i større eller mindre dele af retslivet.

Noget lignende gælder formentlig en anden af de klassiske retskildetyper, *retssædvanen*. Sædvanen kan ganske vist – i modsætning til forholdets natur – siges at have en objektiverbar form. En sædvane kan, som en hvilken som helst anden social norm, konstateres ved simpel iagttagelse. Den er imidlertid ikke positiveret og kan derfor ikke tillægges nogen betydning som en *selvstændig* retskilde.

En retssædvane vil for det første aldrig kunne anerkendes som retligt relevant på områder, der ikke i forvejen er retligt reguleret.³⁵⁷ En sædvane vil for det andet næppe heller kunne anerkendes, hvis den strider mod, hvad der findes ret og rimeligt,³⁵⁸ hvilket i sig selv er et argumentationsmæssigt spørgsmål. For det tredje indgår det i den traditionelle opfattelse af en retssædvane – som en norm, der har været fulgt »almindeligt, stadigt og længe« i den overbevisning, »at man var retligt forpligtet hertil«³⁵⁹ – at den afspejler en vægtlægning af reale hensyn, nemlig hensynet til forudsigeligheden, og dermed et klassisk retssikkerhedshensyn.³⁶⁰ I alle disse henseender placerer retssædvanen sig altså (mere) naturligt som en »retlig argumentationsfigur«.

Det videre perspektiv i denne opfattelse af forholdet mellem den juridiske argumentations- og retskildelære er, at antagelsen af en praksis eller sædvane som retligt relevant – altså som en *retssædvane* – ikke kun er et anliggende for

357. Jfr. *Ross* 1966 s. 107ff, der ligefrem bestemmer retssædvanen som en »sædvane på et livsområde, der er undergivet retlig regulering«, men cfr. *Zahle* 1999 s. 62 med henvisning til UfR 1984.1061H (hvorefter »rentekravet hverken kunne støttes på renteloven eller praksis«; området er dog som sådant ikke desto mindre undergivet retlig regulering, hvorfor eksemplet ikke forekommer velvalgt).

358. Således *W.E. von Eyben* 1991 s. 163

359. Jfr. *Viggo Benzson* 1905 s. 84.

360. Jfr. med tilslutning hertil *Stuer Lauridsen* 1992 s. 155f.

Kapitel 6. Den juridiske retskildelære

domstolene. Retsteorien kan i princippet argumentere for sine »egne« retssædvaner, således som f.eks. Henrik Zahle har gjort det i forbindelse med spørgsmålet om folketingsbeslutningers retlige betydning (jfr. diskussionen ovenfor kap. 5.5, hvor det mærkes, at Zahle lægger en særlig betydning af begrebet retssædvane til grund for sine antagelser).³⁶¹

Til denne kategori af retlige argumentationsfigurer hører også de såkaldte *retsgrundsætninger*, hvis eksistens traditionelt tilskrives domstolenes retsskabende virksomhed gennem udfyldning af »retstomme« rum,³⁶² men som reelt udspringer af betragtninger ud fra forholdets natur, således som det f.eks. er tilfældet med lighedsprincippet i den offentlige ret. Heller ikke udviklingen af sådanne retsgrundsætninger kan imidlertid være forbeholdt domstolene. Teorien kan – som Poul Andersen gjorde med magtfordrejningslæren³⁶³ – argumentere for sine »egne« retsgrundsætninger, lige så vel som den kan kritisere de dommerskabte grundsætninger. Forudsat – som sagt – at teorien vil have en videnskabelig ambition.

6.2. Den polycentriske retskildelære

De foranstående betragtninger om karakteren af den juridiske analyse og herunder især antagelserne om dennes bidrag til retsenheden som den egentlige drivkraft bag de analytiske bestræbelser må siges at stå i klar opposition til den polycentriske (og i videre forstand pluralistiske) retsopfattelse. Det samme gælder med hensyn til den underliggende forudsætning om retsbegrebets nære tilknytning til statsbegrebet. Disse antagelser og forudsætninger mener jeg

361. Se i øvrigt til spørgsmålet debatten mellem *Svend Gram Jensen* og *Preben Stuer Lauridsen* i UfR 1984B, henholdsvis s. 69ff, s. 188f og s. 284ff. Svend Gram Jensen fastholder 1998 s. 102ff, at retssædvanen er en – omend yderst sjældent anvendt – retskilde. Forf. henviser herved til domspræmisserne i UfR 1983.453 Ø, hvor det udtrykkeligt lægges til grund, at et vist handlemønster har antaget karakter af en »retssædvane«; men som det fremgår af diskussionen ovenfor, er det et teoretisk spørgsmål, hvorvidt en retssædvane skal betragtes som en retskilde eller en fortolkningsfaktor, og dette spørgsmål kan retspraksis naturligvis ikke give noget svar på.

362. *Ole Krarup* 1966.26. *Henrik Zahle* 1999 s. 62 behandler disse retsgrundsætninger – tilligemed »reelle hensyn«, »sagens natur« og »kulturtraditionen« – på linje med forholdets natur.

363. *Poul Andersen* 1924, jfr. med omtale heraf *Henrichsen* 1997 s. 97.

imidlertid er uomgængelige for en retsteori, der vil prætere at være blot nogenlunde realistisk.³⁶⁴

Lad være, at statsstyret i dag ikke har den samme nimbus som for blot få årtier siden, og at regionalisering og opsplnitning af forvaltningsapparatet kan gøre det vanskeligere at få øje på konsistensen i det etablerede retssystem. En tidligere konservativ statsminister i dette land har endog erklæret, at nationalstaten – i disse fællesskabs- og internationaliseringstider – må betragtes som et levn fra industrisamfundets tid³⁶⁵ og har dermed indskrevet sig i historien på linje med andre store tænkere, der på skift har aflivet ideologier og religiøse institutioner (Nietzsche) som overflødige levn fra fortiden.

Statsmagt og dertil knyttede forestillinger om retsenhed er dog stadig så fundamentale omdrejningspunkter for samfunds- og – ikke mindst – retslivet i Danmark, at det ville være helt urealistisk at se bort fra samme i en generel retsteori. Statsmagten afgiver en fortsat stigende strøm af love og andre forskrifter af rimeligt sammenhængende karakter. En del af disse regler udstedes til implementering af EU-forskrifter. Retsbegrebet har imidlertid aldrig været snævert knyttet til forestillingen om en *nationalstat* – også føderale statsforbund og supranationale arrangementer som det Europæiske Nationsfællesskab kan uden besvær forenes med traditionelle retsforestillinger.³⁶⁶

Især må det understreges, at forestillingerne om retsenhed ikke forrykkes ved udvidelsen af den statslige regulering med supranationale reguleringsformer – så længe det blot er klart, hvilken status de sidstnævnte har i forhold til nationalstaterne og deres borgere. Uklarheder i så henseende – som vitterligt forekommer i praksis – er således ikke tilsigtede, men tværtimod et resultat af, at modstridende hensyn og interesser endnu ikke har fundet udtryk i en klar norm for, hvordan disse spørgsmål skal afgøres. Sådanne problemer må derfor opfat-

364. Den monocentriske retsopfattelse, som jeg her forsvarer, har gennem det seneste årti været sat under stigende pres af bl.a. *Hans Petter Graver* 1989.53, 1992.133 og 1998.579, *Erik Boe* 1993.283 og *Dalberg-Larsen* 1994 s. 101ff og s. 128ff. Se hertil *Peter Blume* 1994.369 s. 373 med en kritik af Dalberg-Larsens konklusioner i sidstnævnte afhandling – en kritik, som i visse henseender betegner en skærpelse af denne forfatters tidligere indstilling, jfr. *Blume* 1990.863 (især s. 872ff) og 1993.163. Som det vil fremgå af det følgende, er jeg i alt væsentligt enig i *Blumes* kritik af anvendelsen af pluralistiske retsideer på retsdogmatiske spørgsmål.

365. *Poul Schlüter* i tale til The American European Community Association 20/9 1988 i The Reform Club, London, jfr. med referat heraf Information 22/9 1988.

366. Se herimod *Kirsten Ketscher* 2000.272, der med henvisning til, at »det nationale, som er lovpositivismens forudsætning, tenderer mod at få stadig mindre betydning«, konkluderer, at »de retsrealistiske koncepter i dag har nået grænsen for deres almene forklaringsværdi« (s. 273).

Kapitel 6. Den juridiske retskildelære

tes som et overgangsfænomen – tendensen går også her i retning af en uniformering af retssystemet.

At de (nationale) retsanvendende myndigheder – som hævdet af pluralister og polycentrikere – endvidere anvender det foreliggende retskildemateriale med vekslende grader af intensitet, og at deres afgørelser afspejler forskellige former for retlig argumentation, kan i den forbindelse ikke tages til indtægt for en påstand om, at sådanne forskelle er *retligt bestemte*, og at retten som sådan derfor ikke – med rimelighed – kan opfattes som et monistisk system. At det lokale socialkontor måske udelukkende administrerer efter centralt fastsatte cirkulærer, kan selvsagt ikke tages som udtryk for, at kontoret skulle være retligt forpligtet eller berettiget til at indskrænke sit beslutningsgrundlag til denne retskilde; dette så meget desto mindre som sådanne cirkulærer – i forhold til kommunerne – normalt kun har status som vejledende forskrifter.

Variabiliteten i disse henseender er en simpel funktion af de – forskelligartede – opgaver, som de forskellige myndigheder skal varetage. 1. instansen, der med indsats af knappe ressourcer skal træffe afgørelse i et stort antal sager af mere rutinepræget art, må nødvendigvis – af rent praktiske grunde – skære sit beslutningsgrundlag til. Omvendt kan rekursinstansen – med indsats af større ressourcer i forhold til sagsantallet – præstere en mere grundig sagsbehandling, herunder med inddragelse af andre og måske mere relevante retskilder. Igen er det organets funktion – og ikke nogen specifikt retlige forhold – som er bestemmende for karakteren af den beslutningsproces, der finder sted: Stillingtagen til retlige tvivlsspørgsmål af mere principiel karakter kræver ifølge sagens natur en mere kvalificeret sagsbehandling, hvor 1. instansens afgørelser »holdes op« mod lovtekst, forarbejder, retspraksis og andre relevante retskilder.

At retssikkerhedshensyn (måske) spiller en større rolle for domstolene end for de administrative myndigheder, er på samme måde indbygget i den kontrolfunktion, som domstolene skal varetage over for myndighederne; men denne forskel må heller ikke overbetones. Retssikkerhedshensyn kan ikke legitimere, at domstolene ud fra formalistiske betragtninger i videre udstrækning tilsidesætter den sagkundskab og/eller den særlige lovfæstede autonomi, som forvaltningsmyndighederne måtte besidde. Domstolenes kontrolfunktion må – ligesom for øvrigt ombudsmandens tilsvarende funktioner – varetages med skyldig hensyntagen til de særlige forhold, der gør sig gældende på de forskellige af forvaltningens områder. Heri er der for så vidt ikke noget nyt, selv om det må erkendes, at denne »grundsætning« måske har fået større praktisk betydning med netop den øgede regionalisering og opsplitning af forvaltningsapparatet, anvendelsen af ramme- og bemyndigelseslove etc. Heroverfor står dog – som integrerende elementer i denne del af retssystemet – administrative forskrifter, rekurs- og tilsynsordninger, foruden ombudsmandskontrol.

6.2. Den polycentriske retskildelære

En tilsvarende konstatering af de faktiske forhold kan findes hos *Erik Boe* (1993.283 s. 286), men her med en anden konklusion: »Dette er ikke bare en deskriptiv konstatering, det er et normativt tilkjennegivende«, og det anføres på denne baggrund (a.st.), at der må opereres med et »relativt 'gældende-rett' begreb«. Denne antagelse imødegås dog af *Kristian Andenæs* (1993.379 s. 389): »En deskriptiv erkjennelse kan selvsagt ikke være det samme som en normativ accept«.³⁶⁷

Ligeledes bekræfter *Peter Blume* (1990.863 s. 872ff og s. 875ff) forekomsten af visse forskelle i myndighedernes retskildeanvendelse – svarende til beskrivelsen ovenfor – og han konstaterer på den baggrund, at »polycentri er et fællestræk for alle retskilder« (s. 875). Dette er dog for Blume ikke nødvendigvis ensbetydende med, at der også foreligger »polycentriske gældbegreber«, at retssystemet med andre ord ikke kan opfattes som en enhed (a.st.). Tværtimod finder Blume, at polycentriteoriens antagelse herom beror på en »fejlslutning« (s. 876): »Den omstændighed, at en bestemt retskilde, f.eks. administrativ praksis, på et område spiller en dominerende rolle, medfører ikke, at *kriteriet* (min fremhævelse) for, hvornår en retlig norm er gældende, dermed er anderledes end på et andet område, hvor f.eks. juridisk praksis er hovedkilden« (a.st.).

Eftersom polycentribegrebet er udviklet som et specifikt retsteoretisk begreb – som et modstykke til retssociologernes pluralismebegreb – er det dog næppe (sprogligt) hensigtsmæssigt på én gang at hævde, at »polycentri er et fællestræk for alle retskilder«, hvorimod antagelsen om et »polycentrisk gældbegreb« ikke kan opretholdes. Det sidste er selve »livsnerven« i polycentriteorien – som retsdogmatisk teori – og hvis antagelsen herom ikke kan bekræftes, bliver polycentribegrebet blot en overflødig betegnelse for noget rent faktisk, som man da lige så godt kunne benytte pluralismebegrebet til at karakterisere. Dette er imidlertid som sagt noget rent terminologisk – hvad hovedsagen angår, er jeg ganske enig med Blume (og Andenæs) i, at polycentrikernes slutning fra noget faktisk til noget retligt er en »fejlslutning«.

Noget andet er, hvis man vil argumentere med, at *myndighedernes praksis konstituerer en retssædvane*. I så fald er situationen nemlig en anden. Peter Blume (1994.369 s. 376) har da også senere – i forbindelse med en kritik af ideer om retlig pluralisme – udtrykt sig på en måde, som indikerer, at det afgørende her er udviklingen af et »nyt moderne retssædvanebegreb«, der som sådant »er baseret på andre magtforhold end i det hos os oparbejdede, civiliserede retssystem«; og det tilføjes, at en sådan »styrkelse af sædvaneretten kan let undergrave opnåede demokratiske retspositioner og er derfor en farlig vej at betræde« (a.st.). Dermed har Blume tilsyneladende skiftet opfattelse, idet han tidligere har givet udtryk for, at polycentriteorien må opfattes som en teori, »der bedre fremmer et retssystem båret af hensynet til retssikkerhed omfattende alle borgere«.^{368 369}

367. Jfr. ligeledes med tilslutning *Dalberg-Larsen* 1994.257 s. 258.

368. *Peter Blume* 1993.163 s. 176.

369. Se endvidere kritisk om teorien *Jens Evald* 2000 s. 12 og – mere udførligt – *samme* 2000.15. Evalds kritik retter sig mod både det formelle og det materielle grundlag for teorien, således – til det formelle – at teorien »synes at overse, at retskilderne skabes i overensstemmelse med samfundets regler for produktion af forpligtende retsregler og ikke skabes i autonome 'centre', der vilkårligt og uden kontrol kan producere ret« (2000 s. 12), og – til det materielle – at teorien ydermere »hviler på den forkerte antagelse, at retssystemet alene hviler på 'ét – og kun ét – værdigrundlag'« (2000.15 s. 20 med citat fra *Blume og Petersen* 1993 s. 9).

Kapitel 6. Den juridiske retskildelære

Antagelsen af en form for retlig polycentri baseres yderligere på nogle forestillinger om forvaltningsmyndighedernes virksomhed, som i sig selv er diskutabile. Det antages, at ministerier i højere grad skulle være forpligtet af lovforarbejder og (lovfortolkende) folketingsbeslutninger end retligt uafhængige organer, herunder specielt domstolene. Videre forudsættes det, at underordnede statsorganer i højere grad skulle være bundet af tjenesteforskrifter og myndighedspraksis end andre myndigheder. Endelig vil man hævde, at organer med et særligt legitimationsgrundlag (som hos kommuner og nævn) – omvendt – skulle have større frihedsgrader end andre myndigheder til at sætte sig ud over eksisterende regelværker.

Disse antagelser kan nok forekomme noget unuancerede. Lovforarbejder og »efterarbejder« er – når det kommer til stykket – næppe mere bindende for administrative myndigheder end for domstolene. Den omstændighed, at myndighederne ofte selv vil påberåbe sig lovmotiverne som støtte for en bestemt lovfortolkning, kan i hvert fald ikke tages til indtægt for en antagelse om, at myndighederne retligt set er bundet til at følge samme. Det er vel naturligt for et ministerium, der selv har formuleret de pågældende lovmotiver, at lægge disse til grund ved stillingtagen til retlige spørgsmål; men bindende i retlig forstand er de ikke. En ny regering og/eller en ny minister kan have en anden retsopfattelse, end den motiverne giver grundlag for, og fuldt legitimt sætte denne igennem i sin fortolkning af loven.

Tilsvarende kan efterarbejder, f.eks. i – kvalificeret – form af de tidligere drøftede folketingsbeslutninger³⁷⁰ have betydning for forståelsen af en uklar eller omstridt lovtekst. Men en påstand om, at sådanne (lovfortolkende) beslutninger skulle have nogen retligt bindende virkning for de udøvende myndigheder i den forstand, at de ligefrem skulle være forpligtet til at følge dem, støder an mod så grundfæstede konstitutionelle retsprincipper (der anviser loven som styringsinstrument for Folketinget), at den alene af den grund må betvivles. At myndighederne er forpligtet til at tage *hensyn* til sådanne beslutninger – inddrage dem i deres overvejelser og forholde sig aktivt til samme – er der derimod næppe tvivl om; men denne pligt rækker ikke videre, end hvad der følger af sædvanlige fortolkningsprincipper.

At underordnede myndigheder er bundet af en praksis eller en tjenesteforskrift fra en overordnet myndighed, mens dette ikke er tilfældet for domstolenes vedkommende, hører til et af forvaltningsrettens mest udbredte dogmer. Som læresætning – i denne helt uformidlede form – er den imidlertid misvisende. På den ene side har myndighederne både ret og pligt til at tilsidesætte en praksis eller en tjenesteforskrift, der hviler på en klart urigtig retsopfattelse. Myndig-

370. Ovenfor kap. 5.5.

hederne har et selvstændigt ansvar for deres virksomhed, også selv om de er underordnede og modtager instrukser fra overordnede myndigheder.³⁷¹ På den anden side vil domstolene formentlig altid tænke sig om to gange, førend de tilsidesætter en praksis eller en tjenesteforskrift som lovstridig – ulovligheden skal i praksis være rimelig klar,³⁷² omend der naturligvis ikke for domstolenes vedkommende kan opstilles et formelt klarhedsprincip i lighed med det, der antages at gælde for tilsynsmyndighedernes kontrol med kommunerne.³⁷³

Heller ikke påstanden om, at forvaltningsorganer med et politisk mandat skulle være udstyret med en særlig legitimation til at fortolke eller udlægge loven efter »forgodtbefindende« kan tiltrædes. Hvis domstolene er tilbageholdende med at efterprøve kommunale beslutninger, skyldes det næppe kommunernes særlige legitimationsgrundlag, men derimod lovgrundlagets typisk mere åbne karakter for mange af de kommunale opgavers vedkommende. Ramme- og bemyndigelseslove giver ikke samme muligheder for indgående prøvelse af forvaltningsakter som detaljerede lovbestemmelser.

Når kommunerne f.eks. kan »slippe afsted« med at udbyde utilstrækkelige ydelser som følge af stadige budgetnedskæringer, er det fordi loven ikke giver tilstrækkelig sikre holdepunkter for at antage, at der skal holdes et bestemt ydelsesniveau – at målsætningen med andre ord ikke er specificeret tilstrækkeligt til at kunne danne grundlag for en retlig afgørelse. I så fald gælder kommunernes »budgetmagt« – retten til at prioritere efter forgodtbefindende – nærmest uindskrænket.

Se hertil nærmere *Carsten Henrichsen* 1997 s. 186ff. Som her anført kan der næppe – *uden særlige lovkrav* – antages at gælde nogen minimumskrav til det offentlige serviceproduktion; hvilket på den anden side ikke er ensbetydende med, at der slet ikke gælder nogen grænser – kommunale myndigheder kan f.eks. ikke blot ignorere lovgivningens krav om, at der skal stilles visse ydelser til rådighed for borgerne. Sådanne ulovbestemte grænser må til gengæld kunne hævdes ens for alle kommuner.

Tilsvarende må fejl og forsømmelser i offentlige institutioner bedømmes ens for alle kommuner. Selv den mindste kommune må forudsættes at kunne opfylde *fastsatte minimumsstandarder* i lovgivningen, og en kommune kan ikke frigøre sig for ansvar for fejl eller forsømmelser ved at henvise til en politisk besluttet eller accepteret fast praksis, der ikke gør det muligt at overholde lovens krav. Kommunale beslutninger kan således ikke legitimere en retssædvane, hvorved lovens udtrykkelige mindstekrav tilsidesættes.

Noget andet er, at *tolerancegrænsen* måske er større over for ressourcetunge institutioner, specielt i økonomisk knappe tider, men det gælder i så fald ens for alle kommuner. Det er endda muligt, at der kan argumenteres overbevisende for, at »økonomisk betrængte« kommuner må gives en større margin end mere velstående kommuner, men også dette

371. *Bent Christensen* 1992.396.

372. *Gammeltoft-Hansen m.fl.* 1994 s. 38; *Ketscher og Rønsholdt* 1987 s. 35.

373. Jfr. herom nedenfor kap. 6.4.

Kapitel 6. Den juridiske retskildelære

kriterium gælder i givet fald generelt. Det samme er tilfældet med hensyn til standarden for små og store institutioner i en og samme kommune. Det lille amtskommunale lokalsygehus kan ikke forventes at have samme standard som amtskommunens centralsygehus – etc.

Noget lignende gælder, når en kommunal byggetilladelse viser sig at være i strid med kommuneplanen, uden at dette får nogen konsekvenser for det pågældende byggearbejde. At bygningen får lov at stå trods naboers protester, skyldes ikke en særlig veneration eller respekt for det kommunale selvstyre som sådant. Det afgørende hensyn er her – som en variant af proportionalitetsprincippet – at byggearbejdet repræsenterer en betydelig investering, som det også samfundsøkonomisk ville være urimeligt at lade gå til spilde, altså et hensyn til at undgå værdispild.³⁷⁴

Omvendt er der vel heller ikke nogen tvivl om, at kommunerne skal efterkomme lovgivningens mere detaljerede bestemmelser i samme omfang som enhver anden forvaltningsmyndighed. Et selv nok så demokratisk legitimationsgrundlag kan ikke legitimere et åbenlyst lovbrud, lige så lidt som Folketinget kan tilsidesætte sine egne love – på anden måde end gennem vedtagelse af en lovændring. Kommunalrettens traditionelle antagelse af en særlig *fortolkningsret* for kommunerne må ses i lyset af det for tilsynsmyndighederne gældende klarhedskriterium ved efterprøvelsen af kommunale afgørelses lovlighed, og dette kriterium kan i hvert fald ikke formelt have nogen bindende virkning for domstolenes stilling til sådanne spørgsmål.³⁷⁵

6.3. Polycentriteoriens gennemslag i retsvidenskaben

Når der er grund til at gøre så forholdsvis meget ud af denne problemstilling, skyldes det, at den polycentriske retskildelære allerede er begyndt at sætte sine spor i den forvaltningsretlige teori på en måde, som nok må vække til eftertanke. Således antager *Mogens Heide-Jørgensen* i sin afhandling »Den kommunale interesse« (1993), at kommunernes egeninteresser må betragtes som en selvstændig retskilde eller fortolkningsfaktor, som må respekteres af domstolene,

374. *Bent Christensen* 1994 s. 162f.

375. Jfr. *Steen Rønsholdt* 1987 s. 85ff og *Karsten Revsbech* 1992 s. 24ff. Det anførte klarhedsprincip støttes på kommunestyrelseslovens § 61, jfr. herom nærmere *Rønsholdt a.st.* s. 672ff, med yderligere henvisninger s. 673, note 1 og 2; se endvidere *Gert Batstrup* 1992 s. 68ff og *Mogens Heide-Jørgensen* 1993 s. 51ff.

6.3. Polycentriteoriens gennemslag i retsvidenskaben

når det drejer sig om efterprøvelse af kommunale ressourcebeslutninger (ibid. s. 19ff, jfr. især s. 22f og s. 36f.).³⁷⁶

Synspunktet er nærmere bestemt dette, at »den kommunale interesse« kan danne grundlag for en fortolkning af lovstoffet ud fra dettes formål, og at denne formålsfortolkning må respekteres ud fra betragtninger om forholdets natur, eventuelt som udtryk for en lokal (rets-)sædvane (s. 22). At fortolkningen må respekteres, indebærer, at kommunernes retsopfattelse må tillægges *overvægt* i forhold til en eventuel afvigende retsopfattelse hos tilsynsmyndighederne. Den substantielle begrundelse for dette standpunkt er, at kommunerne må være de nærmeste til at vurdere alle de omstændigheder, som er relevante ved fortolkning af regler, såsom borgernes ønsker, kommunens økonomiske muligheder og politiske prioriteringer, samordningen af sektorlovgivning og retten til at påtage sig andre opgaver end dem, lovgiver pålægger kommunerne (s. 24ff).

»Den vigtigste retskilde – forholdets natur – er svagt placeret i det administrative legalitetstilsyn med kommunerne«, siger Heide-Jørgensen (s. 53) og benytter denne konstatering som grundlag for at frakende tilsynsmyndighedernes afgørelser status af gældende ret. Disse myndigheders praksis har nærmest karakter af et »internt normsystem« (s. 32), der som sådan kun har mindre retskildeværdi – gældende ret dannes af lovgiver, domstolene og – altså – kommunerne selv.³⁷⁷ Det sidste er tilfældet, når kommunerne gennem deres praksis danner sædvaneret inden for det lokale område, som de omfatter (s. 22).

Forfatteren henholder sig herved udtrykkeligt (s. 27) til en polycentrisk opfattelse af retskilderne, hvorefter den kommunale førsteinstansafgørelse – og ikke tilsynsmyndighedernes praksis – lægges til grund for bestemmelsen af gældende dansk kommunalret: »Herved respekterer teorien den kendsgerning, at kommunen står forrest, ofte ene, i den juridiske fødekæde« (s. 33). Samtidig knytter forfatteren snævert an til domstolenes funktion som autoritativ retsansvarende myndighed: »Den kommunale interesse defineres *ikke af tilsynsmyndigheden men af kommunalbestyrelsen under ansvar over for domstolene*« (s. 35). Det betyder ikke, at forfatteren tilslutter sig Ross' domstolorienterede prognoseteori, idet retsdogmatiske udsagn om gældende ret her tværtimod betragtes som påstande, der stemmer overens med sædvanligt accepteret juridisk metode- og retskildelære (s. 19).

Det retsteoretiske udgangspunkt for Heide-Jørgensens udlægning af centrale kommunalretlige spørgsmål – den tidligere omtalte kohærenslære – svarer

376. Se med kritik af Heide-Jørgensens standpunkter *Steen Rønsholdt* 1995.239ff og *Karsten Revsbech* 1994.417 s. 418ff; sidstnævnte med en mere detaljeret gennemgang af afhandlingen.

377. *Ibid.* s. 33.

Kapitel 6. Den juridiske retskildelære

ganske til den opfattelse, som jeg har gjort gældende i det foregående. Forfatterens konsekvente bestræbelser på at løsrive den kommunalretlige teori fra tilsynspraksis er da også prisværdig – intentionen er i den henseende klart videnskabelig, et ønske om at foretage en teoretisk retsbeskrivelse frem for blot en passiv praksisbeskrivelse, som ellers kendetegner store dele af dansk kommunalret.³⁷⁸

Uden at jeg i øvrigt her skal gå nærmere ind på Heide-Jørgensens antagelser, skal jeg nøjes med at konstatere, at den her fremsatte teori synes at være et yderligtgående – eller måske blot et særlig konsekvent – udslag af den idé om retskildernes polycentri, som forfatteren også selv bekender sig til. Som al anden argumentations- og retskildelære har denne idé også klare *normative implikationer*. Tanken repræsenterer ikke blot en beskrivelse af en faktisk udvikling – den rummer også en opfordring til i rets(kilde)anvendelsen at sætte sig ud over det myndighedshierarki, som lovgivningen har etableret. I dette tilfælde med den – noget opsigtsvækkende – konsekvens, at tilsynsmyndighederne nærmest frakendes enhver legitimitet som autoritative retsanvendere.

Sigtet synes – med Rønsholdts ord³⁷⁹ – »helt klart at være retlig frigørelse af kommunerne« – et formål, der naturligvis i sig selv kan diskuteres ud fra retssikkerhedsmæssige betragtninger.³⁸⁰ Til dette formål foretager Heide-Jørgensen en nedgradering af kommunaltilsynets retlige status, som »med et slag feje(r) banen ren for det retsgrundlag teorien og i hvert tilfælde store dele af retssystemet indtil nu har opfattet som gældende kommunalret!«. ³⁸¹ Herom bemærker Rønsholdt videre (s. 246): »Ved i et samlet ryk at trække retsgrundlaget væk under det kommunale tilsyn etableres på én gang – som ved et trylleslag – et retligt vakuum til rådighed for kommunal autonomi og retsdannelse«; og kommentaren slutter (foreløbigt) som følger: »Denne metode repræsenterer en genvej som ikke forekommer holdbar«. ³⁸²

At specielt de lokale tilsynsmyndigheder – de amtslige tilsynsråd – med deres egenartede sammensætning, placering og procesform – ligger ganske langt fra idealet om en retssikker, domstolslignende instans,³⁸³ kan efter min opfattelse heller ikke begrunde, at der helt ses bort fra disse myndigheders konstitutionelle forankring (jfr. grundlovens § 82) og lovmæssige beføjelser til at sanktionere deres afgørelser (kommunestyrelseslovens § 61). Som sådan er tilsynsmyndig-

378. *Haagen Jensen* 1972; *Harder* 1987; *Espersen* 1988; *Garde & Mathiassen* 1991; men cfr. f.eks. *Steen Rønsholdt* 1987.

379. *Steen Rønsholdt* 1995.245.

380. Jfr. herom nedenfor kap. 7.2 og 7.3.

381. *Ibid.* a.st.

382. *A.st.*

383. Heide-Jørgensen *op. cit.* s. 29f.

6.3. Polycentriteoriens gennemslag i retsvidenskaben

hederne utvivlsomt en del af et retligt hierarki, selv om det måske er tvivlsomt, om disse myndigheds praksis – som hævdet i kommunalretlig teori – ligefrem udtrykker en retssædvane eller retsgrundsætninger på lovs niveau.

Mogens Heide-Jørgensen finder (op. cit. s. 48ff), at der med approbations- og hensigtsmæssighedstilsynets bortfald i forbindelse med 1970'ernes administrationsreformer savnes hjemmel for et legalitetstilsyn med en retsskabende funktion. *Steen Rønsholdt* op. cit. s. 253ff afviser imidlertid standpunktet med henvisning til almindelig retsopfattelse hos både tilsynsmyndigheder og kommuner, foruden lovgivers forudsætninger/passivitet vedrørende eksistensen af en – bindende – kommunalfuldmagt. Om den retskildemæssige betydning af tilsynsmyndighedernes afgørelser se *Claus Haagen Jensen* 1972 s. 18ff, *Jens Garde og Jørgen Mathiasen* 1991.19ff, især s. 22, og *Bent Christensen* 1994 s. 129f, alle med antagelse af, at tilsynspraksis udtrykker retsgrundsætninger på lovs niveau; se dog tvivlende *Rønsholdt* op. cit. s. 258f: »Det kan diskuteres, hvilken netop retskildemæssig betydning en lovgiverforudsætning kan have i forhold til de konkrete afgørelser som træffes af kommunerne og af tilsynsmyndighederne«; *Karsten Revsbech* 1994.417 s. 420 afviser helt, at tilsynspraksis kan tillægges lovkraft.

Tilsynsmyndighedernes opgave er – tilsammen med andre kontrolinstanser: rekursmyndigheder, ombudsmand og domstole – at sikre lovens gennemslag over for de kommunale forvaltninger og herunder også at sikre en vis ensartet retsopfattelse i kommunerne. Selv om det sidste må ske med respekt af det kommunale selvstyre, rækker dette forhold ikke længere, end lovgivningen selv åbner op for. Tilsynsmyndighederne skal – naturligvis – respektere det råderum for selvstændige prioriteringer og opgavevalg, som lovgivningen giver kommunerne – men heller ikke mere. I den forstand er kommunerne ikke anderledes stillet end hvilke som helst andre forvaltningsorganer, der måtte være overladt skønsmæssige beføjelser.³⁸⁴

Selv om Heide-Jørgensen i et enkelt tilfælde kritiserer en dom, der ikke lader sig forene med hans egne synspunkter,³⁸⁵ er det alligevel påfaldende, at forfatteren i den grad vil lade domstolene få det sidste ord ved udlægningen af gældende dansk kommunalret. Således har forfatteren medtaget stort set al retspraksis vedrørende kommunale forhold, uagtet at det for en stor dels vedkommende daterer sig fra en tid, hvor kommunerne indtog en helt anden – og mere uafhængig – stilling end nutidens kommunalforvaltning.

Denne meget intensive udnyttelse af (en del af) retskildematerialet antyder en *binding til domstolspraksis*, som måske nok kan virke lidt ejendommelig på

384. Se *Henrichsen* 1997 s. 279ff. Med den nye *ombudsmandslov* af 1996 ophævedes de fleste restriktioner på ombudsmandens kontrolmuligheder i forhold til kommunerne. Tilbage står alene et helt generelt formuleret krav om hensyntagen til det kommunale selvstyre. Se om baggrunden for denne lov, bet. nr. 1274/1994.

385. *Op. cit.* s. 430.

Kapitel 6. Den juridiske retskildelære

baggrund af forfatterens energiske afvisning af Ross' prognoseteori. På den ene side benyttes Stuer Lauridsens kohærenslære til at frigøre den kommunalretlige teori fra en ren beskrivelse af myndighedspraksis, in casu tilsynsmyndighedernes praksis. På den anden side nærmer Heide-Jørgensen sig med sin teoridannelse stærkt Ross' domstolsfikserede model for beskrivelse af gældende ret – forfatteren vil ligefrem opfordre kommunerne til at indbringe tvister med tilsynsmyndighederne for domstolene.³⁸⁶ I dette krydsfelt fremhæves da førstinstansens – kommunernes – praksis som en selvstændig retskilde af væsentlig praktisk betydning i og med, at kun få kommunalsager rent faktisk bliver indbragt for domstolene.

Den polycentriske retsopfattelse – som den her kommer til udtryk – hviler på denne måde i realiteten på en forestilling om domstolenes primat ved fastlæggelsen af gældende ret, hvilket som nævnt er et paradoks i betragtning af, at læren netop giver indtryk af at ville foretage et opgør med domstolene som garant for retsenheden i samfundet. Paradokset materialiserer sig som et – retssikkerhedsmæssigt – betænkeligt valg af førstinstansens praksis som retningsgivende, i det omfang domstolene ikke lægger afstand hertil. De retssikkerhedsmæssige betænkeligheder øges endda, når det – som det åbent erkendes – må lægges til grund, at domstolene i praksis netop kun sjældent kommer ind i billedet. Når tilsynsmyndighedernes afgørelser (og vejledende udtalelser) yderligere frakendes retskildemæssig værdi (som en praksis, der ikke blot kan, men også skal følges af de kommunale myndigheder), bliver betænkelighederne – ud fra en retssikkerhedsmæssig synsvinkel – for alvor store.

Henrik Zahle 1986.752 s. 756 anfører som et modificerende standpunkt, at »respekten for det kommunale selvstyre eller for den korporative repræsentation må imidlertid have en grænse. Et centralt også juridisk problem er, hvornår disse organisationsformer medfører en reel øgelse af den demokratiske styring – hvornår de blot bidrager til en sløring af beslutningssystemet«. Jeg er enig i, at der – med den valgte indfaldsvinkel – er et sådant problem. Det er blot vanskeligt at se, hvorledes en retlig argumentation skulle kunne bære en løsning af dette problem igennem i en konkret sagsmæssig sammenhæng.

386. *Heide-Jørgensen* 1993 s. 66 og *samme* 1993.417.

Til rekonstruktion af metodelæren

7.1. Den pyramidalske retskildeopfattelse

Den polycentriske retskildelære er unægtelig en udfordring for tanken. Ideen om en myndighedsspecifik retskildelære formelig kalder på modsigelse. I sin yderste konsekvens betegner ideen et opgør med fundamentale forestillinger om retsenhed og dertil knyttede retssikkerhedsværdier. En sådan teori tvinger til besindelse på de bærende værdier i retssystemet – uanset at disse værdier aldrig så meget kan synes at stå for skud i den faktiske udvikling af dette system.

En af tidens store navne inden for retspluralismen, *de Susas Santos*, »er tilbøjelig til at mene, at dersom jurister (eller retssociologer) ikke er rigtige retspluralister, da må de bekende sig til en kelseniansk, formalistisk retsopfattelse, der igen fører til en 'formalistisk', urealistisk samfundsforståelse«. ³⁸⁷ Selv om denne opfattelse givetvis er ment som en provokation, mener jeg faktisk, at den rammer noget rigtigt – måske lige bortset fra påstanden om, at en formalistisk retsopfattelse implicerer en urealistisk samfundsforståelse. Det sidste skal jeg vende tilbage til (nedenfor kap. 7.2) – her skal det blot understreges, at alternativet til en pluralistisk/polycentrisk retsopfattelse logisk set må være en monocentrisk/hierarkisk ditto.

Det er til gengæld ikke givet, hvad der nærmere ligger i den hierarkiske retsopfattelse. Den kelsenianske retspositivisme er blot én mulighed, og denne udlægning må i hvert fald – efter alt foregående – afskrives som et urealistisk grundlag for en moderne retslære. *Loven* er som tidligere nævnt ikke et diktat, der skal eller kan følges i ét og alt – virkeligheden er mere kompliceret end som så. Alligevel er det – med den pluralistiske/polycentriske udfordring in mente – nødvendigt at vende tilbage til den klassiske opfattelse af loven og i bredere forstand de positiverede retsregler som *hovedkilden* til fastlæggelse af gældende

387. Santos 1987 citeret efter *Dalberg-Larsen* 1994 s. 98.

Kapitel 7. Til rekonstruktion af metodelæren

ret. Disse retsregler indgår som bekendt selv i et retligt hierarki (grundlov, lov, bekendtgørelse, cirkulære), som har betydning for fastlæggelsen af reglernes nærmere indhold og rækkevidde.

Netop dette retlige hierarki var hovedpunktet i Kelsens klassiske retskildelære (1934/1960), og det må det fortsat være, selv om det – som jeg straks skal vende tilbage til – ikke udgør det eneste hierarki i retskildelæren, og selv om den hierarkiske orden heller ikke kan tillægges den samme betydning, som Kelsen selv gjorde. Den positiverede ret spiller under alle omstændigheder en overvældende rolle i det moderne samfund – nu mere end nogensinde. Fra 1800-tallets lovbøger med kodifikation af hidtil gældende, sædvane- eller praksisbestemt ret, har loven udviklet sig til at være hovedinstrumentet til regulering af de samfundsmæssige forhold. Hidtil retstomme områder er i stort omfang blevet bragt ind under lovens fastere regulering og nye samfundsområder er blevet underlagt lovens herredømme.³⁸⁸ At der samtidig – på visse områder – er sket en overgang til mindre detailprægede reguleringsformer, ændrer ikke ved det principielle i forholdet, nemlig at en forståelse af gældende ret må bygge på loven som hovedkilden i det retslige system – disse kilder *skal* inddrages ved enhver forsøg på at fastslå gældende ret.³⁸⁹

Som udgangspunkt må det således fastslås, at de positiverede retsregler – i det overordnede retskildehierarki – indgår som et særligt autoritativt udtryk for lovgivers styringsmæssige intentioner. Som sådan kan de i hvert fald ikke tilsidesættes vilkårligt, selv om de på den anden side heller ikke nødvendigvis skal *følges* ubetinget. Det afgørende – ud fra en realistisk retskildemæssig betragtning – er blot dette, at loven pligtmæssigt må danne udgangspunkt for enhver form for retsanvendelse. I forhold til disse retskilder udgør den *praksis*, der kommer til udtryk ved myndighedernes retsanvendelse, et (andet) retskildemæssigt materiale, hvis praktiske betydning i sig selv kan ordnes hierarkisk

388. Jfr. *Dalberg-Larsen* 1996.918 s. 930f med en kritik af Doublets funktionalistiske retsopfattelse, hvorefter lovgivningen i den nutidige velfærdsstat reduceres til blot at være signaler til de retsanvendende myndigheder – uden egen status som gældende ret (*David Doublet* 1995). Forholdet er ifølge Dalberg-Larsen nærmest det modsatte: Doublets opfattelse af, at retten primært skabes af jurister, passer bedre på forrige århundredes juristdominerede retsstat, hvorimod lovgivningsmagten i nutidens interventionistiske stat producerer »en syndflod af love, der må anses for dele af gældende ret, ganske uanset om de skabes, fortolkes og anvendes af jurister eller ej«.

389. Noget andet er, at de ændrede reguleringsformer muligvis stiller nye krav til de metoder, der må bruges til at fastslå, hvad der i enkelttilfælde skal betragtes som »gældende ret«. Dette er imidlertid i alt væsentligt et spørgsmål om valg af argumentationsform, jfr. *Henrichsen* 1997.157ff med diskussion af mulighederne for en mål- eller formålsrationel argumentation på områder, hvor lovgivningen ikke angiver præcise kriterier for de ydelser, som de offentlige myndigheder skal præstere.

7.1. Den pyramidalske retskildeopfattelse

efter myndighedernes placering i statsstyret (domstole, ombudsmand, uafhængige ankenævn, tilsynsmyndigheder, ordinære rekursinstanser og førsteinstanser – opregningen er naturligvis ikke fuldstændig).³⁹⁰

Gennem praksis fastlægges – præciseres og/eller justeres – de positiverede retsreglers indhold og rækkevidde. Praksis er på denne måde en væsentlig korrektionsfaktor ved fastlæggelsen af gældende ret. Betydningen heraf skal ses i lyset af de retsanvendende myndigheders rolle som garant for de bærende værdier i retssystemet, herunder specielt retssikkerhedshensynet i dets forskellige varianter. Denne funktion betinger udviklingen af mere generelle forbehold med hensyn til anvendelsen af det positive retsstof – forbehold der udkrystalliserer sig i myndighedernes/domstolenes anerkendelse af visse grundlæggende retsprincipper og reale hensyn. Den praksis, der herved udvikles, aflejrer et retskildemateriale, som i det mindste *bør* inddrages ved fastlæggelsen af gældende ret. Heri ligger omvendt, at praksis ikke generelt kan tillægges nogen forrang som retskilde. Tværtimod er det, som flere gange tidligere nævnt, en hovedopgave for teorien at forholde sig aktivt/kritisk til myndighedernes retsanvendelse.

Retskildebilledet præges herudover af et omfattende og uhyre broget materiale, der for den sags skyld også – med lidt god vilje – kunne ordnes hierarkisk efter afsenderens relative status (domskommentarer, lovmotiver, folketingsbeslutninger og andre lignende politiske signaler, samt endvidere betænkningstof og vejledende forskrifter fra myndighederne).³⁹¹ Med en samlebetegnelse, der er hentet fra Sundby (1974), kunne disse »blødere« retskilder betegnes som *retningslinjer*. Som det fremgår af gennemgangen ovenfor (kap. 2.3) af Sundbys normteori, har dette begreb imidlertid – trods utvivlsomme ligheder – intet med Sundbys tilsvarende begreb at gøre. Hvor Sundby benytter begrebet »retningslinjer« som led i fremstillingen af en generel normteori, reserveres begrebet her som et udtryk for en særlig type retskilder.

Det for denne type retskilder særlige definatoriske kendetegn er da, at de udgør en art *positiverede* fortolkningsregler eller regler for, hvordan den positivt fastsatte ret kan eller bør anvendes. Som sådan har de ingen bindende virkning for de retsanvendende myndigheder. Det betyder ikke, at de slet ikke har nogen virkninger for disse myndigheder, men betydningen indskrænker sig til, at de blot skal tage hensyn til samme. Det svarer i en retsteoretisk sammenhæng til, at dette retskildemateriale ikke nødvendigvis hverken skal eller bør

390. Også private borgeres praksis i form af uskrevne kutymen falder – som en arvtager til sædvaneretten – ind under denne kategori, jfr. *Doublet og Bernt* 1993 s. 56.

391. Tilsvarende gælder de fra privatretten velkendte deklaratoriske standardkontrakter, jfr. *Doublet og Bernt op. cit.*

Kapitel 7. Til rekonstruktion af metodelæren

inddrages som grundlag for udsagn om gældende ret; men materialet *kan* – efter omstændighederne – lægges til grund for fastlæggelsen af gældende ret. Teorien må da udvikle sine egne normer for, under hvilke nærmere omstændigheder et sådant materiale kan tillægges retlig relevans.

Selv om der ikke kan lægges for meget i hverken denne eller de øvrige omtalte opdelinger af retsstoffet, tegner de alligevel – efter min opfattelse – et rimeligt *realistisk* billede af det retskildemæssige grundlag for enhver stillingtagen til gældende ret. Det gælder ikke mindst for så vidt angår den praktiske omgang med retsstoffet som grundlag for en professionel rådgivning af borgere om konfliktspørgsmål, men det gælder for den sags skyld også den retsvidenskabelige behandling af spørgsmål om gældende ret, hvor analysen i begge tilfælde naturligt vil tage udgangspunkt i de positiverede retskilder, holde dem op mod praksis – i dens forskellige varianter – for sluttelig at konfrontere samme med de ovennævnte »blødere« retskilder.

Der er imidlertid også den retlige realitet i den hierarkiske ordning af retskilderne, at disse *som udgangspunkt* må tildeles den vægt, som deres placering i de respektive hierarkier implicerer. Tilsvarende må deres relative betydning fastlægges med udgangspunkt i deres status som normer, der efter det anførte enten *skal, bør eller kan* inddrages ved fastlæggelsen af gældende ret.³⁹² *Alexander Peczenik*³⁹³ foretager en helt tilsvarende kategorisering af retskilderne, omend med et i nuancer afvigende resultat, idet bl.a. lovmotiver henføres som en retskilde, der »bør« tages i betragtning. Eftersom jeg ikke her skal gå i detaljer med min kategorisering af retskilderne, må der ikke lægges for meget i sådanne divergenser.³⁹⁴

392. Cfr. *Peter Blume* 1990.863 (s. 871f), der – med henvisning til *Alf Ross* 1953 s. 93 og s. 121 – ikke mener at opdelingen mellem skal- og kan-faktorer bør forstås som udtryk for et retskildemæssigt hierarki, eftersom en hvilken som helst af retskilderne i praksis vil kunne være udslagsgivende. Dette sidste, som jeg er ganske enig i, og som der også er taget forbehold for i teksten ovenfor, ændrer dog ikke ved, at beskrivelsen rammer noget typisk, for så vidt som det i almindelighed har formodningen imod sig, at lovens klare ord generelt kan eller skal fraviges. Forholdet kan også udtrykkes på den måde, at det på lovregulerede områder er en hovedopgave for retsvidenskaben at »teste« lovens ord med henblik på at *afkræfte* hypotesen om, at disse er eller må være udslagsgivende.

393. 1974 s. 48ff, 1983.49 (s. 55), 1986 s. 200; se endvidere *samme* og *Roland Schött* 1993.709 (s. 726).

394. Sml. i øvrigt *Gram Jensen* 1998 s. 88, der vil skelne mellem »retskilder, det er påbudt at tage i betragtning, og retskilder, det er tilladt at tage i betragtning«. Se endvidere *Jens E.A. Skoghøy* 1994.837 s. 839ff med en sontring mellem »autoritative« retskilder, som »er av umiddelbar relevans ved rettsanvendelsen«, og »sekundære« retskilder, som »i prinsippet ikke (vil) kunne ha noen selvstendig vekt«.

7.1. Den pyramidalske retskildeopfattelse

At der kun er tale om et udgangspunkt, rokker ikke ved det principielle i betragtningmåden. Den, der vil argumentere imod lovens klare ord, har pådraget sig en »bevisbyrde«, som kun kan løftes med tungtvejende argumenter (jfr. de tidligere omtalte retlige argumentationsfigurer: fundamentale værdier, grundlæggende retsprincipper, reale hensyn, formålsbetragtninger, sædvaner og forholdets natur). Tilsvarende gælder – på et »lavere« retskildeniveau – med hensyn til eventuel kritik af myndighedspraksis, herunder specielt retspraksis. I samme retning anfører *Preben Stuer Lauridsen*: »Udgangspunktet vil altid være, at den retsnorm, som udtrykkes gennem loven, skal have forrang over for modgående retskilder. Korresponderende hermed vil præjudikater sikkert overvægte retssædvaner«.³⁹⁵

Den retsteoretiske litteratur, og altså dermed *retsteorien* som sådan, er i den forbindelse ikke i sig selv en »retskilde«.³⁹⁶ Den er derimod selve målestokken for, om et udsagn om gældende ret kan betragtes som sandt (jfr. ovenfor om kohærenslæren og intersubjektivitetskriteriet som bestemmende for udvikling af egentlige teorier om gældende ret). At retsteorien som tidligere hævded er en normekspressiv disciplin, ændrer ikke ved forholdet. Det er to forskellige spørgsmål, der herved haves for øje. På den ene side retsdogmatikkens *egenart* som videnskabelig disciplin og på den anden side retsdogmatikkens *betydning* i retlig sammenhæng.

At retsdogmatikken ikke kan tillægges nogen retlig betydning, turde være en konsekvens af, at doktrinen er et resultat af videnskabelige bestræbelser på at fastslå gældende ret og ikke af en normativ aspiration om at regulere visse samfundsforhold. Lidt forenklet udtrykt kan retsvidenskab karakteriseres som en på én gang både normativ og ikke-normativ bestræbelse. Da retsvidenskab ikke kan være begge ting på én gang, er det indlysende, at begrebet »normativ« herved benyttes i to forskellige betydninger, nemlig henholdsvis som udtryk for en særlig form for videnskab (hvad der tidligere er betegnet som argumentationsvidenskab, i modsætning til empirisk videnskab) og – på det mere generelle plan – som udtryk for en særlig kategori af social handling (at drive videnskab i objektiv forstand, i modsætning til at træffe beslutninger med gyldighed

395. 1992 s. 106. Sml. *Knud Illum* 1962.381 med betoning af det normative frem for det konkrete (reale hensyn) med henblik på at undgå, at den juridiske argumentation glider ud og bliver vilkårlig; jfr. herom *Dalberg-Larsen og Evald* 1998 s. 80

396. Jfr. tilsvarende *Alf Ross* 1966 s. 16 og *Stuer Lauridsen* 1992 s. 164, men cfr. *Gram Jensen* 1998 s. 107 og *Peter Blume* 1985.118 (s. 120) og 1990.863 (s. 878f, note 62). Andetsteds har Blume dog modificeret standpunktet med en antagelse om, at retsdogmatikken må opfattes som en »uegentlig retskilde« med en »retskildelignende funktion« (*Blume* 1995.812 s. 842 og 2000.76 s. 78).

Kapitel 7. Til rekonstruktion af metodelæren

for samfundet som helhed, hvad enten det sker ved lov, dom eller administrativ afgørelse).

Standpunktet svarer til *Hans Kelsen* (1953.143 s. 158ff), der fremhæver, at retsvidenskabens udsagn (om gældende ret), som alle andre videnskabelige udsagn kan være »sande« eller »falske«, mens de normer, der fastlægges ved lov, dom eller administrativ afgørelse kan være gyldige eller ugyldige (Kelsen benytter udtrykket »autentisch«). Med en bredere betegnelse kunne sidstnævnte imperativer også karakteriseres som »rigtige« eller »forkerte«. At retsvidenskaben ikke desto mindre må antages at have betydelig *effekt* på både praksis og lovgivning vedrører et *empirisk* forhold, der som sådan ikke ændrer ved retsvidenskabens principielle status som netop videnskab. Påvirkningseffekten afhænger herved af retsvidenskabens egne, mere eller mindre kritiske, aspirationer. Det må i den forbindelse understreges, at retsvidenskaben – jfr. diskussionen ovenfor – gerne kan være »præskriptiv« (det vil sige foreskrivende, uden at være retspolitisk); sml. Kelsens karakteristik af retsvidenskabens udsagn som »descriptive«, modsat retsnormernes »prescriptive« karakter (Kelsen 1960 s. 45). Kelsen benytter her udtrykket præskriptiv i en anden sammenhæng og dermed med et andet betydningsindhold.

7.2. Til kritikken af den polycentriske retskildeopfattelse

Den ovennævnte retskildeopfattelse er monocentrisk, for så vidt som den anerkender det grundsynspunkt, at retskilderne kan tillægges forskellig vægt alt efter deres placering i »retskildebilledet«. I modsætning til den klassiske, positivistiske retskildeopfattelse, der udelukkende fokuserer på de positivt fastsatte retskilder og deres indbyrdes placering som eneafgørende for udlægningen af gældende ret, anerkender den her skitserede retskildeteori imidlertid i høj grad betydningen af både praksis og »blødere« retskilder, det der her er kaldt »retningslinjer«.

I så henseende placerer teorien sig nærmere den pluralistiske retskildeopfattelse. Med denne sidstnævnte opfattelse synes retslæren dog at være kommet ganske tæt på at »hælde barnet ud med badevandet«. I sine bestræbelser på at fastlægge en retskildelære, der *under alle forhold* beskriver en korrekt fremgangsmåde ved den juridiske analyseproces, synes man at være endt med en teori uden klare konturer og dermed uden væsentlig praktisk relevans. For langt de fleste praktiske analyseformål spiller de retlige hierarkier fortsat en betydelig rolle, og en teori, som ikke afspejler denne kendsgerning, kan ikke have megen appel til de jurister, der som praktikere skal anvende denne.

Teorien bliver da i hovedsagen kun interessant som grundlag for løsning af de specialtilfælde, som kræver nøje analyse – de retlige tvivlsspørgsmål, som teorien også selv ofte forholder sig tøvende til. At retssystemets udvikling henimod mere åbne retsregler på visse områder har kompliceret den juridiske analyse, er vel utvivlsomt, men er ikke nogen tilstrækkelig grund til at bortse

7.2. Til kritikken af den polycentriske retskildeopfattelse

fra retskildehierarkiernes faktiske eksistens. Retssystemets udvikling er for den sags skyld heller ikke ganske entydig. På andre områder, der hidtil har været mere eller mindre retstomme, har lovgiver grebet ind med nok så detaljerede bestemmelser (forvaltningslove og erstatningslovgivning er vigtige eksempler herpå).

En monocentrisk retskildelære som den her proponerede er derimod oplagt i strid med det *polycentriske* »verdensbillede«, som jeg har beskrevet og analyseret i de foregående afsnit. Efter min opfattelse er denne tankegang imidlertid også både urealistisk og uacceptabel. Fra en deskriptiv synsvinkel er ideen om den retlige polycentri misvisende – den giver ikke noget realistisk billede af retskildernes relative betydning; og for en normativ betragtning er den kritisabel, især ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt.

Hvad først angår det deskriptive element, karakteriserer *Jørgen Dalberg-Larsen*³⁹⁷ udviklingen fra middelalderens danske retsforhold til den moderne stat som »en bevægelse fra en *høj grad af retlig pluralisme* over *mod* en situation, hvor ideen om *rettens enhed* baseret på især nationalstatens fremkomst, den nationale lovgivning og den juridiske profession er blevet realiseret i ganske vid udstrækning«. ³⁹⁸ Men derpå tilføjer forfatteren: »Hvis man udstrækker den historiske synsvinkel helt op til nutiden, så finder jeg, at man nok må karakterisere den seneste udvikling som præget af en stigende grad af pluralisme (omend) man også kan finde modgående tendenser«. ³⁹⁹

Den »stigende grad af pluralisme«, som Dalberg-Larsen – og andre retspluralister – mener at kunne iagttage, kan i hvert fald til dels henføres til den aktuelle *overgangsperiode*, som samfundet befinder sig i, og hvor sammenstøddet mellem nyt og gammelt nødvendigvis må give visse brudflader i retssystemet. De problemer, som genereres af denne udvikling, kan ikke i sig selv danne grundlag for teorier om de samfundsmæssige forhold, der kan forventes at være holdbare på sigt. ⁴⁰⁰ Ved vurderingen af, om der bør anlægges en monocentrisk eller en polycentrisk synsvinkel på samfundets retsforhold, må det derfor lægges til grund, at ideen om rettens enhed – i det lange historiske perspektiv – uomtvisteligt er blevet realiseret »i ganske vid udstrækning«. Det moderne

397. 1994 s. 101ff (s. 105).

398. *Ibid.* s. 105.

399. *Ibid.* s. 117. Synspunktet har støtte også blandt enkelte andre nordiske jurister, bl.a. *Thomas Wilhelmsson* (1995.127) og *Hans Petter Graver* (1989.53), jfr. med en nærmere omtale af sidstnævnte *Dalberg-Larsen* 1994 s. 81ff. Cfr. *Peter Blume* 1994.369, der efter en samlet vurdering ikke mener, »at der foreligger en udtalt udviklingstendens i denne retning«, og som derfor ikke finder grundlag for »at bruge betegnelsen pluralisme om vores retssystem« (s. 376).

400. Se hertil 2. del (kap. 6.4).

Kapitel 7. Til rekonstruktion af metodelæren

samfund *er* – i retlig henseende – kendetegnet ved retsenhed, i hvert fald som en stadig og vedholdende tendens.

Selv om retspluralismen kan have fat i noget rigtigt med dens understregning af aktuelle opløsningstendenser i retssystemet, kan dette ikke i sig selv bære en teori om retlig polycentri, hvis forholdet reelt »blot« må betragtes som et overgangsfænomen – for i så fald bygger teorien billedlig talt »på sand«. Antagelsen af sådanne opløsningstendenser behøver da heller ikke nødvendigvis at medføre, at retsteorien også *selv* bidrager til denne udvikling. Teoriens opgave kunne – også under sådanne mere omskiftelige forhold – i stedet være at bidrage til den fortsatte systematisering af retsstoffet ud fra en grundforestilling om, at regelværkerne hænger sammen og *skal* hænge sammen.⁴⁰¹

Det skal medgives, at det er vanskeligt at adskille vurderingen af de deskriptive elementer i teorien fra de normative implikationer af samme. En bedømmelse af teoriens holdbarhed må i sidste ende bero på normative vurderinger, således som det også har været tilfældet i gennemgangen ovenfor af Heide-Jørgensens kommunalretlige studier. Netop disse studier understreger imidlertid også behovet for en kritisk vurdering af polycentriteorien. En teori, der som denne kan danne grundlag for en forestilling om, at *myndigheders* (in casu: kommuners) retssikkerhed skal kunne gives forrang for *borgeres* retssikkerhed – som om myndighederne var til for deres egen skyld – er efter min opfattelse uforenelig med de retssikkerhedsforestillinger, der knytter sig til det moderne samfunds demokratiske retsstat.⁴⁰²

I et *idehistorisk* perspektiv synes man endvidere med denne polycentriske retsopfattelse nærmest at være havnet i den modsatte grøft af, hvor man startede. Fra Kelsens ensporede fremhævelse af *loven* som den eneste mulige retskilde har vi nu fået *praksis* – vel at mærke førsteinstansens praksis – som et tyngdepunkt i retsdannelsen. Sat på spidsen er forestillingen om lovgivers omnipotens blevet erstattet af de kommunale selvstyreorganers ubegrænsede legitimationsevne. Tilsvarende gælder, når ideen om retlig polycentri anskues i et *retshistorisk* perspektiv: Efter en århundredelang udvikling i retning af en stigende positivisering af retssystemet vendes tingene nu »pludselig« på hovedet med en påstand om de uskrevne retskilders voksende betydning (forholdets natur og retssædvanen).

Det sidste må vel nok betegnes som en noget overraskende konklusion. Jeg er da også tilbøjelig til at mene, at fortalene for denne teori overser eller undervurderer nogle forhold af betydning for vurderingen af de aktuelle udviklingstendenser. Således er det vel et spørgsmål, om ikke den åbenhed, som

401. Jfr. herom nærmere nedenfor kap. 7.3.

402. Jfr. tilsvarende *Karsten Revsbech* 1992 s. 26.

7.3. Særligt om retssikkerhedsaspektet

påstås at kendetegne nutidens retssystem, til en vis grad er et »optisk bedrag«: Ramme- og bemyndigelseslove modsvares i stigende omfang af retningslinjer, procedurelle fremgangsmåder og kontrolordninger, som eliminerer noget af denne åbenhed i systemet.⁴⁰³

7.3. Særligt om retssikkerhedsaspektet

Hierarkiet er – i det moderne samfund – et grundtræk ved det etablerede retssystem. At det for en *empirisk* betragtning kan forholde sig anderledes, ændrer ikke ved denne omstændighed. Det foregives ikke, at retten i praksis *altid* udspringer af ét – nationalt – center, eller at den i det hele taget udgør det *eneste* praktiske virkemiddel i samfundsstyringen. Påstanden går alene på, at *når* man – stadig i det moderne samfund – taler om ret som et normativt fænomen, så taler man også om regler, der – *som udgangspunkt* – bliver til i hierarkiske mønstre, og som i øvrigt definatorisk er kendetegnet ved at kunne håndhæves tvangsmæssigt af de styrende organer i samfundet. Det er det udgangspunkt, som retsdogmatikken må forholde sig til.

Jørgen Dalberg-Larsen, der selv stiller sig »åben over for at diskutere udviklingen af et nyt moderne retssædvanebegreb«, ⁴⁰⁴ argumenterer også mere principielt for, hvad der måske kan udlægges som en *nedtoning af retssikkerhedsværdier*. Helt grundlæggende finder denne forfatter, at retten afspejler en række forskellige – til dels modstridende – værdier: »Frihed, lighed, retssikkerhed, demokrati og velfærd«. ⁴⁰⁵ Denne form for værdipluralisme, der altså blot viderefører juristernes intuitionistiske tænkemåde, hvorved alting skal »afvejes«, fører uvægerligt til en politisering af retsvidenskaben, for så vidt som interesseafvejning netop er indbegrebet af politik. Standpunktet påtvinger sig heller ikke med nogen form for nødvendighed. For en nøjere analyse udgør de ovennævnte værdier blot forskellige sider af samme sag, og i det omfang de – i virkelighedens verden – kolliderer, skyldes det konkrete implementeringsproblemer snarere end principielle – uoverstigelige – vanskeligheder. ⁴⁰⁶

Med et værdipluralistisk udgangspunkt er det måske ikke så mærkeligt, at man – som Dalberg-Larsen – kan affinde sig med en nedtoning af f.eks. retssikkerhedshensynet. Afvejning og kompromisser er værdipluralismens følgesvend.

403. Jfr. i samme retning *Jens Peter Christensen* 1994.352 s. 354.

404. *Ibid.* s. 143.

405. *Ibid.* s. 83.

406. Se for en principielt begrundet kritik af afvejnings-»modellen« med særlig henblik på forholdet mellem retssikkerhed og effektivitet *Henrichsen* 1997 s. 543ff.

Kapitel 7. Til rekonstruktion af metodelæren

Dalberg-Larsen placerer sig herved i en midterposition i forhold til på den ene side dem, der som Griffiths og Santos gerne vil »give afkald på troen på, at man gennem en formel statslig ret kan bidrage afgørende til at fremme værdierne forudberegnelighed og retssikkerhed«,⁴⁰⁷ og på den anden side dem, der ud fra en positivistisk retsopfattelse ubetinget vil tilskrive det etablerede retssystem en retssikkerhedsmæssig funktion af afgørende værdi i det moderne samfund, eventuelt under den (naturretlige) forudsætning, at dette system også opfylder visse materielle retssikkerhedskrav.⁴⁰⁸

Dalberg-Larsen finder herved, »at retsdogmatikken rent faktisk har som en vigtig opgave (funktion) at skabe konsensus om forståelsen af gældende ret, men at det også er vigtigt, at der findes former for praktisk orienteret retsvidenskab, der ser det som et mål at påvise inkonsistenser i retten og alternative tolkningsmuligheder på forskellige områder til de normalt accepterede«. ⁴⁰⁹ Standpunktet skal ses på baggrund af, at forfatteren vil tilskrive den traditionelle – statsfikserede – retsvidenskab en *konsensuskabende* funktion svarende til den klassiske struktur-funktionalistiske samfundsopfattelse i sociologien.⁴¹⁰ Det er dog vanskeligt at se nogen modsætning mellem disse mål og den traditionelle opfattelse af retsdogmatikkens opgave som dette at virke for opretholdelse af enheden i et retssystem under stadig udvikling og forandring. En sådan opgave kan ikke løses uden netop kendskab til mulige disharmonier i retssystemet, og som anden videnskab må retsdogmatikken – også efter en traditionel opfattelse – hele tiden være parat til udfordre gængse tolkninger af retsstoffet.

Struktur-funktionalismen er en *empirisk* funderet samfundsmodel. Hvis retsdogmatikken, som der tidligere er argumenteret for (kap. 4.1), opfattes som en *normativ* videnskab, kan denne videnskabs funktioner ikke meningsfuldt drøftes som et spørgsmål om konsensus eller konflikt, som om der kunne blive tale om et *valg* mellem disse aspekter. Som normativ videnskab er retsdogmatikken *per definition* konsensusbetinget eller »systembekræftende«: Retsheden er det givne udgangspunkt for enhver retsdogmatisk analyse, jfr. nærmere ovenfor kap. 3.1 med diskussion af enhedspostulatets »logiske status«.

Studier af retten ud fra et *konfliktperspektiv* hører udpræget til i en retssociologisk sammenhæng. Her giver det mening at studere retten i dens – mere eller mindre konfliktfyldte – samspil med samfundets andre normsystemer. Sådanne studier kan kaste lys over spørgsmålet om rettens grænser (og muligheder) som styringsmiddel, herunder med hensyn til mulige blokeringer i retssystemets

407. *Op. cit.* s. 96

408. Jfr. til det sidste *Alexander Peczenik* 1982 s. 609.

409. *Op. cit.* s. 129f.

410. *Ibid.* s. 129.

7.4. Retssystemets »grundnorm« og »cirkularitet«

»omgivelser« såvel som i systemet selv, for at retten kan fungere hensigtsmæssigt. For en normativ disciplin som retsdogmatikken giver det derimod ingen mening at insistere på, at retssystemet – fundamentalt set – er i strid med både sig selv og sine omgivelser. Retsdogmatikken ville svigte sin opgave, hvis man på forhånd gik ud fra, at retten var uden grænser, uden indre konsistens og uden nogen demokratisk legitimation. Frem for at blande tingene sammen – ret og moral, ret og magt, ret og politik etc. – bør man hellere reservere studiet af sådanne »grænseoverskridende« fænomener til retsvidenskabens specialdiscipliner.

7.4. Retssystemets »grundnorm« og »cirkularitet«

Et hjørne af den monocentriske retsopfattelse har tilsyneladende altid voldt problemer for retsteorien, omend spørgsmålet er uden synderlig praktisk betydning. Når der alligevel kan være grund til her afslutningsvis at tage det op, skyldes det bl.a., at ophavsmanden til den polycentriske retsteori *Henrik Zahle*⁴¹¹ selv tillægger det en vis betydning i sin argumentation mod den klassiske monocentriske retstænkning. Zahle indleder således sin kritik med at erklære, at det er »fatalt« for den monocentriske retskildeopfattelse i Kelsens variant, at den ikke på en overbevisende måde kan besvare spørgsmålet om kilden til hierarkiets øverste retsnormer – de konstitutionelle regler med dertil hørende ændringsprocedure.⁴¹²

Imidlertid er dette problem vedrørende denne såkaldte *grundnorm* – som allerede Kelsen selv fremhævede – ikke noget *retsteoretisk*, men et *erkendelsesteoretisk* spørgsmål: Ethvert socialt organiseret hierarki har i sagens natur et øverste »organ«, og dette organ kan i sidste ende kun legitimeres ud fra magtpolitiske synspunkter. At der – som i alle forfatninger – indgår en (ændrings-)bestemmelse, der omfatter det grundlovgivende organ selv, er blot en praktisk måde at komme ud af dette problem på: Den reelle betydning af de magtpolitiske forhold minimeres på denne måde, men fjernes helt kan de aldrig. Ændringsbestemmelsen skal naturligvis respekteres, men dette er – i realiteternes verden – ingen garanti for, at den ikke kan blive tilsidesat af et magtpolitisk center, der sætter sig igennem som *nyt* grundlovgivende organ. Det betyder ikke, at den fastsatte ændringsprocedure ikke »gælder«, men alene at der kan opstå en situation, hvor den rent faktisk ikke bliver fulgt.

411. 1991.50 s. 51.

412. *Ibid.* a.st.

Ret og magt brydes her på en måde, som ligger uden for retskildelærens domæne. Den *konstitutionelle* grundnorm (grundlovens § 88) har heller ikke eksisteret til evig tid, men har netop engang (i midten af 1800-tallet) sat sig igennem som rent politisk legitimeret magt. Ross' noget opsigtsvækkende konklusion, at § 88 ikke er en del af gældende ret, skyldes formentlig, at han forveksler det retsteoretiske spørgsmål om grundnormens gælden med det erkendelsesteoretiske spørgsmål om dens legitimitet.⁴¹³

Spørgsmålet om eksistensen af en grundnorm er kun relevant ud fra en *retsdogmatisk* synsvinkel. Forestillingerne om en grundnorm indgår således ud fra denne synsvinkel som »slutstenen« på et hierarkisk system, der som sådan sikrer rettens enhed. Forestillingen er uden empirisk belæg – grundnormen fremstår som et rent postulat, der for så vidt let kan miskrediteres: Ingen har nogensinde *set* en grundnorm; men der er heller ingen, der har »set« de fortolknings- eller retskildenorner, som er drøftet i det foregående. Antagelsen om en grundnorm har derfor aksiomatisk karakter. Grundnormen er – logisk set – en *nødvendig* bestanddel af retsdogmatikkens normative forestillinger om et retligt hierarki og kræver som sådan intet bevis.⁴¹⁴

Postulatet om rettens enhed kan imidlertid også begrundes ud fra andre synsvinkler, hvor hierarkiet – med dertil hørende forestillinger om en grundnorm – ikke er det afgørende moment. Ud fra en retssociologisk (*systemteoretisk*) synsvinkel kan der således argumenteres for, at retssystemet har udviklet sig til et *autopoietisk* system, hvor rettens enhed alene beror på retten selv i kraft af retssystemets selvrefererende og selvgenererende karakter.⁴¹⁵ Cirkularitet erstatter – ud fra denne deskriptive synsvinkel – hierarkiet i den retsdogmatiske forestillingsverden: Rettens enhed er en funktion af en stadig vekselvirkning mellem retssystemets forskellige delsystemer: Den retlige regulering og retsanvendelsen påvirker gensidigt hinanden, ligesom de retlige procedurer og den retsvidenskabelige doktrin påvirker retsanvendelsen og den retlige regulering.

413. Ross 1966 s. 97f (grl. § 88 »er ikke sat, blot forudsat ret«). Den konstitutionelle grundnorm, der angiver ændringsproceduren for forfatningen, kan betragtes som det formelle modstykke til den ovenfor kap. 4.4 omhandlede – materielle – grundnorm for retssystemet som helhed.

414. Jfr. hertil *Stuer Lauridsens* drøftelse af spørgsmålet i 1992 s. 46ff, hvor det konkluderende anføres (s. 50), at »grundnormen er en rent tænkt størrelse, der sætter hele retsordenen, og (naturligvis) må vælges, således at den passer til de herskende magtforhold«, hvorved det må erkendes, »at grundnormens gyldighed kun hypotetisk forudsættes«.

415. Jfr. herom nærmere ovenfor 2. del kap. 6.3. For en nærmere omtale af teorien se *Bernt og Doublet* 1993 s. 77f og *samme* 1998 s. 257ff. Se endvidere med bidrag til en videreudvikling af teorien *Henrichsen* 2000.23.

7.4. Retssystemets »grundnorm« og »cirkularitet«

Da der således er tale om anlæggelse af forskellige synsvinkler på retten, foreligger der ingen modstrid mellem disse kontradiktoriske måder at begrunde retssystemets enhed på. Forestillingerne om en grundnorm udelukker med andre ord på ingen måde, at rettens enhed kan begrundes ud fra forestillinger om cirkulariteten i retssystemet. Begge opfattelser har *retspolitiske implikationer*. Den retsdogmatiske opfattelse implicerer en restriktiv retskilde- og fortolkningsmodel, hvor uvedkommende moralhensyn og politiske hensyn holdes ude fra den konkrete retsanvendelse, og hvor retssystemet derfor – operativt – fungerer som et *lukket* system. Den retssociologiske synsvinkel kan derimod – i den heromhandlede systemteoretiske variant – implicere en udvidet forståelse af retssikkerheden som retssystemets fundamentale værdi, hvorved dette hensyn redefineres og konkretiseres i lyset af de aktuelle udviklingstendenser i samfundet,⁴¹⁶ og hvor retssystemet for så vidt – kognitivt – fungerer som et *åbent* system.

De to forklaringsmodeller repræsenterer principielt forskellige synsvinkler på retten, henholdsvis en retsdogmatisk/argumentationsmæssig og en retssociologisk/beskrivelsesmæssig synsvinkel og må som sådan ikke sammenblandes. *David Doublet og Jan Fridthof Bernt* (1993 s. 77f) opererer til sammenligning med en kontrastering af »*substantielle*« og »*funktionelle*« opfattelser af retten. Sondringen modsvarer de omhandlede forklaringsmodeller og præsenteres selv af forfatterne som udslag af forskellige »perspektiver« på retten. Alligevel behandles disse perspektiver, som om de begge kunne have en – endog – central betydning for den juridiske – dogmatikorienterede – metodelære (s. 77). Det substantielle (hierarkiske) perspektiv forbindes med en opfattelse af retsnormer som »noe statisk og gjenstandsmæssig«, hvor man forestiller sig enhver ændring af retssystemet »som forårsaket af beslutninger, som er udenfor rettsanvendelsen i retssystemet« (a.st.). Omvendt forbindes det funktionelle (cirkulære) perspektiv med en opfattelse af retten som »et åbent og fleksibelt normsystem«, hvor »ændringene først og fremst (er) forårsaket af systemet selv«, og hvor »lovgivningen (er) redusert til én av flere faktorer, hvorigennem man kommer frem til hva som er gjeldende rett« (s. 77f).

Ifølge forf., der herved henviser til et af Luhmanns tidlige arbejder (fra 1965), skulle den første opfattelse implicere et *lukket system*, der modtager påvirkninger gennem lovgivningen, den sidste et *åbent system*, hvor lovgivningen indgår i et vekselspil med praksis. Luhmann har imidlertid i senere arbejder (1982, 1985, 1986 og 1988) argumenteret for, at retssystemet kan beskrives som et på én gang både (operationelt) lukket og (kognitivt) åbent system, hvor systemets lukkethed er betinget af dets indre selvrefererende mekanismer, mens åbenheden – med en let omskrivning af Luhmanns forestilling – er en funktion af systemets ledelse, evnen til at transformere ydre påvirkninger til indre udvikling (den autopoietiske systemmodel, der som anført af Luhmann 1988.12 s. 21f »operates beyond the sphere of deduction and beyond the sphere of causality«) – hvilket nærmest er det modsatte af Doublet og Bernts udlægning. Når de to forfattere yderligere vil tage disse systembetragtninger til indtægt for en påstand om, at »gældende rett i den moderne dif-

416. Dette er netop hovedintentionen med min afhandling *Retssikkerhed og moderne forvaltning* 1997, jfr. herom ovenfor kap. 4.3.

Kapitel 7. Til rekonstruktion af metodelæren

ferensierede retsstat fungerer funktionalistisk« med den virkning, »at lovgivningsakten bare er en rettskildefaktor blant flere« (s. 78, note 1), bliver der tale om en fuldstændig sammenblanding af synsvinkler og begreber, hvor det ene perspektiv antages at kunne fortrænge det andet.

Forfatterne synes at overse, at Luhmann selv hører til de ihærdigste kritikere af åbne regelværker og dermed forbunden inddragelse af (ikke-retlige) værdier i retsanvendelsen, og at han dermed har indiceret, at retsudvikling beror på andet og mere end »usynlige kræfter«. Fra et retsdogmatisk synspunkt er det til syvende og sidst et spørgsmål om den »kurs«, man vælger at slå ind på. Retsteorien – den for dogmatikken gældende metode – er og bør ikke være et redskab, der blot er underlagt udviklingens ubønhørlige lov, for så kan den snart ende som et redskab i hænderne på de stærkeste interesser i samfundet. Retsteorien må selv tage stilling, og hvis kriteriet herfor er hensynet til at opretholde en vis (dynamisk) balance eller ligevægt i retssystemet, må valget klart falde på en restriktiv retsopfattelse, der – som den afgørende ledetråd for retsanvendelsen – fastholder ideen om retsenhed og retssikkerhed.

Bernt og Doublet (1998 s. 269ff) henviser andetsteds til en kritik, som Habermas fremfører mod Luhmanns teori, for at føre til eliminering af politikens rolle, når det gælder udformning af retten. Det er for Habermas afgørende, at retten er et resultat af politiske beslutninger, og at retten også er undergivet politisk og demokratisk kontrol. Dette er for forfatterne ensbetydende med en »gjenindføring av retspositivismen«, og de stiller på denne baggrund spørgsmålet, »om det er mulig innenfor rammen av den moderne retsstat«. Habermas' kritik, der også rammer teorien om den refleksive ret i Teubners udlægning,⁴¹⁷ er imidlertid vanskelig at afvise, så hvis prisen for at fastholde politikens indflydelse på retten er en genindførelse af retspositivismen, er den næppe for høj. For så vidt politikens rolle i fremtidens samfund – i overensstemmelse med den refleksive model – indskrænker sig til at fastlægge de normative og procedurale rammer for samfundslivet er det imidlertid også vanskeligt at se dette som et retspositivistisk projekt overhovedet.

417. Jfr. 1. del, kap. 6.4.

Perspektiver for en videreudvikling af retsvidenskaben

Retssikkerhed og retsenhed er de grundværdier, som retten og retsanvendelsen – også i et moderne samfund – må orienteres imod. Med nogle slagordsagtige betegnelser kan de retsteoretiske implikationer af de foregående analyser af den juridiske metode sammenfattes som følger: Retsvidenskaben må på én gang være både »realistisk« og »dynamisk«. Det er selvsagt forskellige aspekter af retsvidenskaben, der herved fokuseres på. Retsvidenskab kan ikke være begge dele på én gang, men i det mindste kan retsteoretiske positioner i debatten om mål og midler for retsforskning, retsanvendelse og retlig regulering vurderes ud fra disse kriterier. De følgende opsummerende bemærkninger skal illustrere hvordan.

8.1. For en »realistisk« retsvidenskab

Retslærens udformning har, som det allerede er fremgået, åbenlyse retssikkerhedsmæssige implikationer. Kelsens fokusering på loven som hovedkilden til fastlæggelse af gældende ret var således klart retssikkerhedsmæssigt motiveret, men teorien underkender lige så klart betydningen af samspillet mellem lovgiver og de retsanvendende myndigheder.

Ross' retslære kunne – med dens nære anknytning til domstolene – umiddelbart ligne en retssikkerhedsmæssig gevinst, der hentes hjem på et mere realistisk plan. Imidlertid turde det være indlysende, at der her er – og må være – en snæver forbindelse og vekselvirkning mellem teori og praksis. Denne sammenhæng kommer ikke frem i Ross' metodelære, som i realiteten blot erstatter lovbeskrivelse med domsbeskrivelse. Ved i den grad at binde teorien op på retspraksis elimineres retsteoriens kritiske funktion på forhånd. Retsteoriens opgaver begrænses til passiv registrering og udlægning af domspraksis samt

Kapitel 8. Perspektiver for en videreudvikling af retsvidenskaben

til kritik af de – relativt få – domme, der (som direkte »urigtige«) måtte falde uden for mønstret for domstolenes egen virksomhed.

De retssikkerhedsmæssige implikationer af retslæren træder om muligt endnu tydeligere frem i den polycentriske variant, hvor loven og retsreglerne nedtones som målestok for afgørelserets retmæssighed, og hvor i det hele ideen om en form for retsenhed opgives til fordel for nogle mere diffuse, og i enhver retlig henseende uholdbare, forestillinger om betydningen af myndighedstyper og retsformer for valg af retskilder og dermed for karakteren af de afgørelser, der træffes. En sådan »lære« må nødvendigvis indebære en klar nedprioritering af den enkeltes retssikkerhed. Det er her ikke så meget forudsigeligheden af de enkelte afgørelser, der lider skade ved denne udlægning. Problemet er det element af vilkårlighed, der på denne måde indbygges i retsordenen: Afhængig af, hvilke myndigheder borgeren henvender sig til med sine juridiske problemer, kan vedkommende forvente at få forskellige svar.

Denne omstændighed vil – alt andet lige – tvinge borgeren til at henvende sig til domstolene for at få sin »ret«, hvilket måske af polycentrikeren vil kunne henregnes som en utilsigtet fordel. For teorien som sådan vil en sådan udvikling imidlertid være fatal. Effekten vil blive den stik modsatte af den forventede: Domstolene vil paradoksalt nok atter kunne hævde sig som retsordenens øverste organ, og retsenheden vil være genetableret. Forudsat naturligvis, at domstolene fastholder de fundamentale retsværdier (retsenhed og retssikkerhed), og forudsat at myndighederne respekterer domstolenes afgørelser. Men gør de ikke det, er det ikke »polycentri« i retten, vi taler om, men om en opløsning af nogle af de bærende strukturer i samfundet.

Set i forhold til polycentriteorien fremstår det her fremstillede alternativ som en monocentrisk retskildelære, omend i en – i forhold til klassisk positivistisk retslære – stærkt modificeret udgave. Set i forhold til Ross' deskriptivt orienterede, såkaldte »realistiske« metodelære har den derimod et klart normativt og potentielt retskritisk præg. Retsteorien bør efter denne opfattelse præsentere sig som en *ligeværdig modspiller* til de praksisudøvende og lovgivende myndigheder. Varetagelsen af denne funktion forudsætter imidlertid, at der findes nogle rimeligt gennemskuelige og konsistente kriterier for en vurdering af myndighedernes praksis. Dette er ikke mindst et krav om, at den juridiske metode er funderet i nogle klare retssikkerhedsmæssige overvejelser. Også dette er en retsteoretisk opgave.

Det foranstående forsøg på at tage denne opgave op betegner vel ikke ligefrem nogen revolution af retslæren – polycentrikeren vil formentlig betragte det som et tilbageskridt, måske som noget i retning af et forsøg på at genoplive Kelsens »rene retslære«. Dette er dog – som det må være fremgået – langt fra tilfældet, selv om jeg vedkender mig en historisk arv også fra denne side. Set

8.2. For en »dynamisk« retsvidenskab

i lyset af polycentriteoriens udfordring er det imidlertid påkrævet at trække linjerne noget skarpere op end sædvanligt i moderne retskildelære; men i øvrigt respekterer dette bidrag til en rekonstruktion af metodelæren i hovedsagen de principper for retlig argumentation og retskildesøgning, som kendetegner moderne metodelære. I den forbindelse kan jeg tilslutte mig Stuer Lauridsens konklusion vedrørende karakteren af hans eget bidrag til en videreudvikling af retslæren:

»Retsvidenskaben har efter mit skøn ikke behov for omvæltende nye opdagelser, der jo i parentes bemærket sjældent er så nye eller bliver så omvæltende endda, men derimod for en retsfilosofisk nytænkning, der muliggør et mere harmonisk, tvangsfrit og tilfredsstillende helhedssyn på retsdogmatikken og retspolitikken karakter.«⁴¹⁸

Når det er sagt, skal det retfærdigvis tilføjes – og understreges – at polycentriteorien, der har måttet stå for skud i dette rekonstruktionsforsøg, har været – og er – en udfordring for tanken, netop fordi den »vender tingene på hovedet«. En sådan manøvre, der måske umiddelbart kan virke plausibel, formelig tvinger til genovervejelse af retslærens mest fundamentale antagelser. Det er min opfattelse, at de fleste af disse antagelser stadig holder stik, og at retten således fortsat kan opfattes som et hierarkisk system eller en flerhed af sådanne. Dette bliver min endelige konklusion med hensyn til det specifikt retsdogmatiske perspektiv på retten og retssystemet.

8.2. For en »dynamisk« retsvidenskab

Imidlertid er retsvidenskaben andet og mere end retsdogmatik. Retsvidenskaben skal ikke alene bidrage til en (bedre) forståelse af den etablerede retsorden, selv om dette utvivlsomt er dens praktisk vigtigste opgave. Retsvidenskaben må også være *dynamisk*, den må kunne reflektere over sin egen »praktik« og herudfra give impulser til en videreudvikling af den bestående retsorden. Dette fundamentale krav betinger andre opgaver for retsvidenskaben, nærmere bestemt en retshistorisk, en retssociologisk og en retspolitisk opgave.

Den første opgave – den retshistoriske – er væsentlig med henblik på at skabe klarhed over retsordenens historisk-specifikke kvaliteter og egenskaber. Den anden opgave – den retssociologiske – har betydning for eftersøgning og identifikation af indbyggede modsigelser i retsordenen og hermed forbundne »grænser« for videreudvikling af de pågældende retsformer. Den sidste opgave, som

418. 1974 s. 186

Kapitel 8. Perspektiver for en videreudvikling af retsvidenskaben

retspolitikken står for, tager principielt sigte på at klarlægge de aktuelle udviklingsmuligheder i retssystemet, et erfarings- og grænseoverskridende projekt med andre ord.

Både retshistorie og retssociologi har for længst manifesteret sig som selvstændige retsvidenskabelige discipliner, som dog hovedsageligt drives uden andet sigte end at kortlægge og beskrive henholdsvis historiens gang og rettens samfundsmæssige funktioner. Noget lignende kan vanskeligt siges om retspolitikken, der fortsat knytter sig som et accessorium til retsdogmatikken, hvor den – som et andet stedbarn – frister en usikker tilværelse. Ikke mange retsdogmatikere med respekt for sig selv tør vove sig ud i retspolitiske analyser af mere gennemgribende karakter.

Når der tales om retsvidenskaben som en dynamisk faktor i retsudviklingen, er det imidlertid med sigte på at overveje selve de grundlæggende antagelser, de virkelighedsopfattelser og dermed forbundne værdiforestillinger, som – dybest set – er bestemmende for den herskende retsopfattelse. Det er *rettens dybdestruktur*, som på denne måde sættes på dagsordenen, og de videnskabelige fremgangsmåder, der kan benyttes til studiet af samme, indbefatter i høj grad både historiske, sociologiske og politologiske metoder og teknikker.

Hermed forudsættes imidlertid også et andet sigte med retshistoriske, -sociologiske og -politiske studier end sædvanligt. Disse discipliner må så at sige »mobiliseres« på retsvidenskabens side med henblik på at perspektivere de herskende grundforestillinger og belyse de alternative mulighedsrum. Det er i den forbindelse – og til det formål – at empiriske (og heuristiske) metoder med mening kan finde anvendelse i retsvidenskaben. De tidligere (i 1. del) omhandlede teorier om retsudviklingen og de fremtidsperspektiver, der ligger gemt i den aktuelle retsudvikling, illustrerer rækkevidden heraf.

Litteratur

- Aarnio, Aulis: »Eksperterne och makten«, Nordisk Administrativt Tidsskrift 1982.50.
– og Karlo Tuori (eds.): *Law, Morality and Discursive Rationality*, Helsinki 1989.
Andenæs, Kristian: »*Sosialrettens subkulturer*«, i Blume og Petersen 1993.379.
– »*Hvilken nytte har vi av klassikerne? Særlig om klassikernes rolle i rettsosologien*«, Retfærd 61/1993.7.
– *Sosialomsorg i gode og onde dager*, Oslo 1992 (disputats).
– »*Rettsvitenskap og empiri*«, i Basse og Jensen 1992.107.
Andersen, Poul: *Om ugyldige forvaltningsakter – med særligt henblik på ugyldighedsgrunde*, København 1924.
Askeland, Bjarke: *Eckhoffs rettskildelære under press*, Kritisk Juss 2/1999.115.
Aubert, Vilhelm: *Rettsosologi*, Oslo 1968.
Augdahl, Per: *Rettskilder*, Oslo 3. udg. 1973.

- Basse, Ellen Margrethe (red): *Regulering og styring I – en juridisk teori- og metodebog*, København 1989.
- (red.): *Regulering og styring II – tilfornylse af den juridiske teori og metode* København 1990.
- og Vibeke Jensen (red.): *Regulering og styring III – et bidrag til den juridiske forskeruddannelse*, Århus 1992.
- (red.): *Miljørettens grundspørgsmål*, Århus 1994.
- Battrup, Gerd: *Det kommunale selvstyre i retlig belysning*, København 1992.
- Belfrage, B. og L. Stille: *Filosofi och rättsvetenskap*, Lund 1975.
- Bentzon, A. Drachmann: *Anm. af G. Astrup Hoel: Risiko og ansvar*, Tfr 1930.183.
- Bentzon, Viggo: *Almindelig Retslære I*, København 1904/1905.
- Bernt, Jan Fridthjof og David Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998.
- Bjarup, Jes og Jørgen Dalberg-Larsen: *Retsbegreb, retsanvendelse og retsvidenskab. Indføring i Almindelig Retslære*, Århus 1993.
- Blandhol, Sverre: *Juridisk ideologi – Alf Ross' kritikk af naturretten*, København 1999.
- Blume, Peter: »Om brug af juridisk teori i retspraksis«, J 1985.118.
- *Polycentri og Monocentri*, RIB Studier 38/1990.
- »Til en ny retskildelære«, Tfr 1990.863.
- »Polycentri og kunstig intelligens«, i Blume og Petersen 1993.163.
- »Naturrettens genfødsel – om retsdogmatik og etik«, Tfr 1993.447.
- *Anm. af J. Dalberg-Larsen: Rettens enhed – en illusion?*, J 1994.369.
- »Den almene teoris dimensioner«, Tfr 1995.812.
- »Retsidealismens morads«, J 1998.123.
- »Ross og naturretten«. *Anm. af Sverre Blandhol: Juridisk ideologi – Ross' kritikk af naturretten*«, Retfærd 89/2000.88.
- »Et common sense forsvar for prognoseteorien«, J 2000.76.
- Ditlev Tamm og Vibeke Vindeløv (red.): *Suum Cuique. Retsvidenskabelige afhandlinger. Københavns Universitet 1991* (eng. udg. 1993).
- og Hanne Petersen (red.): *Retlig polycentri*, København 1993.
- Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt (red.): *Liv, arbejde og forvaltning. Festskrift til Ole Krarup*, København 1995.
- Bruun, Niklas og Thomas Wilhemsson: »Rätten, moralen og det juridiska paradigmet«, Svensk Juristtidning 1983.701
- Boe, Erik: »Utviklingslinjer i forvaltningsretten«, i Basse 1989.191.
- »Koppling fra tradisjonell rettsvitenskaplig metode til andre vitenskaplige metoder«, i Basse 1989.213.
- »Forvaltningsrettslige polycentritendenser«, i Blume og Petersen 1993.283.
- og Hans Petter Graver: »Nydannelser i forvaltningsrett i 80-årene«, i Basse 1989.171.
- Bolding, Per Oluf: »Missbruk av ordet 'rättsregel'«, i Belfrage og Stille 1975.27.
- Bolwig, Niels Geert, m.fl. (red.): *Perspektiver i samfundsvidenskab. Faglige bidrag i anledning af Erik Harsaas 70-års dag*, Århus 1994.
- Busck, Lars: *Folketingets kontrol med forvaltningen*, København 1988.
- Christensen, Bent: »Responsum vedr. offentligt ansattes ytringsfrihed«, J&Ø 1980.85.
- *Forvaltningsret. Opgaver – hjemmel – organisation*, København 1991, 2. udg. 1997.
- *Forvaltningsret. Prøvelse*, København 1994.
- Christensen, Jens Peter: *Forfatningsretten og det levende liv*, København 1990.
- »Aktuel dansk forfatningsret«. *Anm af Peter Germer, Statsforfatningsret I-II, og Henrik Zahle, Dansk forfatningsret 1-3*, J 1991.21.

Kapitel 8. Perspektiver for en videreudvikling af retsvidenskaben

- »Lydhedspligt, loyalitetspligt og centraladministrationens embedsmænd«, J 1992.396.
- *Anm. af Gammeltoft m.fl.* 1994, *Politica* 1994.352.
- Dalberg-Larsen, Jørgen: *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab*, København 1977.
- »Retsvidenskaben som samfundsvidenskab«, i Basse 1989.35.
- »Lidt om at indføre samfundsvidenskabelige elementer i den juridiske forskning«, i Basse 1989.69.
- »Skøn eller faste regler? Hvad drejer debatterne sig om, og hvad mener borgerne«, *Retfærd* 56/1992.39.
- »Paradigmer for retsvidenskaben«, i Uggerud 1992.95.
- *Anm. af P. Højlund: Den forbudte retsfølelse. Om lov og moral*, J 1993.42.
- *Rettens enhed – en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og i praksis*, Århus 1994.
- »Hvilken sammenhæng er der mellem valg af metode og det miljøretlige emne?«, i Basse 1994.61.
- *Anm. af Lars D. Eriksson: «Kritik, moral och rätt»*, *Retfærd* 64/1994.81.
- »Geiger, Illum og Ross om ret og retsvidenskab«, i Bolwig m.fl. 1994.35.
- *Anm. af P. Blume og H. Petersen: Retlig Polycentri*, J 1994.257.
- »Retsvidenskab, retlige værdier og systemteori«, *TfR* 1996.918.
- *Ret, tekst & kontekst*, Århus 1997.
- *Lovene og livet. En rettsociologisk grundbog*, Århus 4. udg. 1999.
- *Anm. af Sverre Blandhol: Juridisk ideologi – Alf Ross' kritikk af naturretten*, *TfR* 3-4/2000.782.
- og Jens Evald: *Rettens ansigter – en grundbog i almindelig retslære*, Århus 1998.
- Doublet, David R.: *Ret, vitenskap og fornuft*, Bergen 1995.
- og Jan Fridthjof Bernt: *Retten og vitenskapen*, Bergen 2. udg. 1993.
- Dworkin, R.M.: *Law's Empire*, London 1986.
- »*Is Law a System of Rules?*«, i R.S. Summers: *Essays in Legal Philosophy*, Berkeley 1968.25.
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, Oslo 1. udg. 1971, 2. udg. 1989, 3. udg. 1993, 4. udg. 1997 ved Jan Helgesen 1997.
- og Niels Kristian Sundby: *Retssystemer. En systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, Oslo 1976, 2. udg. 1991.
- Eriksson, Lars D.: *Rätten och moralen*, *Retfærd* 48/1990.4.
- *Rätt och intressen*, i Blume og Petersen 1993.79.
- »*Moralens rätta plats – i eller utanför rätten?*«, *Retfærd* 84/1999.4.
- Espersen, Preben: »*Nogle spørgsmål i forbindelse med det almindelige tilsyn med kommunalforvaltningens lovlighed*«, J 1988.137.
- Evald, Jens: *Anm. af Peter Højlund: Den moderne retstæknings gennembrud og autoritetstab*, J 1998.414.
- *Retskilderne og den juridiske metode*, Århus 2. udg. 2000.
- »*Retlig pluralisme*«, i Henrichsen m.fl. 2000.15.
- Eyben, W.E. von (red.): *Juridisk grundbog. Retskilderne*, København 1991.
- Frändberg, Åke: *Rättregel och rättsval: Om rättsliga regel- och systemkonflikter i tid och rum*, Lund 1984.
- Gadamer, H.-G.: *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960.
- Gammeltoft-Hansen, Hans: »*Begrundelser og fængslingskendelser*«, J 1972.244.
- *Varetægtsfængsling*, København 1976 (disputats).
- m.fl. (Jon Andersen, Kaj Larsen & Karsten Loiborg): *Forvaltningsret*, København 1994.
- Garde, Jens og Jørgen Mathiassen: *Kommunalret*, Århus 1991.
- Germer, Peter: *Statsforfatningsret*, Århus 1988-89, 2. udg. 1995.

- Graver, Hans Petter: *Den juristskappede virkelighet*, Oslo 1986.
- »Kategorisering av rettsregler som legalstrategi«, i Kaarlo Tuori 1988.55.
 - »Normative systemer – skisse till en oppløsning av rettsbegrepet«, i Basse 1989.53; genoptrykt i Uggerud 1992.133.
 - »Hva er rettsvitenskap?«, Tfr 1994.561.
 - »Nyere utviklingslinjer i norsk rettsvitenskap«, Lov og Rett 1998.579.
 - »Keiserens garderobe: Eckhoffs rettkildelære og utfordringer fremover«, Tfr 2000.429.
- Habermas, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M. 1981.
- *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt 1992.
 - »Postscript to Faktizität und Geltung«, *Philosophy & Social Criticism* 20/1994.135.
- Hammerslev, Ole: »Er Herkules en myte? Ronald Dworkins fortolkningsteori konfronteret med Alf Ross'«, *Retfærd* nr. 91/2000.3.
- Hansen, Karen Dyekjær: »Kan retfærdighed defineres?«, Tfr 1970.98.
- »At sætte mennesker på formler – et essay om jura, videnskab og visdom«, Ufr 1988B.153.
- Harder, Erik: *Dansk kommunalforvaltning II. Opgaver*, København 1987.
- Hart, H.L.A.: *The concept of Law*, Oxford 1961.
- Heide-Jørgensen, Mogens: *Den kommunale interesse. Studier over kommunalrettens udvikling*, København 1993.
- *Ann. af »Tre kommunalretlige bøger«*, J 1993.140.
 - »Den kommunale interesse«, J 1993.417.
- Hellner, Jan: »Syften och uppgifter för rättsvetenskapelig forskning«, i *Festskrift til Alf Ross*, København 1969.
- Helset, Per: »Innledning til rettskildelæren«, *Jussens Venner* 1986.261.
- Henrichsen, Carsten: »Offentligt ansattes yringsfrihed i forvaltningsteoretisk belysning«, J&Ø 1981.239.
- »Offentligt ansattes yringsfrihed, tavshedspligt og disciplinering«, i Carsten Henrichsen og Poul Andersen: *Yringsfriheden eksisterer – men for hvem?*, København 1983.27.
 - *Retssikkerhed og moderne forvaltning. En retssociologisk studie i samspillet mellem stat, forvaltning og borger*, København 1997.
 - »Fra retssociologiens 'grand theories': Teorien om retssystemets autopoiesis«, i Henrichsen m.fl. 2000.23.
 - Anette Storgaard og Jens Vedsted-Hansen (red.): *Lovens liv. Festskrift til Jørgen Dalberg-Larsen*, København 2000.
- Henry, Stuart: *Private Justice. Towards Integrated Theorizing in the Sociology of Law*, London 1983.
- Højilund, Peter: *Den forbudte retsfølelse*, København 1992.
- *Den moderne retstæknings gennembrud og autoritetstab*, København 1998.
- Illum, Knud: *Lov og Ret*, København 1945.
- »Nogle refleksioner over den juridiske dogmatiks metode og den juridiske argumentation«, JFT 1962.381.
- Jacobsen, J. C. (red.): *Autopoieses II*, København 1995.
- Jensen, Claus Haagen: *Kommunalret*, Århus 1972.
- Jensen, Jørgen Albæk: *Parlamentarismens statsretlige betydning*, Århus 1989.
- Jensen, Svend Gram: *Hvad er retfærdighed?*, København 1983.
- »Morarenter og tinglysningsloven. En kommentar til U 1983.453«, Ufr 1984B.69.
 - »Derogative retssædvaner«, Ufr 1984B.284.
 - »Om forholdets natur«, J 1991.213.
 - *Almindelig retslære – en introduktion*, København 1993, 3. udg. 1998.

Kapitel 8. Perspektiver for en videreudvikling af retsvidenskaben

- Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre*, Leipzig – Wien 1934, 2. udg. 1960.
- *General Theory of Law and State*, Cambridge Mass. 1946.
 - »Hvad er retfærdighed?«, NTfK 1953.101.
 - »Was ist die Reine Rechtslehre?«, i *Demokratie und Recht. Festschrift für Zaccharia Giacomitti*, Zürich 1953.143.
- Ketscher, Kirsten: »*Mod en argumentativ ret*«, Jussens Venner 2000.272.
- og Steen Rønsholdt: *Offentlig ret – En introduktion. Retsanvendelse og retssikkerhed*, København 1987.
- Kienander, Morten: »*Er det grundlag for et normativt korrektiv til retten ut fra Eckhoffs rettsteori?*«, TfR 2000.324.
- »*Den autonome retten og studiet av den. Om Henrik Palmer Olsens og Stuart Toddingtons 'Law in its own right'*«, Retfærd 91/2000.16.
- Knoph, Ragnar: *Rettslige Standarder*, Oslo 1939.
- Koch, Henning: »*Rettsædvane eller statsskik – Kampen om parlamentarismen siden 1901*«, J 1990.64.
- Krup, Ole: »*Hvad er 'gældende kommunalret'?*«, UfR 1966B.26.
- *Øvrighedsmyndighedens grænser*, København 1969 (disputats).
 - »*To arbejdsretlige afhandlinger*« (anm. af H. Petersen 1987 og 1991), UfR 1992B.113.
- Kruuse, Anders Vinding: *Retslæren I-II*, København 1943.
- Lauridsen, Preben Stuer: *Studier i retspolitisk argumentation*, København 1974.
- (1974a) *Almindelig retslære*, København 1974.
 - *Retslæren*, København 1977.
 - »*Kort om rettsædvaner og dommen i 1983*.453«, UfR 1984B.188.
 - *Om ret og retsvidenskab – Lærebog i almindelig retslære*, København 1992.
 - »*Quousque tandem ...*«, J 1992.6.
- Ljungström, Alexander Carnera: Ari Hirvonen (red.): *Polycentricity – The Multiple Scenes of Law*, Retfærd 88/2000.75.
- Luhmann, Niklas: *Rechtssoziologie*, Hamburg 1972 (eng. udg. 1985).
- »*Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung*«, ZfS 1982.366.
 - »*The Autopoiesis of Social Systems*«, Paper to the Conference on Autopoiesis in Law and Society, EUI Firenze 1985.
 - »*The Self-Reproduction of law and its Limits*«, i Teubner 1986.111.
 - »*The Unity of the Legal System*«, i Teubner 1988.12; da. udg. i Jacobsen 1995.134.
 - *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1995.
- Mathiesen, Thomas: Anm. af H.P. Graver: *Den juristskabte virkelighed*, TfR 1987.505.
- Maus, Ingeborg: »*The Differentiation between Law and Morality as a Limitation of Law*«, i Aarnio og Tuori 1989.
- McCormick, Neil: *H.L.A. Hart*, London 1981.
- McCoubrey, Hilaire: *The Obligation to Obey in Legal Theory*, Dartmouth 1997.
- Mellqvist M. og M. Persson (red.): *Retorik & Rätt*, Uppsala 1994.
- Meyer, Poul: *Politisk videnskab*, København 1962.
- Nielsen, Nordskov Lars: »*Responsum om offentligt ansattes yringsfrihed – med særligt sigte på overenskomstansatte DJØF'ere*, Djøfbladet 22/1987 (særtryk s. 1-23).
- Olsen, Henrik Palmer: *Rationalitet, ret og moral*, København 1997.
- »*Rationalitet, ret og moral*«, J 1998.116.
 - »*Samfundskontrakten i retsfilosofien*«, Retfærd 84/1999.13.
 - »*Cirkler i retsvidenskaben: En kritik af Preben Stuer Lauridsens retsfilosofi*«, Retfærd 88/2000.56.
 - og Stuart Toddington: *Law in its own Right*, Oxford 1999.

- Peczenik, Alexander: *Juridikens metodproblem. Rättskällelära och lagtolkning*, 1974.
- »Rätt och moral«, Svensk Juristtidning 1982.609.
 - »Vad är den juridiska argumentationen?«, TfR 1983.49.
 - *Rätten och förnuften*, Stockholm 1986.
 - *Juridisk argumentation*, Stockholm 1990.
 - *Anm. af Ken Uggerud (red.), Forvaltningsrett og rettskildelære*, TfR 1992.582
 - *Vad är rätt?: Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm 1995.
 - og Roland Schött: »Juridisk konservatism«, Svensk Juristtidning 1993.709.
- Petersen, Hanne: *Informel ret på kvindearbejdspladser*, København 1991.
- »Polycentrisk almen-lære? Eller fællesskab i forskellighed«, Retfærd 78/1997.43
 - »Talekunst og juridisk litteratur«, Retfærd 88/1999.31.
- Pihlajamäki, Heikki: *Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En jämförande granskning av den finska rättvetenskapen under 1900-talets första decennier*, Retfærd 78/1997.51.
- Revsbech, Karsten: *Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori – systemhensyn eller retssikkerhed*, København 1992.
- *Anm. af M. Heide-Jørgensen: Den kommunale interesse – studier over kommunalrettens udvikling*, J 1994.417.
- Ross, Alf: *Theorie der Rechtsquellen*, 1929.
- »Virkelighed og gyldighed i retslæren«, TfR 1932.81.
 - *Om ret og retfærdighed*, København 1953; fotografisk optryk 1966.
 - *Directives and Norms*, London 1968.
 - *Dansk statsforfatningsret 1-2*, København 1. udg. 1959, 2. udg. 1966, 3. udg. v. Ole Espersen, 1980.
 - *Demokrati, magt og ret*, København 1974.
- Rønsholdt, Steen: *Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet*, København 1987.
- »Om kommunalfuldmagten og den kommunale interesse«, i Blume m.fl. 1995.239.
 - »Om et for lovgiver gældende forbud mod magtfordrejning«, i 'Grundrettigheder', Årsskrift fra Retsvidenskabeligt Institut B, København 2000 (s. 159).
- Schledermann, Helmuth: »*Et essay om et københavnsk 'traume'*«, Retfærd 66-67/1994.103.
- Seip, Jens Arup: *Fra embedsmannsstat til ettpartistat*, Oslo 1963.
- Skoghøy, Jens Edvin Andreassen: »*Rett, politikk og moral. Om bruk av politiske og etiske argumenter ved rettsanvendelse og juridisk forskning*«, TfR 1994.837.
- Slagstad, Rune: *Rätt og politik. Et liberalt tema med variasjoner*, Oslo 1987.
- Smith, Eva: »*Retspleje og retssikkerhed*«, J 1991.399.
- *Straffeproses. Grundlæggende regler og principper*, København 4. udg., 1999.
- Somby, Ande: *Juss som retorikk*, Tromsø 1999.
- Strömberg, Håkan: »*Är Uppsalafilosofin död?*«, TfR 1986.209.
- Strömholm, Stig: »*Hur många rättsvetenskapar finns det?*«, TfR 1978.621.
- Sundby, Niels Kristian: *Om normer*, Oslo 1974.
- Søndergaard, Jens Teilberg: »*Grundrettigheder og demokrati i et globaliseringsperspektiv*«, i 'Grundrettigheder', Årsskrift fra Retsvidenskabeligt Institut B, København 2000 (s. 57).
- Teubner, Gunter: (ed.): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin – N.Y. 1986.
- (ed.): *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, N.Y. 1988.
 - *Law as an Autopoietic System*, Oxford UK & Cambridge USA 1993.
- Tuori, Karlo (red.): *Rättsdogmatikens Alternativ*, Tammerfors 1988.
- »*Från ideologikritik till kritisk positivism*«, Retfærd 85/1999.5.

Kapitel 8. Perspektiver for en videreudvikling af retsvidenskaben

- Törnqvist, Rolf: *Nationalsocialismen och domstolsväsendet i Tredje riket*, Retfærd 41/1988.79.
- Uggerud, Ken (red.): *Forvaltningsrett og retskildelære. Kritisk-juridiske artikler*, Oslo 1992.
- Uusitalo, Jyrki: »Genom juridicitetens spegel – fram och tillbaka«, anm. af Hans Petter Graver: Den juristskapede virkelighed, Retfærd 39/1987.95.
- Weber, Max: »Det legitime herredømmes tre rene typer«, i M. Weber: *Makt og Byråkrati*, Oslo 1982.89.
- Wegener, Morten: *Juridisk metode*, København 1994, 3. udg. 2000.
- Victor, Dag: *Rättssystem och vetenskap*, Stockholm 1977.
- Waluchow, W. J.: *Inclusive Legal Positivism*, Oxford 1994.
- Wilhelmsson, Thomas: »Legal Integration as Disintegration of National Law«, i Petersen og Zahle 1995.127.
- Wilhelm, Preben: *Tvangsindgreb i strafferetsplejen 1976-85*, København 1988.
- »Tvangsindgreb i strafferetsplejen«, J 1989.331.
- Zahle, Henrik: »Kritik af en retsteori – Om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskaben«, TfR 1974.333-403.
- »Polycentri i retskildelæren. Nogle bemærkninger om retskilder og domstolskontrol«, i Bratholm m.fl. 1986.752.
- *Dansk forfatningsret 1-3*, København 1989; 2. udg. 1995-97.
- »Seks teser om den retlige pyramide«, i Blume m.fl. 1991.50.
- »Forholdets natur – en kommentar«, J 1992.8.
- *Rettenes kilder*, København 1999.

Personregister

- Andenæs, Kristian 225
Balvig, Flemming 81
Bang, Henrik 103
Basse, Ellen Margrethe 123
Bernt, Jan Fridthjof 193, 245
Blume, Peter 96, 108, 207
Boe, Erik 225
Buchanan, James M. 110
Christensen, Anna 119
Christensen, Bent 231
Dahl, Tove Stang 113, 120
Dalberg-Larsen, Jørgen 8, 23, 31, 52, 55, 80, 99, 189, 217, 239, 241
Doublet, David R. 193, 194, 245
Dübeck, Inger 41
Eriksson, Lars D. 55, 78, 79, 97, 109, 113, 114, 189
Frost, Lis 120
Frändberg, Åke 186, 188, 200
Garde, Jens 231
Germer, Peter 107
Graver, Hans Petter 4, 72, 108, 113, 116, 212
Griffiths, John 130
Habermas, Jürgen 73
Hansen, Karen Dyekjær 182
Harlow, Carol 20
Hayek, F.A. 24
Heide-Jørgensen, Mogens 228, 231
Heilbroner, Robert 29
Henrichsen, Carsten 21
Hydén, Håkan 55, 69, 78, 95, 109
Haagen Jensen, Claus 231
Jansen, Torben Bo 67, 68
Jarvad, Ib Martin 72
Jennings, W.I. 21
Jensen, Johan Fjord 134
Jensen, Svend Gram 176, 203
Jungk, Robert 29
Kamenka, E. 55, 60
Kelsen, Hans 238
Ketscher, Kirsten 109, 113, 116, 117, 118
Klein, Rudolf 54
Knudsen, Tim 41
Krarup, Ole 81, 107
Lauridsen, Preben Stuer 157, 187, 203, 237
Luhmann, Niklas 134, 135
Lyotard, Jean-Francois 134
MacPherson, C.B. 53
Mathiassen, Jørgen 231
Mathiesen, Thomas 123
Maus, Ingeborg 189
Mikkola, Matti 104
Montesquieu 15
Moore, Sally Falk 133
Nonet, Philippe 55, 57, 60
Peczenik, Alexander 91, 172, 236
Rawlings, Richard 20
Rehbinder, Manfred 55, 60
Reich, Charles 21
Revsbech, Karsten 231, 240
Ross, Alf 107, 151, 176
Schmidt, Eike 55, 60
Schmitt, Carl 44
Schon, Donald A. 67
Seip, Jens Arup 42, 47
Sejersted, Francis 15, 42, 43
Selznick, Philip 55, 57, 60
Slagstad, Rune 5
Strömberg, Håkan 182
Sundberg, Jacob 24
Sundby, Niels Kristian 160
Tay, A 55, 60
Teubner, Gunther 55, 59, 60, 77, 136
Tuori, Kaarlo 117
Victor, Dag 97
Widerberg, Karin 119
Wiethölter, Rudolf 55, 60
Wilhelmsson, Thomas 131

Personregister

Willke, Helmuth 55
Wuori, Matti 118

Zahle, Henrik 105, 106, 129, 209, 221,
232, 243

Stikordsregister

- Abstrakt-ahistorisk** 41, 44, 126
adhocrati 8
administrationsform 135
afpolitiseret statsstyre 16, 43
aggregeret analyseniveau 7
akademisk maskinstormer 118
almene lærer 175
analyse
– retspolitisk 108, 205, 208, 211, 216f, 250
– retsvidenskabelig 99, 207
– samfundsvidenskabelig 6, 100
– tværvideenskabelig 108, 162
analytisk retsteori (se retsteori)
anarkistisk bevægelse 137
anstaltdiskussion, den store 118
antiintuitiv 30
arbejderklasse 5, 39
arbejdsdeling 11, 187
arbejdsløshed 24, 27, 33, 51, 52
argumentationsfigur 166, 191, 220ff, 237
argumentationslære 175, 199, 209, 212
argumentationsmodel 78, 99, 109, 124, 143, 212, 215
argumentationsvidenskab 179ff, 186, 237
argumentativ ret 180
aristokrati 12, 17
asymmetri 68
atomstat 29
autonomt center 225
autonom retsorden 58, 225
autonomt system (se system)
autopoiesisteori 70
autopoietisk
– retsopfattelse 134ff.
– system 69, 244, 245

Blandingsadministration 81
blandingsøkonomi 85
broderskab 13

borgerdeltagelse 32, 47
borgerlig
– offentlighed 4, 43, 72
– ret 88, 121
– retsstat 13ff, 17
– revolution 13, 14, 82
– videnskab 100
borgerlige
– frihedsrettigheder 16, 18, 29, 91, 97
– værdier 142
borgerskab 15ff,
borgerskabets abdikation 43
bureaukrati 8, 24, 41, 42, 74
bureaukratisk
– ret 57
– stat 41
bæredygtig 78, 173

Center-periferi model 67
Cirkularitet 160
common sense 108, 215, 251
Corporate State 19, 21
cyklisk samfundsopfattelse 135

Danske Lov 14
de lege lata 194, 206
de lege ferenda 194, 206
de sententia ferenda 206
demokrati 15, 29, 40, 43ff, 47, 72, 84, 85, 137, 142, 216, 241, 255
demokratisk 15, 18, 28, 37, 39, 40, 44, 50, 54, 68, 69, 71, 72, 82, 107, 116, 189, 196, 210, 225, 228, 232, 243, 246
deregulering 70
deskriptiv 50, 56, 57, 59, 61, 137, 161, 183, 186, 195, 225, 239
despoti 43, 44, 46
despotisk demokrati 44
disintegration 132, 137, 138, 147, 256
diskurs 68ff, 73, 119, 196, 214, 216

Stikordsregister

- diskursetik 71, 196
dissensustænkning 136
dommedagsprofeti 29
domskommentarer 165, 187, 235
domstolskontrol 42
dynamisk (se også system)
– balance 246
– gældbegreb 207
– legitimitetsbegreb 39
– retsvidenskab 97, 247, 249f
- Effektivitet** 21, 39, 109, 110, 241
EF-Kommissionen 36
efterarbejder (se retskilde)
ekspertvælde 24
emancipationsteori 105
emancipationstænkning 137
embedsmandsstat 41, 43, 44
empirisk 62, 104, 130, 131, 134, 136ff,
146, 157, 161ff, 180ff, 200, 206, 211ff,
237, 238, 241, 242, 244
enevælde 12, 43ff, 84
enhedsstat 17
EU / Europæiske Union, Den 35, 36, 223
evolutionsproces 78
evolutionsmodel 79
evolutionsteori 64
- Facadelegitimation** 212
fagprofession 24
faseteori 47ff
feudal(-samfund) 12, 24, 56
fleksibiliseringsmekanisme 58
fleksibilitet (se også system) 58, 62, 65,
116, 143
folkestyre 15, 45, 72
folketingsbeslutning 107, 109, 152, 191,
209ff, 219, 222, 226, 235
forandringsrate 25
forebyggelse 35
forfatning 17, 18, 39, 51
forfatningskamp 16
forfatningsret 86, 144, 147, 251, 256
forfatningsretlig praksis 210
forfatningsrevision 18
forfatningsstat 40
forhandlingsadministration 26
forhandlingsstat 40, 46
forholdets natur (se retskilde)
forholdsnorm (se retsnorm)
formålsetisk 191
formålsfortolkning 229
forskningsmetode 124
fortolkningsfaktor 168, 220, 222, 228
fortolkningslære 175
fortolkningsmodel 5, 109, 245
fortolkningsnorm 177, 178, 244
fortolkningsprincip 103, 177, 205, 226
fortolkningsregel 235
fortolkningsrum 141
fortolkningsstil 106
fortolknings teknik 152
forudsigelig(hed) 14, 91, 126, 131, 194,
248
forvaltning 9, 20, 84, 109, 110, 126, 144,
145, 245, 251, 253
fremtidsforskning 29, 67
fremtidsmuligheder 35, 80
frihedsrettigheder (se også borgerlige do.)
16, 18, 29, 107, 121
friretilig skole 90, 103, 104ff, 109, 116,
120
frontlinjepersonale 19
fundamentalistisk 8
funktionær(-klasse) 28, 40
fyrstedømme 12
- Generationsopgør** 52, 53
Green Light Theory 20
grundnorm 162, 177, 178, 194, 243ff
– formel 244
– konstitutionel 244
– materiel 194, 244
grundlovgivende organ 243
grænse
– for handlefrihed 105f
– for retlig regulering 129, 133, 242
– for retsskabende virksomhed 193
– for velfærdsstatens udvikling 26ff
– for vækst 29f, 34, 117
græsrodsbevægelse 28, 34
gældende ret (begreb) 179ff, 199ff, 233ff,
– dynamisk gældbegreb 207
– hermeneutisk gældbegreb 220
– polycentrisk gældbegreb 225
- Handelskutyme** 132, 166, 168
handlefrihed 105f

handlingsfællesskab 134
 handlingsnorm (se retsnorm)
 handlingsteori 56
 hensynsfuld(hed) 194
 hensynsnorm 169
 hermeneutik 182, 193
 hermeneutisk retsteori (se retsteori)
Historiske Skole, Den 189
 historisk-deskriptiv 50
 historisk-specifik 11, 29
 holistisk (perspektiv) 7, 45
 håndfæstning 15

Idealtypisk 39ff, 50
 ideologi (se også merkantilistisk -; na-
 tions-) 223
 – juridisk 91, 99, 100, 133, 141, 142,
 168, 177
 – politisk 25, 47
 ideologikritik 70, 95, 103ff, 109, 110,
 125, 127, 141, 142, 212, 255
 imperativ norm (se norm)
inclusive positivism 192, 198
 uncommon-sense 217
 industrialisering 16, 27, 89, 137
 industriel produktionsmåde 25
 industrisamfund 30, 36, 132, 223
 informationssamfund 27
 informationssøgning 174f
 informationsteknologi 25
 informel ret (se retsform)
 institutionernes tyranni 23
 institutionsstat 40
 instrumentalisme 134, 135
 interesseorganisation 19, 35
 international ret 130, 152, 158, 219
 internationalisering 35, 131, 223
 intersubjektivitetskriterium 205, 237
 intervention 17, 31
 – interventionsnorm 78, 98
 – statsintervention 96
 interventionistisk stat 234
 intuition 212, 214
 intuitiv 30

Jerntrekant 74
juridisk bondevett 108, 212ff

juridisk metode 149ff, 151, 163, 169,
 173ff, 181, 194, 205, 206, 207, 208, 211,
 215, 219, 247, 248
 juridisk metodelære 124, 139, 151ff, 157,
 188, 198, 229
 jurisprudens (se også *kvinnø-*) 78, 80,
 98ff, 103, 105, 106, 111, 113ff, 120, 125,
 146
Jyske Lov 14

Kanslergadeforliget 51
 kapitalistisk 25, 54, 56, 70, 95, 96, 97, 99
 keynesiansk økonomi 96
 klarhedsprincip 227f
 klasseforrædderi 53
 klassekamp 96, 98
 klasseløs 96
 klassemodsatning 168
 klasesamfund 125, 143
 klassisk-liberal 8, 13
 kollektiv overenskomst 168
 kommunal autonomi 230
 kommunal fortolkningsret 228
 kommunal interesse 229f
 kommunalfuldmagt 231
 kommunalretlig teori 231
 kommunalt selvstyre 228, 231, 232, 240
 kommunikativ 68, 214, 216
 kommunistisk 24, 53, 110
 kompetencenorm (se retsnorm)
Kongeloven 46
 konsensus 18, 34, 110, 136, 203ff, 211,
 242
 konservativ 17, 36, 47, 100, 135, 223
 konstitutionalisering 71
 konstitutionel (se også retsstat) 14, 39, 40,
 42, 46, 47, 51, 58, 60, 192, 193, 226,
 230, 243, 244
 kontraktsret 57
 kontrol 14, 15, 21, 22, 34, 36, 42, 58, 74,
 75, 118, 225, 227, 246, 251
 korporativ 40, 68, 69, 72f, 74, 232
 – kanal 19
 – stat 21f, 23
 korrespondenteori 184ff, 199
 kreativt system (se system)
 kritisk juss 250
 kritisk positivisme 193
 kulturtradition 220, 222

Stikordsregister

kundskabsinteresse 89
kvalifikationsnorm (se retsnorm)
kvinderet 90, 113ff, 119, 120, 141
kvinnojurisprudens 115

Laugsbinding 13

Lavindkomstkommissionen 28
Law of Requisite Variety 65
ledelse (se system)
legalitet 97, 195
legalitetsgrænse 194
legalitetsprincip 18, 27
legalitetstilsyn 229, 231
Legal Pluralism 130ff, 137
legalstrategi 87ff, 100, 121, 144
legitimationskrise 35, 92, 114
legitimationsproblem 64
legitimitet 3, 26, 39, 64, 92, 193ff, 196,
197, 230, 244
– demokratisk 39
– konstitutionel 39
– participatorisk 39
– procedural 64
legitimitetsbegreb 39
– dynamisk 39
legitimitetsgrænse 193f
levevilkår 28, 32, 40
Lex Imperfecta 165
Lex Regia 46
liberalt-konservativ 47
ligeværdig(hed) 128, 194, 205
ligeværdighedsretssikkerhed 128
lighed 5, 115, 117, 121, 142, 195, 222,
241
lighedsprincip 222, 241
lovmotiver (se retskilde)
lovpositivisme 119, 223
lovstat 40
loyalitet 19
lukket system (se system)
lykkelige øjeblik
– retsstatens 52
– velfærdsstatens 47, 52ff

Magtudredning 28

markeds kræfter 34
markeds moral 53
markeds mæssiggørelse 33
markeds regulering 80f

markeds samfund 53
markeds økonomi 79, 96
markeds økonomisk ideologi 13
marxistisk (se også retsteori)
massemedier 35
materialisme 97
mekanistisk model (se også system) 81
menneskerettigheder 4, 121, 129
merkantilistisk ideologi 12f
metafysisk 183
metanorm 175
metode (se også forsknings- og juridisk -)
56, 96, 99, 104, 106
metodelære 124, 139, 151ff, 157, 184,
188, 198, 245, 247ff
middelalder 9, 11, 14, 81, 239
mikro-magtstruktur 114, 115, 117
miljøproblem 28, 30
miljøstat 8, 31, 33ff, 46, 75, 82
miljøstatslige værdier 50, 51, 60
minimalstat 34
monarki 47
monistisk retsopfattelse (se også system)
137
moral (se også ret og -, samfundsmoral)
59, 69, 91, 116, 165
moralfilosofi 165
morallære 180, 188, 192
moralnorm 164, 191
moralværdi 192
myndighedsudøvelse 31, 77, 194
mål-middel
– norm 80
– ræsonnement 120
målrationalitet (se rationalitet)

Nation 11
nationalstat 11ff, 223, 239
nationalt center 132, 134, 136, 154, 241,
243
nationsideologi 12
naturret 92
naturvidenskab 172, 182, 203
neokorporatisme 71ff
netværk 67, 68, 134
netværksteori 67
norm (se også retsnorm)
– imperativ 161, 162, 163, 168, 179, 197,
238

– social 161, 221
 – systemlegitimerende 98
 – systemforandrende 98
 – uformel 131, 142, 159, 168, 169, 189, 190
 normdeskriptiv 161, 162
 normekspresiv 161ff, 179, 203, 237
 normlære 174, 175, 179ff, 188
 normrationalitet (se rationalitet)
 nymarxistisk retsskole (se retsteori)
 nynormativisme 95
 nypositivisme 89

Offentlig børnepasning 118, 146
 offentlig regulering 80, 81
 offentlighedslov 42
O’Goffe’s tale 54
 omnipotent styre 12
 organisationssociologi 67
 overgangsfase 49, 136, 139
 overgangsperiode 48, 52, 91, 137, 239
 overgangsproblem 95
 overgangssamfund 105, 110, 117, 190

Paradigme 90ff, 129
 parlamentarisk styre 42, 47
 participation 39, 64, 68
 participationsordning 40
 participationsret 71
 patromonial 41
 planlægning 31, 32, 47, 109
 planlægningsstat 40, 46
 planøkonomi 32
 pligtetik 191
 pligtmodalitet 164
 pligtnorm (se også norm/-imperativ) 161, 163, 165, 167
 pluralisme (se retsteori)
 politikerlede 34
politikens ophævelse 43
 politiret 14
 politiske partier 28
 polycentri (se retsteori)
 polycentriprojekt 127ff
 positiveret retskilde 220, 221
 positivisme (se også retsteori)
 postindustriel 74, 115, 137, 190
 post-korporativ stat 73
 post-liberal 8

postmoderne 59, 146
 postmodernistisk 36, 136, 137, 194
 praktiseret ret 153
 privatisering 70, 129
 privatøkonomisk 24, 31, 80
 procedurenorm (se retsnorm)
 processtat 40
 produktionsmåde 25, 30, 49, 95, 96
 profession 89, 177, 239
 professionsnorm 166
 prognoseteori 199, 203, 229, 232
 pøbelstyre 15

Ramme- og bemyndigelseslov 18, 45, 74, 109, 124, 154, 213, 224, 227, 241
 radikal-feministiske værdier 113ff,
 rationalisering 25, 27
 rationalitet 58, 59, 62, 64, 85, 178
 – behovsorienteret 78, 80, 124
 – diskursiv 64
 – intern 63, 64
 – materiel 58
 – mål 98
 – norm 19, 63, 64, 98
 – refleksiv 59
 – værdi 109
 – system 63
 rationalitetskrise 114
 reale hensyn 124, 215, 220, 221, 235, 237
 realistisk retsteori (se retsteori)
 redistributiv socialstat 17
Red Light Theory 20
 reduktionistisk 45
 reelle hensyn 120, 220
 refleksiv ret 6, 56, 62, 64, 70, 75, 77, 79, 80, 83, 113, 117, 141, 144
 regelsanering 129
 regionalisering 35, 129, 131, 223, 224
 reguleringsanalyse 124
 reguleringsstat 40
 reparativ praktik 34
 responsiv ret 57ff, 60ff
 restfattigdom 27, 33
 retfærdighed 53, 58, 113ff, 117, 120, 137, 147, 151, 185, 192, 195, 253ff
 retfærdighedshensyn 119, 191
 retfærdighedskrav 136
 retfærdighedspolitik 113
 retfærdighedspraksis 136

Stikordsregister

- retfærdighedsteori 198
retfærdigt samfund 11, 31
retlig argumentation 108, 151, 166, 167, 173ff, 200, 202, 204, 206ff, 211, 213, 214, 220, 224, 232, 249
retlig pluralisme 132, 133, 141, 144, 225, 239, 252
retlig polycentri (se retsteori)
ret og moral 116, 165, 188ff, 193ff, 205, 243, 245
ret og legitimitet 193ff
retningslinje (se retskilde)
retorik 105, 182, 254
retsantropologi 132
retsbegreb 79, 157ff, 164, 166, 168, 173, 179, 189, 195, 251
– polycentrisk 225
retsbevidsthed (se også retsfølelse) 212
retsdogmatik 89, 97, 100, 104, 105, 108, 109, 116, 120, 141, 144, 180, 182, 186, 187, 201ff, 206ff, 211, 215, 217, 249, 251
retsenhed 135, 138, 155, 171, 200, 223, 233, 240, 242, 246ff
retsfaktum 178
retsfilosofi 189
retsform 57, 58, 60, 61, 63, 65ff, 70ff, 75, 77, 82, 97, 172, 196
– arkaisk 59
– autonom 57, 58, 63, 64
– bureaukratisk 57
– formel/formal 59, 60, 63, 64, 77f, 80, 82, 91, 97
– informel 146, 168, 255
– materiel 8, 59, 60ff, 75, 77, 82
– positiv 59
– repressiv 57, 58, 59
– uformel 57, 58, 142, 169
retsfølelse (se også retsbevidsthed) 91, 191
retsfølge 178
rets(sikkerheds)garanti 5, 21, 210
retsgrundsætning (se retskilder)
retshistorie 85, 89, 217, 250
retsidealisme 93, 194
retskilde 103, 132, 143, 154, 168, 169, 173, 176ff, 187, 190, 200, 205, 209, 210, 212, 220ff, 224, 225, 228, 229, 232, 235, 236, 240, 245
– administrativ praksis 152, 219, 225
– efterarbejder 226
– forarbejder (lovmotiver) 151, 165, 191, 209, 219, 220, 224, 226, 235, 236
– forholdets/sagens natur 151, 166, 177, 190, 191, 219, 220f, 222, 229, 237, 240
– international ret 152, 219
– lovgivning 226ff, 233ff, 238ff, 245f, 247ff
– politiske signaler 152, 219
– retningslinje 166, 235, 238, 241
– retspraksis 151, 166, 185, 186, 187, 190, 199ff, 222, 231, 237, 247
– retsgrundsætning 222, 231
– retssædvane 81, 210, 221f, 229, 234
– retsteori 152, 219, 237f
– rets-/kulturtradition 178, 206ff, 220, 222
– uskreven ret 151, 178
retskildefaktor 166, 220
retskildehierarki 234
retskildelære 138, 147, 148, 152, 175, 199, 202, 210, 219, 221, 222, 228ff, 233, 234, 238, 239, 248, 249
– monocentrisk 138, 152, 219, 223, 233, 238, 239, 243, 248
– myndighedsspecifik 199, 233
– pluralistisk 152, 233, 238
– polycentrisk 152, 233, 238ff
– pyramidalsk 127, 233ff
retsnorm 163, 165ff, 171, 220, 237
– forholdsnorm 167
– handlingsnorm 167, 196
– kompetencenorm 165, 167, 178
– kvalifikationsnorm 167
– procedurenorm 167
retspolitik 108, 109, 114, 180, 186, 201ff, 205ff, 208, 211
retspositivisme (se retsteori)
retssamfund 137, 195ff
retssikkerhed 3, 13, 14, 18, 39, 42, 57, 84, 90, 109, 110, 114, 120, 125, 126, 138, 141, 145, 155, 194, 225, 240, 241, 242, 245ff, 253ff
retssikkerhedsjus 123ff, 142
retssociologi 89, 110, 132, 146, 217, 250
retsstat 8, 13, 15, 17, 40ff, 82, 83, 194, 234, 240
– demokratisk 5, 45, 51, 194, 240

- konstitutionel 40, 51, 60
- patromonial 41
- social 13
- retsstatside 4, 14, 82
- retsstatsværdi 5, 51, 60, 194
- retssystem 12, 58, 77, 138, 142, 153, 154, 157, 158, 171, 172, 177, 223, 225, 241, 242
- retssystemteori 155
- retssædvane (se retskilde)
- retsteori (se også prognoseteori) 6, 8, 15, 20, 56, 57, 80, 89ff, 97, 99, 105, 115, 127, 137, 141, 153, 154, 155, 175, 183, 184, 199, 201, 204, 223, 243, 256
- alternativ 78, 80, 91, 95ff, 97ff, 99ff, 103, 106, 111, 114ff, 120, 125, 128, 130, 213
- analytisk 89, 91, 92, 153, 154, 182
- dynamisk 97, 247, 249f
- formalistisk 233
- hermeneutisk 89, 91, 92, 153, 154, 182
- marxistisk 96, 97ff, 99ff, 105, 111, 113, 116, 127
- monocentrisk 233
- nordisk 90, 115, 141, 184
- nymarxistisk 90, 95ff
- pluralistisk 130ff, 134, 142, 168, 200
- polycentrisk 127ff, 142, 153, 222ff, 228ff, 232, 233, 238ff, 243, 248
- positivistisk 92f, 153, 155, 183, 190, 193, 195, 196, 233, 246
- realistisk 153, 154, 186, 223, 234, 247ff
- retstradition (se retskilde)
- retsvidenskabsteori 155
- retsøkologi 90, 141, 127ff
- rettens dybdestruktur 100, 106, 107, 193, 250
- rettens enhed 144, 171ff, 239, 244, 245, 251, 252
- rettighedstænkning 114
- Riodeklarationen 129
- risikosamfund 129
- rolleret 56
- romerriget 29
- Rom-Klubben 29

- Samfundsdebat 3
- samfundsfilosofi 9, 13
- samfundsmoral 116, 192
- samfundsnytte 191
- samfundsregulering 31, 81, 109, 128
- samfundsstyring 17, 30, 73, 133
- samfundssystem 6, 30, 98
- samfundsteori 48, 59, 61, 127, 135, 136
- samfundsudvikling 6, 7, 11, 24, 26, 29, 31, 33, 48, 69, 70, 74, 78, 117, 127, 135, 136, 191
- samfundsudviklingens faser 49
- samfundsudviklingens krav 6, 7, 78
- samfundsvidenskab 252
- sammenholdsfaktor 177
- selvansvarlig 13, 18
- selvbestemmelse 18, 114, 143, 216
- selvforvaltning 74, 83, 144
- selvforvaltningsstat 40, 46
- selvorganisering 119
- selvrealisering 32, 114
- selvregulering 59, 67, 70, 75, 77, 79ff
- Semi-autonomous Field* 133
- semi-autonomt område (se også system) 168
- senkapitalistisk samfund 70, 97, 98
- senmiddelalder 15
- servicevirksomhed 31, 194
- servicesamfund 27
- social norm (se norm)
- socialdemokratisk 5, 24, 27, 51, 53
- sociale spørgsmål, det* 16, 26, 28, 33
- socialisme 96
- social-liberal 8, 31, 51
- socialreformisme 23
- socialstat 17, 18, 45, 46, 47, 51, 85, 91, 107, 113, 114, 115, 118, 130
- socialstatsværdi 50, 51, 115
- socialt ansvar 69
- social-teknologisk 133, 214
- socialvidenskab 214
- sociologisk retsvidenskab 213
- specialisering 11, 132
- stabilitet 14, 15, 19, 31, 36
- stat 3, 6, 9, 14, 15, 17, 18, 21ff, 32, 36, 40, 44ff, 50, 58, 73, 84, 110, 234, 239, 253
- afpolitiseret 4, 16
- autonom 73
- begrænset 14, 43
- bunden 14
- demokratisk 50

Stikordsregister

- despotisk 15
- konstitutionel 14, 40, 46, 51, 58, 60
- magtfordelt 14, 46
- ubunden 45
- statsform 4, 5, 13ff, 29, 32, 40, 41, 46, 50, 82
- statsstyre 4, 12, 14, 15, 18, 41-44, 46, 82, 83, 91
- statsteori 8, 39, 56
- statusret 56ff
- Stockholmerkæringen* 128
- strategi 30, 31, 35, 109, 120, 121, 126, 130
- struktur-funktionalisme 242
- styret selvregulering 79, 81
- styring 15, 18, 29, 34, 36, 49, 59, 67, 70, 71, 75, 77, 82, 83, 85, 107, 143, 144, 232, 251
- styringsjus 123ff, 142
- styringsteori (generel) 68, 69, 74
- subsidiaritetsprincip 35
- subsumptionslogisk (se argumentationsmodel)
- supranational 223
- symbollovgivning 165
- system 6, 7, 16, 17, 28, 34, 44, 58, 61, 63, 65, 69, 73ff, 77, 78, 80, 85, 86, 98, 132, 134, 135, 142, 146, 147, 157, 172, 173, 189, 205, 224, 233, 234, 242, 244, 245, 249, 252, 255
 - autonomt 63, 115, 134
 - dynamisk 205
 - egenskab 7, 62, 135
 - fleksibelt 62, 65
 - funktion 6f, 65, 75
 - kreativt 62, 65
 - ledelse 7
 - lukket 134, 205, 245
 - mekanistisk 63
 - monistisk 17, 224
 - omgivelser 7, 63, 65, 142, 243
 - selvregulerende 58, 62, 64, 66, 69, 74, 78, 79
 - semiautonomt 79, 133, 168
 - socialt 134
 - struktur 6f, 65
 - ultrastabilt 77
 - åbent 205
- systemrationalitet 63
- systemteori 59, 61, 65, 135
- sædvaneret (se retskilder)
- Teknik** (som metodebegreb) 173ff
- teknokrati 8, 75, 124
- teknologi 5, 7, 21, 106, 108, 118
- tilpasning 4, 29, 52, 62f, 120, 135, 143, 154
 - aktiv 63
 - passiv 63
- totalitær samfundsopfattelse 24
- totalitært styre 18, 29, 45, 137, 194ff
- Udviklingsdynamik** 48, 79
- udviklingsfaser (se fase-teori)
- udviklingslogik 48, 64
- uformal ret (se retsform)
- ungdomsoprør 53
- uskreven ret (se retskilde)
- Valgmulighed** 7, 18, 23, 35, 80ff, 105
- variabilitet 65
- velfærdsinstitution 34, 117
- velfærdssamfund 33, 53, 58, 81, 117, 125
- velfærdssikring 116
- velfærdsstat 8, 16, 18, 20, 29, 31, 40, 40, 72, 234
- velfærdsstatslige værdier 5
- venstrefløj 24, 53
- Verdens Naturcharter* 128
- videreudviklingsfase 49
- vækstgrænse (se grænse)
- værdier 3, 5, 11, 13, 15, 18, 26, 28, 29, 44, 45, 47, 50, 53, 60, 68, 71, 74, 75, 89, 92, 104, 105, 107, 109, 110, 113ff, 119ff, 131, 137, 141ff, 155, 171, 177, 181, 190ff, 202, 207, 215, 220, 233, 235, 237, 241, 246,
- værdifordeling 11, 71, 74, 80
- værdigrundlag 3, 25, 31, 194
- værdinorm 7, 25, 27, 31, 49, 106, 108, 110
- værtdipluralisme 241
- værdirationalitet (se rationalitet)
- Ytringsfrihed** 72, 107, 216, 217, 253
- Økologi** 35, 84, 121, 146