

Stig Jørgensen

LOVMÅL OG DOM

RETSTEORETISKE
AFHANDLINGER



JURISTFORBUNDETS FORLAG
KØBENHAVN 1975

LOVMÅL OG DOM
© 1975 by Stig Jørgensen
Bogen er sat med Times
og trykt i Winds Bogtrykkeri A/S, Haderslev
Bogbinderarbejdet er udført af
Carl Nielsens Bogbinderi, Odense.

*Udgivet med støtte af
Gads Fond*

ISBN 87 574 2390 3

INDHOLD

<i>Forord</i>	7
<i>Argumentation and Decision</i> , tidligere offentliggjort i Festskrift til Alf Ross, København 1969, p. 261 ff.	9
<i>Typologi og realisme</i> , Festskrift til C. J. Arnholtz, Oslo 1969, p. 144 ff	33
<i>Norm og virkelighed</i> , Tidsskrift for Rettsvitenskap, Oslo 1970, p. 484 ff	54
<i>Ideologi og retsvidenskab</i> , Juristen, København 1973 p. 180 ff	74
<i>Hermeneutik og fortolkning</i> , Tidsskrift for Rettsvitenskap 1973, Oslo 1973 p. 626	86
<i>Die Bedeutung Jherings für die neuere skandinavische Rechtslehre</i> , Jherings Erbe. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstages von Rudolph von Jhering, Göttingen 1970.	97
<i>Symmetri og retfærdighed</i> , Symmetri i videnskaberne, Det lærde Selskabs publikationsserie, Ny Serie, Århus 1975, Hæfte 7-8 p. 50 ff	108

FORORD

Folkeeventyrene indeholder mange varianter af historien om det unge menneske, som går ind i troldhøjen, og som efter en tid, der føles som dage men har været år, vender hjem til en verden, som i mellemtiden er blevet en anden.

Den, der søger en forklaring på tilværelsen ved at gå bagud og indad, risikerer at blive en fremmed i verden.

Som ganske ung student reagerede jeg på en opfordring til læserne af filosofiprofessoren Svend Ranulfs nye bog: Socialvidenskabelig metodelære (1946), der var indført som pensum ved filosofikum, om at fremsætte eventuelle kritiske bemærkninger over for forfatteren. Jeg blev indbudt til the og modtaget med venlighed og takt. Jeg husker blot, at jeg havde vendt mig mod den tanke, at videnskaberne skulle indskrænke sig til at stille spørgsmålet: hvordan? og ikke spørge: hvorfor?

I begyndelsen af 60'erne indledte jeg den eftersøgning af privatrettens grundlag, som førte mig skridt for skridt tilbage i retshistorien, ud i den komparative retsvidenskab og de andre samfundsvidenskaber for til sidst at sende mig ind i filosofien og den almindelige retslære. Vejen kantedes af en række spor i form af artikler med emner fra de forskellige eksotiske retsvidenskaber. Nogle af disse blev samlet i: Fire obligationsretlige Afhandlinger (1965) [1], andre i Vertrag und Recht (1968) [2].

Senere er resultaterne af denne efterforskning indarbejdet i Kontraktsret I-II (1970 og 1972), der må betragtes som en slags statusopgørelse over disse forsøg på en om- og nyvurdering af kontraktsrettens grundlag. Resultaterne af den tilsvarende udforskning af erstatningsrettens kilder [3] blev brugt som grundlag for Erstatningsret (2. udg. 1972).

1. Naturaleksektion, Ugeskrift for Retsvæsen 1962 B p. 165 ff, Forudsætning og mangel, sst. 1963 B p. 147 ff, Aftalelov og acceptfrist, sst. 1963 B p. 285 ff., Misligholdelse, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1964 p. 449 ff.
2. Aftalen som form, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1965 p. 400 ff, Træk af privatrettens udvikling og systematik, Acta Jutlandica XXXVIII:1 1966 og Tidsskrift for Rettsvitenskap 1966 p. 584 ff., Træk af de retlige ideers historie i komparativ belysning, Ugeskrift for Retsvæsen 1967 B p. 153 ff., Grotius' kontraktslære, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1967 p. 457 ff.
Fuldmagtsproblemer, Juristen 1968 p. 401 ff. er ikke blevet genoptrykt.
3. Erstatning for personskade og tab af forsørger (3. udg. 1972), Årsagsproblemer i forbindelse med personskade, Nordisk Forsikringstidsskrift 1960 p. 185 ff., Skærpet erstatningsansvar, Ugeskrift for Retsvæsen 1961 B p. 81 ff, Spredte bemærkninger om adækvans, Juristen 1961 p. 193 ff., Erstatningsrettens udvikling, sst. 1963 p. 301 ff., Erstatning og forsikring, sst. 1969 p. 15 (og Versicherungsrecht 1970 p. 193 ff.).

I 1974 forlod jeg privatretten og overtog et professorat i almindelig retslære. Arbejdet med at udrede privatrettens idégrundlag førte ud i den retlige idéhistorie og undersøgelsen af værdiforestillingernes betydning for de retlige vurderinger og dermed for retsafgørelsen. Erkendelsen af, at retsreglerne er udtryk for samfundets fordeling af værdier ud fra interesser, og af, at retsafgørelsen er udtryk for en beslutning inden for rammerne af det politiske system, er ikke af nyere dato. Denne erkendelse gjorde allerede Rudolf v. Jhering, der var samtidig med Karl Marx, hvis sene efterkommere nu tager patent på den såkaldte »positivismekritik«. Men det er den seneste generations tyske og engelske sprogfilosofi, som har gjort det klart, at alle vore begreber er grundet på interesser og formål. At »objektiv« erkendelse derfor ikke er mulig, skal imidlertid ikke føre os til den slutning, at al subjektivism er tilladt, men derimod til, at man må bestræbe sig mest muligt for at præcisere sine forudsætninger og dermed rationalisere sine beslutninger, således at der er sammenhæng mellem mål og midler, og således at motiv og begrundelse så vidt muligt er overensstemmende. Alternativet til en fornuftig diskussion om værdier er vilkårlighed. Forudberegnelighed er derimod et væsentligt element i regelanvendelsen og dermed for retfærdigheden, som dog også har et materielt indhold begrundet i menneskelige behov, der i et ikke uvæsentligt omfang har været uændret i sin struktur, men variabelt i sit indhold alt efter de vekslende samfundsforhold.

Det er blandt andet dette ønske om at kunne føre en kritisk og fornuftig diskussion om værdier og dermed om de gældende retsregler og retsinstitutter, som på én gang har motiveret den årelange eftersøgning af forklaringer fremfor af positiviteter og udvalget af disse afhandlinger [4]. Selv om et par af artiklerne blev anvendt som grundlag for visse dele af *Ret og samfund* (1970), har jeg følt et behov for en ny foreløbig statusopgørelse.

Jeg har altid skrevet om det, jeg ikke har kunnet forstå. Derfor har jeg skrevet så meget. At have forstået noget er på den anden side det samme som at miste det.

Århus, i juni 1975
Stig Jørgensen

4. Følgende har jeg måttet lade ligge: *Modstandsret og ungdomsoprør*, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1970 p. 198, *Grundtræk af de danske retskilders historie*, sst. 1971 p. 201, *Grundzüge der Entwicklung der skandinavischen Rechtswissenschaft*, *Juristenzeitung* 1970 p. 529 ff., *Die rechtliche Lage des Menschen in einem ständig wechselnden gesellschaftlichen Modell*, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1972 p. 213 ff. Flere af emnerne er behandlet i en mindre forpligtende form i *Ret og samfundsdebat* (1972) og *Slet og ret* (1974).

ARGUMENTATION AND DECISION

I. ROSS' IMPORTANCE¹

There can be no doubt that Professor Alf Ross has had exceedingly great influence on the young generation of Danish jurists. The challenge of the often and strongly formulated demand for scientific approach and realism has been imperative to any one who wished to tackle theoretical problems. The uncompromising manner and enthusiasm with which the programme has been formulated has indeed particularly appealed to young people and thereby created interest in jurisprudential work.

While practical realism is time-honoured in Danish law since Ørsted, about 1800, in the sense that legal usage and practical considerations have been of great importance to decisions by courts of law as well as to dogmatic jurisprudence, fundamental theoretic realism has not been consistently formulated until Ross, at the beginning of the 1930's, under the influence of Hägerström and on the basis of logic empiricism, demanded that jurisprudence should be empirical science. The titles of Ross' principal works: *Virkelighed og Gyldighed* (1934) (English ed.: *Towards a realistic Jurisprudence*, 1946), and: *Om Ret og Retfærdighed* (1953) (English ed.: *On Law and Justice*, 1958) indicate what to him have been crucial problems of legal philosophy: (1) What is law?, and (2) From where does law derive its validity, or what does it mean that the law is valid? In connection with his philosophic starting point, Ross rejects the idea of basing law on a priori assumptions of a religious, rationalistic, idealistic or utilitarian character in the form of a material idea of justice as well as a formal category. Law is a social phenomenon, and dogmatic jurisprudence formulates assertions about such phenomena, which either may be

1. The following exposition of Ross' views takes for its starting point: *Ret og Retfærdighed*, the 2nd edition of which was published in 1967 without alterations. Thus, in the main, corrections which Ross has made elsewhere in the meantime are disregarded. Quotations follow the English edition: *On Law and Justice* (1958).

confirmed or invalidated by a verification process, i.e. a procedure by which the assertions made are confronted with reality. On the other hand, only statements on verifiable phenomena have any meaning or “semantic reference”, unless it is a matter of purely analytical sentences, since the language which is regarded as the object of philosophy is deemed to symbolize reality. – Only “is”-sentences, i.e. sentences relating to actually existing phenomena may be dealt with scientifically, since only such sentences may be true or false, whereas “ought”-sentences i.e. sentences which express a norm or an evaluation have no cognitive meaning. Science cannot be carried on *in* norms, but, to be sure, *about* norms.

A consequence of the starting point is that the concept “law” has a meaning only provided that it is “valid”, i.e. can be verified as active. “Valid law” is the interpersonal *normative ideology* which actually animates the mind of the judge since it is experienced as socially binding, and *therefore* effectively conformed to (p. 35). – This interpersonal ideology, legal norms, is, like the rules of chess (§ 3) the *theme of interpretation* which makes it possible to *understand* the legal phenomena and to *predict* the course of legal practice (p. 29). Law is a correlation of legal norms and legal phenomena, but to Ross the ideology seems, as it appears from the definition cited, to be the most essential² aspect of the concept of law, although knowledge of the contents of the ideology (pp. 73-4) is obtained through the phenomena (the application of law). It is, therefore, with justice that Ross denies that his understanding of the concept of law is purely behavioristic (p. 37), and dissociates himself from the American realism which has maintained that “valid law” *exclusively* refers to the actual behaviour of the courts, and to prognoses of such a behaviour (p. 72, cfr. p. 15 f. and see p. 22). – On the other hand, Ross does not clearly indicate whether insight in the ideology (the norms) can be found only in the application of law, or whether it can also be found direct in the sources of law. If the

2. The social acts (the application of law) are the “real substratum of the normative ideas”, Danish ed. p. 47 (not repeated in the English ed. p. 34). “The doctrinal study of law concerns itself with the normative ideology which animates the judge”, p. 43. The degree of probability depends in turn on the empiric material on which the prediction (the sources of law) p. 44 f, which is a further normative ideology, p. 75 f., depends. See also TfR 1957 p. 123 f.

latter can be the case, it seems to be justifiable to criticize Ross' verification apparatus for assertions on "valid law",³ which is used to predict the behaviour of the authorities applying the law (§ 9). If so, the scientist like the judge may immediately obtain knowledge of the contents of the ideology (the system of norms) through the sources of law, and, therefore, the verification procedure is superfluous beating about the bush.⁴ To be sure, it is said (pp. 75 and 110) that the normative ideology which determines the selection of normative ideology ("valid law") is the object of the science of sources of law and methodology, and that – as a part of "valid law" – it can be found only in the application of law. The science of sources of law is norm-descriptive and not norm-expressive. On the other hand, this ideology – as legal – is intersubjective⁵ (p. 75), and is intimately connected with the cultural tradition with which the judge, qua human being, is concerned (p. 99), a tradition and ideology with which the dogmatically working jurist is also concerned through his education in the juridical method (p. 110).

There are great fundamental difficulties in the circumstance that Ross apparently regards the complex of sources of law and the complex of the problem of methods only from the outside as the object of scientific description. Apparently he does not furnish an answer to how the judge seen *from within* as a partner of the legal play arrives at his ideas of "valid law", including the choice of sources of law and method. It is here of no use to refer the judges to an observation of the judge's own behaviour. The judges must necessarily have a possibility of immediate insight in the normative ideology. – Another fundamental difficulty is that science does not even obtain a realistic picture of the factors which actually have motivated the legal decision, since

3. The verification process of whether a *norm* is valid law is the same as the re-examination of the truth of the corresponding jurisprudential assertion on the basis of the theoretical starting point of logic empiricism, p. 39.

4. *Knud Illum: Lov og Ret* (1945), p. 51 ff, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 12 (1968), p. 51 ff.

5. To be sure, the sources of law are defined, p. 77, as "the aggregate of factors which exercise influence on the judge's formulation of the rule on which he bases his decision", but, on the other hand, an inclination in American realism to attach importance to the individual and concrete psychology of the judge is repudiated (p. 102).

the grounds for the result given in the decision are a “façade legitimation” which to a greater or lesser degree deviates from that on which the judge has actually based his decision (pp. 152 and 44). Therefore, on studying legal decisions and taking them at their words it is not possible to avoid a considerable risk of misinformation on “valid law” in the widest sense (cf. Ross himself pp. 43-4).

Both the said objections are bound up with the logic-empiristic concept of science. According to logic empiricism, evaluations are fundamentally individual and personal (“there is no accounting for taste”) and thereby unverifiable scientifically or rationally. Evaluating statements have no “semantic reference” and are therefore devoid of meaning (p. 6 ff.). Logic empiricism is “value nihilistic” in as much as it denies that there is a possibility of the existence of material criteria for evaluating statements, “natural law”, “good and evil”, etc. Something like that is metaphysical and therefore suspect.

There is something heroic in a method which passionately rejects the principles of its activity – ideology, culture, justice (pp. 85 and 99 f.) – in the case of the (honest) rational activity, and which banishes the values and the evaluations to the suspect irrational sphere which one, in powerlessness, must refrain from dealing with because one has beforehand defined it from science. It is not only heroic but also dangerous as the problems do not disappear because they are repressed; on the contrary, they will be difficult to control by being deprived of rational control.

Even though one must accept Ross’ views that any application of law, any legal decision implies an alogic *decision*, and not a logic *conclusion* from an abstract rule to a concrete case (p. 136 ff.), a necessary or reasonable picture of a legal decision is not obtained by asserting that it is first made intuitively and then provided with a suitable “façade legitimation” (pp. 44 and 152) (“transcendental nonsense”).⁶ Probably Ross himself does not hold so strong views on this point as might appear from his sharp formulation since, in particular, he emphasizes that the dogmatically working scientist *should not(!)* accept it at its face value; by analysis he should endeavour to ascertain the judge’s actual reasoning, and should, on the whole, abstain from rendering himself guilty of that kind of pettifogging (and things that

6. *Felix S. Cohen*: Transcendental Nonsense and the Functional Approach in Col. L.R. vol. 35, 1935, p. 809 ff.

are worse! p.183 in the Danish ed. – not in the English); instead he should honestly give an account of his real grounds when interpreting a given set of rules or when making a statement on *de sententia ferenda* and suggestions on how to solve given or hypothetical legal disputes. In reality he probably means that judges actually can and should behave in a like manner although regard to the authority of the court sets a limit.⁷ The conception of the rationality of legal decisions leads to the result that the activity which the judge and the dogmatically working scientist perform is, fundamentally, although not quite identical,⁸ at any rate closely related and deeply rooted in the same ideology and method. Paradoxically, this view leads on to the said “verification technique” being superfluous, while at the same time there will be stronger reasons for trusting its ability to give a real picture of “valid law”.

II. THEORY OF ARGUMENTATION AND DECISION MAKING⁹

A. “The Naturalistic Fallacy”

1. The Moral-Philosophic Problem

Generally, naturalism is characterized by holding that the universe requires no supernatural cause and government, but is self-existent, self-explanatory, self-operating, and self-directing. Thus, there is nothing beyond nature, and, consequently, all references to anything transcendental must be rejected. All phenomena and processes in nature, including the human being and its mental life, can be explained from insight in nature. In this respect, moral questions do not hold an exceptional position. They are subject to the same certainty or uncertainty as empiric questions, and they can be answered scientifically.

7. P.154f and “Retlige fiktioner” in Sanning, Dikt, Tro, Till Ingemar Hedenius (1968), p.255ff.
8. The judge *must* make a decision, while the scientist may leave open a question, and, *therefore*, the judge must also have a greater freedom in doubtful cases to supplement or develop the law.
9. Below I have derived benefit from *Hans Fink's* unprinted gold-medal treatise: Den naturalistiske fejl med særlig hensyntagen til de sidste 10 års diskussion, 1967, and from *Jes Bjarup's* interest in the problems treated. – And as regards The Naturalistic Fallacy, see *Mogens Blegvad: Den naturalistiske fejlslutning*, 1958 (with a summary in English).

As against this there are the *antinaturalistic* views, all of which, as far as moral questions are concerned, consider these to be autonome as regards their scientific treatment.

The *religious* view maintains that the underlying principle of moral questions is the transcendent, the Commandments, which decides the answer to what is good and what is evil.

The *intuitionistic* view maintains that the human being is directly able to see what is morally right or wrong without regard to the consequences of the act, and also that this insight is ultimative. Argumentation – at any rate regarding certain general principles – is futile and irrelevant in answering moral questions.

The *positivistic* view, on the other hand, rejects moral questions on the basis of an apprehension of the proper scientific method. The naturalists share the respect of the positivists for natural science; but the positivists put forward a criterion for distinguishing between science and metaphysics, according to which only analytic sentences and sentences which can be verified can be included in the science which can only describe, not prescribe. Moral sentences are not analytic nor can they be verified since they are not contentions but an expression of feelings or attitudes. Like existentialism, logic empiricism, therefore, maintains that reason has no justification in questions of evaluation since these are not intersubjective, and moreover cannot refer to outer observable empiric matters. To the positivists there is a clear distinction between description and evaluation. Moral questions can be dealt with only scientifically in as far as it is a matter of psychologic or sociologic examinations. Such examinations are descriptive, and sentences referring to them are meaningful, since it is possible to indicate the conditions on which they are true. On the other hand, it is not possible to conclude from purely empiric examinations what *should* be done. One would thereby make a logic mistake: the naturalistic fallacy.

In recent times the term “naturalistic fallacy” has been used in the sense: the fallacy which consists in identifying the simple notion which we mean by “good” with some other notion.¹⁰ It is probably

10. G.E. Moore: Principia Ethica, 1903, p. 58. To Moore, who coined the term, “naturalistic fallacy” rather meant “naturalistic mistake” than, as it did to his successors, “naturalistic fallacy”.

true that it is not possible to indicate any absolute criterion of, for example, “pleasurable” for the term “good”, since it will always be possible to ask in concreto whether something which gives us pleasure really is good. – On the other hand, it seems that by means of science it would be possible to answer the question what is best or right in any given situation and in a specific respect. “Good” is to Moore “a simple and undefinable non-natural attribute”. But “good” is not a logic predicative adjective, but an *attributive adjective*.¹¹ “There is no such thing as being just good or bad, there is only being a good or bad so-and-so.” While, for example, the adjective “red” can be verified independently of the substantive, there is no common content in the adjectives “good”, “the same”, “great”. Nor does it follow from this that “good” is quite undefinable, but merely that the quality criterion depends on the entity criteria: (1) which entity is referred to? (2) in which respect are we interested in the entity? We can put forward precise quality criteria for each individual entity and thereby say that something is “good of its kind”, “good for its purpose”, “good for the health, thriving or well-being of an organism”, and “good for human enjoyment”.¹² From this follows a relativistic, but not a skepticistic or subjectivistic view of the concept of value.

To Moore’s successors the naturalistic fallacy consists in “deriving ought from is”. It has been vividly discussed, whether it is possible to deduct from a sentence in which the word “ought” (or synonyms) is not found to a sentence in which it is found. In any case this does not refute naturalism. “He is not maintaining that such a deduction is possible; but only that “ought” can be defined in other terms. He is not saying that “I ought to do X”, can be inferred from “X is conducive to the greatest general balance of pleasure over pain” *without any further conditions*, but that the former can be derived from the latter *with the help of a definition* according to which the two have the same meaning. The definition he is offering may not be correct, but this cannot be shown by citing the dogma about Ought and Is, for *if* his definition is correct, then “ought”-statements *can* be derived from

11. P. T. Geach: Good and Evil in Analysis, vol. 17, 1956, pp. 33-42.

12. G. H. von Wright: The Varieties of Goodness, 1963.

“is”-statements in the only sense in which he is concerned to hold that they can.”¹³

And as against the positivistic distinction between description (is-propositions) and evaluation (ought-propositions) which serve to bar metaphysic features in science, it must be emphasized that this distinction is clear and sharp, but not, as the positivists assume, identical with the distinction between describing and evaluating sentences. Sentences are not in themselves descriptive or evaluating. This depends on the context and on the manner in which the sentences are used in that context. (J.L. Austin).¹⁴

But the problem is not whether it is possible to infer from “is” to “ought”, but whether it is possible with adequate certainty to put forward hypothetic assertions on what ought to be done. – Is it possible on an intersubjectively controlable basis to decide what one ought to do in a given situation and in a specific connection?

2. “The Nature of Things”¹⁵

As against the moral philosopher, the jurist may here refer to the figure “the nature of matters or things”. This points to the decision of the jurist being made after thorough examinations of the conditions of life concerned which are subject to legal control so that the best result is attained. But “the nature of things”, or as Eugen Huber has it, “the real grounds” – (which in particular has inspired Danish jurisprudence) – is not a conglomerate of various factors: facts and various value premises which cannot be treated systematically and which the judge is to resort to only when traditional sources of law, such as statutes, legal usage, or custom do not provide a solution. On the contrary, “the nature of things” indicates that in solving any legal question, one must have “Rückgriff auf die ausserhalb der doktrinären Struktur eines Rechtsinstituts erfassbare allgemeine (“natürliche”) Aufgabe desselben, und von da aus erst wird – in Verbindung mit der

13. *W.K. Frankena: Ethical Theory in Philosophy (Princeton Studies)*, 1964, p. 359, *Erik Rasmussen: Komparativ Politik 1* (1968) p. 39 ff.

14. *J.L. Austin: How to do Things with Words*, 1962.

15. On “The Nature of Things”, *Stig Jørgensen: Vertrag und Recht*; 1968, p. 118 f. with references in n. 18.

Angemessenheitsfrage – die konkrete Problematik bewältigt”.¹⁶ – The object of a doctrine is to examine the various legal fields and to suggest solutions, so that the judge, who often – as distinct from the scientist – is not an expert on all aspects of legal practice, will have the best possible guidance to the decisions he must make; and weight is added to the decision of the judge through the acceptance of the doctrine, and also to the doctrine by its being adhered to by the courts of law.

3. Importance of Judicial Decisions

Judicial decisions form an important and essential part of the legal system, which in particular has been emphasized by the American realism. This school of thought will endeavour to find a realistic understanding of law from the decisions of the courts of law. However, this school of thought overlooks that the legal system cannot be explained exclusively as a result of the functioning of the judicial process. The legal system is also a part of social conscience as a pattern of conduct concretized in legal rules: a part of culture. – Ross is also of opinion (cf. I above) that a tenable interpretation of the validity of the law – seen from the point of view of the doctrine – is possible only by decisions by courts of law being regarded as a synthesis of *ideologic* and behavioristic views. But Ross’ perception of decisions by courts of law – especially the circumstance that he mentions the normative ideology which animates the mind of the judge – points to two important fields of problems which occupy present-day legal philosophy. It is common to both problems that they are activated in the legal procedure of decision making. One is the problem of value, the other one the emphasizing of the part played by argumentation.

B. *Argumentation Theory*¹⁷

The judicial decision is not merely a logical deduction from a rule of law: on the contrary, it is the result of a dialectic argumentation. That the decision can be presented in a syllogistic form does not alter

16. J.Esser: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, p.102.

17. Stig Jørgensen: op.cit. n.15, pp.58, 94f., 136, 154f. with references, Jes Bjarup: Lidt om logik, retslig argumentation og fortolkning in Juristen 1957, p.409ff.

this fundamental statement. Syllogism is a justified and important means of ascertaining whether the conclusion of the judge follows from the premises set out, but it may be dangerous to use syllogism as a model in describing the procedure of decision making, since such a model may lead to the erroneous view that the judgment is exclusively the result of a logic conclusion, while it actually depends upon a decision, cf. below under C.

The perception that a judicial decision is logically deducible is of a relatively late date. The Roman jurists do not deduce their decisions from the rules; on the contrary, they are rhetoricians who with great skill reason for the purpose of attaining their results by means of arguments which are convincing. This Roman method recurs in the *sic et non* of scholasticism; here a hypothesis is advanced in the first instance, which is next countered by objections! The conclusion is reached by weighing the pros and cons of a number of arguments.

The more recent development of the law bears the stamp of scientists who under Greek influence strived to reach a systematic treatment of the legal material. Rationalistic natural law contributes towards this development in taking certain fundamental principles for granted. Claims for damages, for example, are considered a simple consequence of a wrong committed: the wrong is the cause (a fact in the legal sense), and the claim for redress is the legal consequence.¹⁸ From these fundamental principles one might logically infer a system of rules (cf. Descartes' *more geometrico*). It should be possible to solve any legal question simply by a subsumption of facts under the relevant rule.

This perception is also manifested in the great codifications. – Code Civil 1804, BGB 1900 – by means of which it should be possible in principle to solve any legal problem by deduction. However, even Portalis¹⁹ pointed out on the presentation of Code Civil that the codification was not exhaustive, and that positive law can never completely replace the use of natural reason in the affairs of life. As

L.D. Eriksson: Rättslig argumentering och den dialektiska logiken, in JFT 1966, p. 445 ff. *Ivanhoe Tebaldeschi*: Justification and Justice as Topics of the "New Rhetoric" in A.R.S.P., vol. 53, 1968, p. 89 ff.

18. *Stig Jørgensen*: Erstatningsret p. 8, cf. *same op.cit.* n. 15, p. 61.

19. See *Julius Stone*: Legal System and Lawyers' Reasonings, 1964, p. 214.

distinct from the development in France, where one has been allowed a comparatively free hand in respect of CC, BGB had the result in Germany that conceptual jurisprudence with its constructive methods degenerated, through which the interest in the underlying affairs of life and rational argumentation was neglected.

1. Viehweg and German Topics

Therefore it is interesting to note that German doctrine is now seriously breaking up since earlier attempts at attaining a more up-to-date method, as for example interest jurisprudence, have to some extent been disregarded owing to the World War. – Thus, in his book published in 1953, *Theodor Viehweg* ²⁰ strongly advocates that law must be perceived as “ein besonderes Verfahren der Problemerkörnung”. As his starting point, Viehweg takes Vico, the Italian philosopher, who polemizes against the Cartesian method. As against this, Vico puts forward the old – topical – method. This method, which was founded by Aristotle, refers to the use of points of view and arguments in a discussion in which the solution is not obvious or given with mathematical certainty from the premises as in analytic syllogism. In topics, on the other hand, use is made of dialectic syllogism, the premises of which are based upon generally acknowledged opinions, i.e. what is the opinion of everybody, or of most people, or of the wise. Dialectic syllogism possesses only a degree of probability, and its validity depends upon an approval. With his topics, Aristotle intended to work out a theory of dialectics (the art of dialogue). On the other hand, Cicero, who takes up Aristotle’s ideas, is more interested in the practice of argumentation in which points of view and examples – listed in *topoi* catalogues – are used in a certain field which is open to discussion. Cicero’s topics were, incidentally, worked out in the form of a textbook for a Roman jurist. It is in particular characteristic of Roman jurists that they were educated at the rhetoric schools which taught the student how to convince his audience by the force of his argumentation. The topical method is conspicuous in particular in legal systems like the Roman and the English systems which are attached to and influenced by the courts of law. The Roman

20. *Theodor Viehweg: Topik und Jurisprudenz*, 1953 (3. Aufl. 1965).

as well as the English development of law is casuistic and pragmatic, the rules of law are not written down in an all-embracing codification, but developed through judicial practice.

Viehweg maintains that to the jurist the crux of the matter is the concrete case which is to be decided upon. Here the topical method will be well suited, and Viehweg mentions²¹ as “Einbruchstellen”: (1) interpretation, (2) the language, (3) the application of law, and (4) the qualification of the legal facts.

Viehweg's topics may be seen as an approach to the Anglo-Saxon reasoning-by-example method, and as a dissociation from a strictly systematic method of deduction. It is here interesting to note that the Anglo-Saxon method now approaches the traditional Continental system and concept method.

Viehweg's ideas have been vividly discussed in Germany. – *Diederichsen*²² has pointed to the danger of unprincipled use of arguments, and emphasized the value of the legal system and the forming of concepts as a means of checking argumentation. – *N. Horn* and in particular *R. Zippelius*²³ have raised the question of the relationship between system and problem thinking. The systematic axiomatic method underlines the need for firmness and certainty in the application of law, while the topic pragmatic method underlines the need for adaptation to the practical needs and the concrete justice. Several important jurists of recent times have supported the fundamental ideas of the topic legal method, but at the same time emphasized the importance of the preparation of a hierarchic set of values.

2. Perelman and the new Rhetoric

Chaim Perelman, the Belgian philosopher,²⁴ has also taken up for close examination the part played by argumentation. Like Viehweg, Perelman resorts to Aristotle and his distinction between analytic and

21. *Viehweg*: op.cit. n. 20, p. 59 ff.; cf. *Stone* op.cit. n. 19, p. 332.

22. *Uwe Diederichsen*: *Topisches und Systematisches Denken in der Jurisprudenz* in *M. J. W.* vol. 19, 1966, p. 669 ff., and cf. *Stig Jørgensen* op.cit. n. 15, p. 58, n. 24 a.

23. *N. Horn*: *Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens* in *N. J. W.*, vol. 20, 1967, p. 601 ff., *R. Zippelius*: *Problemjurisprudenz und Topik* in *N. J. W.*, vol. 20, 1967, p. 2229 ff.

24. *Ch. Perelman & L. Olbrechts-Tyteca*: *Traité de l'Argumentation*, 1958, *Ch. Perel-*

dialectic argumentation. Analytic argumentation consists of a demonstration whereby, through application of the rules of formal logic, it is possible with unerring certainty to reach conclusions which necessarily must be true. This analytic argumentation recurs in Descartes, who made proof the distinctive mark of reason. The proof must be obvious (apodictic: true of necessity). To Descartes, true science can be attained only by adhering to the geometric method (more geometrico), so that a complete system of necessary propositions can be prepared in which doubt and probability are excluded; experimental sciences adhere to this way of thinking. Here, however, the starting point is not, as in the case of Descartes, the obvious but experience. But the proof must be true, i.e. agree with the facts. This view has had great influence on posterity, since after this a science could not deal with more or less probable or well-founded opinions.²⁵ Against this Perelman objects that if this view is correct it means that if we are in a field in which neither experience nor logic deductions can give us solutions of a problem there is nothing left for us but to abandon ourselves to our irrational forces, feelings, and instincts. Here Perelman draws attention to the dialectic argumentation, the sphere of which is: the likely, the plausible, the probable to the extent that the latter escapes mathematical certitude.²⁶ Here we must "look for precision in each class of things just so far as the nature of the subject admits; it is evidently equally foolish to accept probable reasoning from a mathematician and to demand from a rhetorician scientific proofs".^{26a} Perelman suggests, therefore, a study – the new rhetoric – of the techniques of deliberations and discussions which are applied to this field. It is here important to emphasize that any argumentation depends upon the audience and is formed accordingly, and that a dialectic argumentation is not limited to spoken words, but that the written words must also be included.

man: Justice et Raison, 1963, *same*: The Idea of Justice and the Problem of Argument, 1963, *same* (edt.): Études de logique juridique, 1966. And cf. *Stone*: op.cit. n. 19, p. 324 ff. and see *G. Hughes*: Rules, Policy and Decision Making, in Yale L. J. vol. 77, 1968, p. 411 ff.

25. Cf. *Stig Jørgensen*: op.cit. n. 15, p. 49 ff.

26. *Perelman*: The Idea of Justice and the Problem of Argument, p. 134, cf. *same*: Proof in Philosophy in The Hibbert Journal, vol. 52, 1953–54, p. 354 ff.

26a. Aristotle's Nic. Ethics 1094 b 12.

It is of particular interest to jurists that Perelman has examined the decision of the court and here emphasizes that it is not the result of formal logic conclusions but depends on an argumentation in which the character of the proof is not apodictic but dialectic. The activity of the judge does not depend on “the idea of truth”, but on “the idea of reason”.²⁷ Likewise that the judge’s qualification of the legal facts implicates a reference to “the rule of justice”, which involves that substantially similar cases must be treated in the same manner. The characteristic point of the legal argumentation is that it consists of a development which depends upon the audience and its standpoints and reactions. In the audience must be included, besides the judge and the parties to the case, in particular the doctrine and the outside world.

3. Other related Methods

In his book: *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, *Julius Stone*²⁸ has thoroughly dealt with reasons and reasoning in judicial and juristic arguments. Stone fully recognizes the justification of an examination of the juristic argumentation, but emphasizes at the same time that there is no reason to dethrone formal logic and syllogism. At the same time it should just be recognized that the judge’s creativeness lies large beyond it, as part of the life blood of legal growth. Likewise it is a fact that judicial considerations of “values” or “policy” must enter very frequently into judgment. – Even though Stone is positively disposed towards topics and Perelman’s new rhetoric, he is at the same time aware that jurists are not to expect too much from this. But Stone is of opinion that it is completely justified and desirable to recognize that what is not logic may nevertheless be positive and significant and call for inquiry.

Independently of those referred to above, it may be mentioned that *Roy Stone*²⁹ has also advocated a method which takes for its

27. *Ch. Perelman*: What the Philosopher may learn from the Study of Law in *Natural L.F.*, vol. 11, 1966, p. 1 ff., cf. *same*: What is Legal Logic in *Is. L.R.*, vol. 3, 1968, p. 1 ff.

28. *Julius Stone*: *Legal System and Lawyers’ Reasonings*, 1963, in particular Ch. 7 and 8, and cf. *same*: *Social Dimensions of Law and Justice*, 1966, in particular Ch. 14.

29. *Roy Stone*: A Re-appraisal of Cicero’s Jurisprudence in *A.R.S.P.*, vol. 53, 1968,

starting point the legal problems and which looks for arguments pro and con the solution. This method is confronted with induction and deduction, and termed paradduction by R. Stone. This is to show that the legal decision is arrived at by a complex procedure of argumentation. It is interesting to note that R. Stone also takes his starting point in antiquity, viz. in Cicero, and shows that this method is applied in modern analytic philosophy (Wisdom, J.L. Austin).

Similar processes of thought may also be found in moral philosophy; thus in *Stephen Toulmin*,³⁰ the English moralist, who has taken the decisions of the courts as model for his exposition of morality. Toulmin's model for illustration of the ethic argumentation and his distinction between warrants and backing correspond to distinctions in Aristotle's topics. Toulmin's model illustrates considerably better than syllogism the complex character of the legal decision.

4. Conclusion

The result of the theory of argumentation is that it is possible to *discuss* values and the reasons which are advanced in favour of them. The decisive question is then the difference between the good and the poor argumentation. This difference cannot be expressed by the distinction between objective description and subjective evaluation. There are subjective descriptions as well as objective evaluations. What we wish to know at the solution of a legal problem is whether the arguments and reasons which are indicated for the solution actually hold good, i.e. whether they can be approved on an intersubjective basis. – At the decision of a moral question it is also essential to know whether the grounds put forward for the specific act are good grounds, i.e. worthy of approval by the parties involved and of acceptance by the outside world. We have hereby arrived at the other main problem, the value problem.

p.43 ff., and see *T.B.Hadden*: Law and Philosophy in Cambridge L.J., vol.26, 1968, p.131 ff. with references.

30. *Stephen Toulmin*: The Place of Reason in Ethics, 1950, *same*: The Uses of Argument, 1958, and about the relation of this work to Aristotle's topics, *O.Bird*: The Re-discovery of the Topics in Mind.N. S., vol.70, 1961, p.534 ff. And as a criticism of Toulmin see *J.Stone*: op.cit. n.19, p.302, cf. 335, *same*: Human Law and Human Justice, 1965, p.305.

C. *Decision Theory*³¹

The value problem is the circumstance that the legal decision is a decision which takes for its starting point a number of different normative ideas.

1. Decision Patterns of other Sciences

The problem of the decision function, and how the decision is made has also been taken up by other sciences. – Thus in *economics* an examination is made of how best to plan the decision procedure thereby to obtain decisions which are justifiable seen from an economic point of view. In *political science*³² examinations have been made of the decision-making procedure of the legislature and the administrative authorities as well as of the behaviour of the judge. Here it is endeavoured, on a behavioristic basis, to explain the decisions of the court as depending, to a material extent, on factors which are outside the premises embodied in the judgments. And this is certainly not new to the jurist; the new point is that endeavours are made to make these factors measurable and to create new methods of analysis (bloc analysis, game analysis, analysis by scalogram). – Even to natural science the procedure of decision-making has become topical, and ironically enough the scientist must apply to the jurist to learn how an impartial, rational decision is made. The jurist has recognized that

31. *Stig Jørgensen*: op.cit. n.15, p.136, cf. p.94f., with references. And see *Nomos*, vol.7, 1964, devoted to Rational Decision. Here direct mention is made of Decisionism, viz. that decision is somehow basic in the human condition. See also *P. A. Freund*: On Law and Justice, 1968, p.63 ff., *L. Groll*: Något om Rättssociologi och offentlig Rätt, in *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, 1968 p. 131 ff.
32. See *Glendon A. Schubert*: Quantitative Analysis of Judicial Behaviour, 1959. Constitutional Politics (Supreme Court Behaviour), 1960, *same*: The Juridical Mind (Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices), 1965, *same* (ed.): Judicial Decision Making, 1963 (collection of articles); A symposium: Social Science Approaches to the Judicial Process (*J. B. Grossman, W. F. Murphy, Samuel Krislov, Joseph Tanenhaus, Fred Kort, Lon L. Fuller*), 79 Harv.L.R. 1966, pp. 1551–1628. See also: *Nomos*, Yearbook of the American Society for political and legal Philosophy, 7, (1964): On Judicial Decisions and their Rationality. And see about this subject: *J. Stone*: Social Dimensions of Law and Justice, p.687ff. See also *Poul Meyer*: Politiske Beslutninger, 1966.

logic does not reign supreme – which some patterns of preventing conflicts ignore – but that also normative ideas on social matters are decisive factors to decision making.

2. Decision Pattern of Jurisprudence – The Legal Decision

Indeed, as underlined by both recent English and German legal philosophy,³³ the legal system is not a closed logic system; but the legal system is a movable or open system. The rules of law are norms for regulating human behaviour. Thus, they must be the basis of evaluations, the *evaluative* element, and at the same time they must lay down certain criteria which must be fulfilled in order that the rule may be applied, the *prescriptive* element.

a. Qualification

In numerous instances the matters referred to in the legal norms will be settled in accordance with the criteria of the rules, and thus give no cause for conflict, or the mere existence of rules of law has the effect that conflicts are prevented. – Legal disputes which find their way to the law reports, and which jurists especially deal with, generally refer to specific or doubtful conflicts. The doubt may relate to the legal facts, while the rule is clear, or, conversely, to the circumstance that the legal facts can be referred to several rules which, taken individually, will lead to different solutions. These instances are to be decided by the judge through *qualification*, because neither the rules of law nor the facts are given in advance. Through their argumentation, the parties endeavour to clear up the case to the best of their ability so that the judge can form an idea of the conditions of life concerned, and of the consequences of the decision to them. At the same time the plaintiff as well as the defendant endeavour to convince the judge that just *his* solution is the proper one. The characteristic point of legal disputes is in particular that often the decision is not certain but may be in favour of either party. In deciding upon the legal facts and the arguments adduced, the judge must make his qualifications in the light of the positive sources of law. The method

33. See *Stig Jørgensen*: op.cit. n. 15, p.95, cf. 136, cf. *Spiros Simitis*: *Rechtliche Anwendungsmöglichkeiten kybernetischer Systeme*, 1966, p.11.

applied here may be called the logic of inquiry, by Cicero called *ars inveniendi*, as distinct from the logic of exposition or the logic of justification, by Cicero called *ars iudicandi*.³⁴

b. *Dual Technique*

The syllogism used in the *logic of inquiry* is a dialectic syllogism in Aristotle's sense, i.e. the essential thing is to form one premise when one already has the other one, and the conclusion. But one must be aware of the interaction of the major premise and the minor premise, since the formation of both major premise and minor premise proceeds tentatively and correlatively in the course of analysis of the situation (Dewey). The rule of law is a *working hypothesis* which is confronted with the facts of the case, and the facts of the case determine the selection of the rule of law. By means of this method the judge endeavours to obtain rational cohesion of a relatively unarranged quantity of information. When the decision has been made about the selection (and qualification) of facts and the rule of law, the judge can through the *logic of exposition or justification* give his decision a logically closed form. The judgment logically follows from the premises put forward, and the judge can thereby hide the personal element of his decision. *Dura lex, sed lex*. With himself the judge justifies his judgment with reference to the rule of law. But his argumentation is first and foremost directed towards the parties of the case, and the grounds put forward must carry conviction and emphasize that the decision is not arbitrary. At the same time the judgment is addressed to the surrounding world where the decision has for its purpose to indicate that that rule will be applied at the hearing of similar cases in future.

c. *Value Control*

Thus decisions and conclusions as well as evaluations and logic form part of the judicial decision. The importance of formal logic is

34. *John Dewey*: Logical Method and Law in *Cornell Law Quarterly*, vol. 10, 1924, p. 17 ff., *Stig Jørgensen*: op.cit. n. 15, p. 153. See also *R. A. Wasserstrom*: The Judicial Decision (Toward a Theory of Legal Justification), 1961. *K. Makkonen*: Zur Problematik der juristischen Entscheidung, 1965, cf. my review in U 1967 B. p. 300.

its control function. Logic prevents the discussion from degenerating,³⁵ and the evaluations and the decisions are not irrational. It is true that the judge must make a choice, but a choice is not irrational simply because it is a choice or cannot be the conclusion of a logic inference;³⁶ the choice is guided by the *legal ideas which control the legal system*, and may “être justifiés d’une façon raisonnable grâce à une argumentation dont on reconnaît la force et la pertinence”.³⁷ The judge’s evaluation is controlled by the argumentation of the parties, which provides him with the arguments on which he must base his decision, and also by the legal system to which the judgment must be attached in order to meet the demand for consistency and certainty, and at the same time also as far as possible to attain satisfactory results which can be accepted by the doctrine.³⁸ The doctrine is here of decisive importance to this decision: “bestimmt mit ihren Theorien (for example, dangerous enterprise), Begriffen (for example, community of property) und Methoden (for example, Ross) die Vorstellungsrahmen und die Denkweise der Praxis – und das ist ihre historische Rolle und Verantwortung im Rechtsleben.”³⁹

1°. Value System

To legal philosophy the most urgent problem is then whether it is possible to prepare a *value system* which can be of importance to the judge’s choice and to the doctrine, since the different legal principles will thereby be coordinated and arranged in a hierarchy.

One tendency of legal philosophy, which may be called the *phenomenological* (H. Coing),⁴⁰ will understand the legal system from its

35. H.W. Johnstone jr.: Some Reflections on Argumentation in Logique et Analyse, N.S., vol. 6, 1963, p. 34.

36. W.K. Frankena: Decisionism and Separation in Social Philosophy in Nomos, vol. 7, 1964, p. 24, cf. John Ladd: The Place of Practical Reason in Judicial Decision, in Nomos, vol. 7, 1964, p. 126ff., esp. p. 131f.

37. Ch. Perelman: La Théorie Pure du Droit et L’Argumentation in Law, State and International Legal Order, Essays in Honor of Hans Kelsen (edt. S. Engel), 1964, p. 226ff., (231) cf. Esser: op.cit. n. 16, p. 201.

38. Stig Jørgensen: op.cit. n. 15, p. 96, Illum, op.cit. n. 4, p. 62f.

39. Esser: op.cit. n. 16, p. 317.

40. H. Coing: Die obersten Grundsätze des Rechts, 1947, same: Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950.

“Sinngesamt”, and has for its purpose to establish an ideally objective “Wertreich” extending beyond the legal system, and this forms the judicial system. But the judicial system can be understood only “aus dem Inhalt des Fühlens und Wollens des Menschen” (Coing: Rechtsphilosophie p. 50). To Coing it is decisive that acts done by human beings are not determined by reason, but by feeling. All moral cognition can lean only on the feeling, and the values are then perceived intuitively by virtue of “Vorzugsgefühlen”. As far as the judicial system is concerned its basic value, justice, is given in and by the sense of justice. In this light it should be possible to prepare a “Rangordnung der Werte”. – To rely on this intuitive “Schauen” of the eternal values does not carry conviction. Of course, at legislation as well as at the making of the decisions of courts of law regard must be paid to the sense of justice, but to base a value hierarchy thereon is not satisfactory seen from the point of view of science. It must be possible to discuss and state the reasons for the values and the norms. One has precluded oneself from doing this by referring to the sense of justice.⁴¹ In formal logic it is possible to make a well-defined distinction between the validity of an argument and the convincing force of the argument. But this distinction cannot be maintained in the case of the intuitive standpoint. The arguments are here simply effective or ineffective.^{41a}

In English legal philosophy, *R.W.M. Dias*⁴² has also suggested a value study of law as a way out of the dichotomy: natural law – legal positivism. Dias will study “the law behind the law”,⁴³ viz. the values which are inherent in and lie behind the legal system, since by values he understands any non-legal consideration which influences the process of decision by virtue of being an ideal. Dias stresses that it is

41. Cf. in the same respect *U. Matz*: *Rechtsgefühl und objektive Werte*, 1966.

41a. This is also an objection to Ross’ account, op.cit. n. 1, p. 308. Ross’ position owes much to *C.L. Stevenson*: *Ethics and Language*, 1944. For a critique of Stevenson, see e.g. *M. Blegvad*: op.cit. n. 9, Ch. III and IV with references. *Frankena*: op.cit. n. 14, p. 402 ff.

42. *R.W.M. Dias*: *The Value of a Value-study of Law in Modern L.R.*, vol. 28, 1965, p. 397 ff., cf. *same*: *Jurisprudence*, 1964, p. 150 ff.

43. Cf. *John Dickinson*: *The Law behind the Law in Col. L.R.*, vol. 29, 1929, p. 113 ff. and p. 284 ff.

not the different interests as such which are of importance, but that the decisive point is the ideals that underlie them. Thereupon Dias attempts to advance and examine certain ideals which can serve as fundamental standards of the evaluation, as for example, national safety, social welfare, freedom of the individual, morality, convenience, justice, and international comity. Dias also attempts to weigh these ideals, which often will be conflicting; the question is then which ideal is to take precedence, a question which has not been finally decided upon. Dias also stresses that law and moral (ideal) must be kept apart because only in this way is criticism of the legal system possible and important, since the march of society is measured by the changing patterns of ideals.

*Esser*⁴⁴ has shown on a comparative basis the use of looking behind the positive law and has thereby subjected the legal principles to a close analysis. Esser demonstrates that both in common law and in code law by and large the same solutions of the same complex of problems are arrived at in spite of dissimilar formation of concepts and the different elaboration of the theories. This can be explained only from “universalen Rechtsbedürfnissen und gleichartig bewerteten Gerechtigkeitspostulaten”.

The legal system is a cultural phenomenon, and its principles follow the social trend of life.⁴⁵ Moral and legal ideas, principles and ideals are necessary correlates to reason, which permits man freedom in relation to the surroundings: to create culture. Political, economic, and aesthetic ideas also manifest themselves here at the creation of culture and thereby exert influence on the legal system. But the legal ideas differ from them thereby that “ein Prinzip nur zu rechtlichen Normbildung tauglich ist, wenn es spezifisch juristischer Argumentation aus dem Gesichtspunkte der Gerechtigkeit und Angemessenheit zugänglich ist”.⁴⁶

44. *Esser*: op. cit. n. 16, in particular p. 336 ff., cf. *Stig Jørgensen*: op. cit. n. 15, p. 115 ff.

45. *G. Radbruch*: *Rechtsphilosophie* (6. Aufl. 1963) § 1, *Dubischar*: *Grundbegriffe des Rechts*; mit einem Nachwort von *Joseph Esser* (1968), *Michael Barkun*: *Law without Sanctions* (1968), *Stig Jørgensen*: op. cit. n. 15, p. 113 ff, *Edgar Bodenheimer*: *Treatise on Justice* (1967) pp. 44 ff, *Heinrich Henkel*: *Einführung in die Rechtsphilosophie* (1964) p. 8 ff.

46. *Esser*: op. cit. n. 16, p. 69.

2°. Norms of “permissible” Argumentation

Legal argumentation is characterized by *norms* on “how a precedent is to be used, a statute to be interpreted, an instrument to be construed, how large or how small a step of innovation is permissible under a given set of circumstances, how the decision is to be justified in the written opinion, whether, and, if so, in what manner an innovation is to be disguised as a mere application of existing law”.⁴⁷ It is difficult to characterize these norms, but there is no doubt that there are generally accepted norms indicating how far the legal argumentation may be carried, and to which arguments importance may be attached so that here there is an intersubjective basis of decisive importance to a discussion on a legal value hierarchy. – Statements as to the intent of such norms deserve a comprehensive and penetrating analysis of legal decisions.

3°. Legal Principles

But in addition to these legal principles or norms of argumentation, which the jurist applies at his work and cognition of the legal system, there are material *legal principles* which are not given either in or by legislation. But to call these principles natural law would be misleading. There is only one judicial system consisting of the legal system and the legal and material principles which form part hereof.⁴⁸

The function of the material legal principles is to serve as the starting point of the legal argumentation thereby to secure unity and consistency at the application of the rules of law, and also to determine the scope of the rules. – It is here an important task to comprehend

47. *Max Rheinstein*: Review of Esser: Grundsatz und Norm in University of Chicago L.R., vol.24, 1957, p.599, who here expressly agrees with Esser’s exposition. See also *Stone*: op.cit. n.19, p.23.

48. *Stig Jørgensen*: op. cit. n. 15, p.116, *Illum*: op.cit. n. 4, p. 52, cf. *A. Kaufmann*: Analogy and “The Nature of Things” in Journal of the Indian Law Institute, vol.8, 1966, p.358ff. *W.L. McBride*: The essential Role of Models and Analogies in the Philosophy of Law, 43, N.Y. Univ. L.R. (1968) p. 53 ff., cfr. *R. Dworkin*: 60 J. Philosophy 1963 p.624: Judicial Discretion, (the view of the judge’s decision as “discretion” is false. The judge is fettered by “standards” and “rules”, and by “ideas” and “justice”). See *A. Ross*: Validity and the conflict between legal positivism and natural law in Revista Juridica de Buenos Aires, IV, 1961, pp.46ff. and 56, cf. On Law and Justice p. 101, TfR 1963, p.509.

which principles already form a part of the legal system and thus are existing law, and which principles are on the way to be recognized as existing law.

The material legal principles may be divided into basal and special ideas which control an individual sphere of problems.

The *basal* ideas have both a formal and a material aspect. In the *formal* sense the idea is manifested in: equal cases are to be treated equally. But this does not say anything about the details of the contents of the rules. The contents of the rules are more specifically determined by the material ideas and the special ideas. The basal *material* ideas are reciprocity and retribution ideas, i.e. the ideas of justice (corrective and distributive) and equity. But these are not everlasting and unchangeable, but their contents are transformed under the influence of political and economic ideas, and by the differences in the conditions of life and the patterns of culture.

The *special* ideas are intimately connected with the basal ideas, but unlike them they manifest themselves only within limited spheres. They are problem principles which are the legal basis and the norm of the legal solution. In private law, mention may, for example, be made of the idea of security of commerce in dealing with the complex of problems presented by the law of obligations, the idea of private autonomy in the law of contract. In public law we have the idea of the sovereignty of the Government at the making of treaties within international law, the idea of effective and appropriate administration within administrative law, the idea of force of law within the law of procedure, and the idea of *nulla poena sine lege* within criminal law.

But neither the basal material principles nor the special principles indicate a particular solution to the jurist. They indicate only the outlines of the solution and are dependent on the views and recognition of the time concerned. On applying the law, the judge must answer two questions: (1) is the rule applicable? (2) is the rule to be applied? In answering the latter question, the judge must pay pragmatic regard to the effects of the decision, teleologic regard as to whether the result is desirable, and axiomatic regard, since the decision must also be adapted to the legal system. The judge and the jurist must make their decision in the light of the nature of the matter, as an

“Ausdruck der Besinnung auf die innere Gesetzlichkeit, in welcher im pragmatischen wie im axiomatischen Denken die Prinzipien und ihre Zweckgedanke zueinander stehen”.⁴⁹

III. CONCLUSION

Ross deserves merit for having emphasized that the legal decision is a decision which is motivated by social objectives and insight in the legal system. Ross has likewise emphasized that one must take positive law as the starting point. But in his exposition of the sources of law in “On Law and Justice” he does not make a detailed analysis of the material and the specific principles which underlie the rules of law, and which are decisive to the legal decision. Realistic jurisprudence must admit that evaluations and values are the deciding factors in the application of law as far as the judge as well as the scientist are concerned. But to Ross evaluations and values are metaphysics which cannot be dealt with on a scientific basis. Ross has remained true to himself in his untiring battle against metaphysical ideas of law and against the view that rational argumentation can be applied to morals. In Julius Stone’s words⁵⁰ used in another context, Ross’ battle may be seen as an expression that “the hegemony of his chosen method may be in part an attempt to justify the way he has used the mortal lifespan of his thought. The conceptualised sketch of the state of knowledge at his own point in the ongoing stream of time is what is left of his life dedication. As such it is precious and irreplaceable”.

Nordic jurists have reason to be grateful to Ross for his battle and for his dedication. But the battle for more realistic knowledge of the phenomena of legal practice will lead to further results by other methods, but not without regard being paid to Law and Justice.

49. *Esser*: op.cit. II, 16, p. 379. And see *R. Sartorius*: ‘The Justification of the Judicial Decision in Ethics’, vol. 78, 1968, p. 171 ff., in particular p. 178.

50. *J. Stone*: op.cit. II, 19, p. 4.

TYPOLOGI OG REALISME

I. *Indledning.*

I et tidligere arbejde har jeg med en omfattende generalisering set retsvidenskabens metode som en udvikling fra et kasuistisk over et doktrinært til et individualiserende stadium. Samtidig er retsvidenskabens metode betragtet som en afledning af samtidens almindelige filosofiske og naturvidenskabelige metode.¹ I et andet arbejde er kontraktsrettens udvikling på samme måde anskuet som et forløb fra status over kontrakt til «socialtypiske forhold».² Det fælles grundsyn i disse generaliseringer er videnskabssociologisk og relativistisk. Videnskaben beskæftiger sig med de problemer, som er relevante for sin tid og angriber dem med en metode, som er almenvidenskabelig og på samme tid universel. Der findes ikke *een* videnskabelig metode, men en metode, der er egnet til at besvare de spørgsmål, som vi ønsker at stille videnskaben, som altså for så vidt ikke er vurderingsfri.³ Medens den primitive videnskab eller topografi er kasuistisk og usystematisk, er det karakteristisk for den nyere videnskab, at den er principiel og systematisk. Det nødvendige hjælpemiddel i denne proces er begrebsdannelsen, som sætter tanken i stand til gennem abstraktion og præcision at sammenfatte et antal

¹ Træk af Privatrettens Udvikling og Systematik, TfR 1966. 584 (Acta Jutlandica XXXVIII:1, 1966 p. 1 ff., Vertrag und Recht (1968) p. 49 ff); se også *Johs. Andenæs: Straffbar Unnlatelse*, 1942 p. 221 f.

² Kontrakten som Form, TfR 1964.400 ff. (Scandinavian Studies in Law, vol. 10 (1966) p. 97 ff. Vertrag und Recht (1968) p. 13 ff.); se også *Aftalelov og Acceptfrist*, UfR 1963 B. 285 ff (4 obligationsretslige afhandlinger (1965) p. 81 ff).

³ Se også *Lars D. Eriksson*, TJFF 1968.565 ff.; *W. L. McBride: The essential Role of Models and Analogies in the Philosophy of Law*, 43 N.Y.L.R. (1968) p. 53 ff.

enkeltfænomener i en helhed ved at udvælge flere eller færre egenskaber i en definition. Fra det 11.—12. århundrede og indtil slutningen af det 19. århundrede beherskedes videnskaberne, herunder ikke mindst retsvidenskaben, af det *abstrakte, almene eller formelle begreb*; oprindelig i en matematisk, senere i en mekanisk og endelig i en kemisk-biologisk kontekst, svarende i retsvidenskaben til en skolastisk, en rationalistisk og en idealistisk metode.⁴

II. Almenbegreb — typebegreb.⁵

A. Almenbegrebet (*klassebegrebet*).

Det karakteristiske for almenbegrebet er, at det er *defineret*, d.v.s. dets indhold er bestemt af ét sæt, og kun dette sæt, af elementer. Det er med andre ord skarpt *afgrænset* i forhold til andre elementer. Intensiteten og fordelingen af de enkelte elementer er principielt irrelevant. Almenbegrebet er defineret i forhold til entiteter på et

⁴ L. c. (note 1) p. 9 ff.

⁵ Af den omfattende tyske litteratur om almenbegrebets og typebegrebets logiske struktur og funktion kan især fremhæves: *Georg Jellinek*: Allgemeine Staatslehre (4. Ausg. 1922) p. 30 ff., *Gustav Radbruch*: Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, Internat. Zeitschr. f. Theorie des Rechts 12 (1938) p. 46 ff., *H. J. Wolff*: Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952.195 ff., *J. E. Heyde*: Typus, smst. p. 235 ff., *K. Engisch*: Die Idee der Konkretisierung, 2. Aufl. 1968 p. 237 ff., *E. Topitsch*: (Herausg.) Logik der Sozialwissenschaften (3. Aufl.) 1966 p. 37 ff. (*P. Lazarsfeld*), p. 85 ff. (*C. G. Hempel*), *H. Henkel*: Einführung in die Rechtsphilosophie (1964) p. 351 ff., *K. Larenz*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960 p. 333 ff., *T. Heller*: Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung (1961) passim, *K. H. Strache*: Das Denken in Standards (1968) passim, *Otto Sandrock*: Über Sinn und Methode civilistischer Rechtsvergleichung (1966) p. 62 ff., *P. Mengiardi*: Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, Zeitschr. f. schweiz. Recht, Neue Folge, 87 (1961) p. 64 ff., *R. Zippelius*: Allgemeine Staatslehre (1969) p. 6 ff., samme: Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen. Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag (1969) p. 224 ff. *R. Dubischar*: Grundbegriffe des Rechts (1968) p. 51 ff. (kritisk), *Karl-Heinz Rode*: Begriffliche und typologische Gesetzesinterpretation, Juristische Rundschau 1968, p. 401 ff. — *J. Schmidt-Salzer*: Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden, Schriften zum öffentlichen Recht 74 (1968), *J. Hall*: Comparative law and social theory (1963) p. 98 ff. Om typebegrebet hos *Goethe*, *Kant* og *Dilthey* og dets anvendelse i socialvidenskaberne: *J. v. Kempfski*: Studium Generale 1952.205 ff., i historievidenskaben: *T. Schieder*, smst. p. 228 ff., i biologien: smst. p. 247 ff., i psykologien: smst. p. 259 ff.; *E. Kretschmer*: Körperbau und Charakter (25. Aufl.) 1967 p. 408 ff.

højere abstraktionsniveau, som igen defineres i forhold til trinvis videre abstraktioner. Almenbegreber kan indpasses i et klassifikatorisk-kategorialt system (alt efter hvilken del af tilværelsen, man beskæftiger sig med) der i sidste instans ender med et eller flere principper eller aksiomer, som antages at gælde a priori. Et sådant system er lukket og principielt uden forbindelse med virkeligheden, hvis konkrete fænomener altså må «kvalificeres» gennem en isolering af de *relevante* elementer for at kunne bruges i forbindelse med begrebssystemet, der tilhører tankens og forestillingens verden. Enhver kvalifikation består altså i en strukturering af tilværelsen i overensstemmelse med et mønster, som er dannet af tanken med henblik på opnåelse af bestemte formål. Det enkelte fænomen kan ikke forstås eller begribes i sig selv, men kan kun anskues. — Et sådant præcist og lukket begrebssystem, der, når de aprioriske præmisser er vedtaget, tillader sikre formal-logiske slutninger, såvel i induktiv forstand ved bevægelse gennem videre og videre generalisationer og ad deduktiv vej ved subsumption, er naturligvis særdeles velegnet til matematiske og mekaniske formål. Overført på samfundsvidenskaberne må en metode bygget på et lukket normsystem virke konservativ og «uretfærdig»; på den anden side øger den afgørelsernes forudberegnelighed og er derfor medvirkende til at skabe sikkerhed. Når man ser hen til, at grundprincipperne er udtryk for almene værdisætninger («demokrati» — «ejendomsret» — «privatautonomi» — «retfærdighed») sikrer begrebssystemet altså også at disse almene vurderinger gennemføres konsekvent på samtlige berørte områder.⁶

B. *Typebegrebet.*

Det er ikke nogen tilfældighed, at en formal-logisk retsmetode er udviklet af den rationalistiske og idealistiske naturret, hvis social-model er det liberale, borgerligt-kapitalistiske samfund. Det er også en trivialitet, at denne samfundsform i sin renhed og enkelhed begyndte at bryde sammen i midten af forrige århundrede under indtryk af en ændring af de socio-økonomiske forhold, som igen var en følge af udviklingen i naturvidenskaberne og teknologien. Det er en almindelig erfaring, at relativt ukomplicerede processer kan behers-

⁶ Acta Jutlandica, I. c. (note 1) p. 36 f.

skes af en simpel model med få variable, hvorimod der med stigende raffinering stilles krav om et stigende antal variable.⁷ Det er derfor ikke ejendommeligt, at de store principielle klassifikatorisk-kategoriale systemer nogenlunde samtidig mistede deres repræsentative evne indenfor alle livsforhold i vor kulturkreds. — Indenfor naturvidenskaberne havde allerede kemiens og biologiens vækst skærpet erkendelsen af processernes *dynamiske* karakter. Dels indenfor disse videnskaber dels indenfor de medico-psykologiske og efterhånden indenfor de fleste videnskaber herunder samfundsvidenskaberne, især sociologien, men også retsvidenskaben opstod en ny videnskabelig metode — den typologiske metode. Denne metode, der ikke er een bestemt metode, bygger på erkendelsen af det abstrakt-logiske almenbegrebs og det klassifikatorisk-kategoriale systems manglende evne til at beskrive biologiske, sociale og humanistiske sammenhænge. — Et vigtigt redskab i denne sammenhæng har *typebegrebet* været, omend dette begreb — og de tilsvarende sproglige udtryk samt afledninger heraf — ofte har været brugt i flæng og uden nærmere præcisering af sprogbrugen og den metodiske helhed, hvortil begrebet hører.

Ordet *type* kommer af græsk: *typos*, som betyder: 1) figur, billede, indtryk, men i nyere sprog er gået over til at betyde grundform, mønster, model, forbillede o.lign., eller 2) indbegrebet af en række ejendommelige træk eller kendetegn, der bruges ved inddeling af en gruppe af individer, eksemplarer o.s.v. Afledninger heraf: typisk, atypisk o.lign. refererer sig herefter til et fænomens større eller mindre overensstemmelse med et mønster eller større eller mindre intensitet af de relevante træk eller kendetegn. I daglig tale betyder typisk: normal, gennemsnitlig, sædvanlig. — I det filosofiske sprog er *type* i nyere tid nærmest synonymt med kategori, d.v.s. klasse, art, som markerer den nødvendige adskillelse i vort begrebsmæssige mønster, som vi må iagttage, hvis vi skal give sproglig mening til vore udsagn om verden. Et velkendt eksempel på en kategori-sammenblanding er spørgsmålet: hvad er højest: Rundetårn eller et tor-

⁷ Georg C. Homans: Menneskegruppen (1966) kap. 14—17, T. Agersnap: Organisationsteorien i støbeskeen., Erhvervsøkonomisk Tidsskrift (1961) p. 3 ff., V. Goldschmidt: Gruppe og samfund (1962) p. 75 ff., samme, Samfundsmennesket (1964) p. 63 ff.

denskrald? Overholder man ikke kategori-spillereglerne, er udsagnene enten absurde eller metaforiske.⁸

Da typebegrebet og en praktiseret typologisk metode til forskellige tider og på forskellige områder har været anvendt også i nordisk retsvidenskab med forskellig intensitet og med varieret indhold, uden at begrebet eller metoden hidtil er blevet gjort til genstand for nogen principiel analyse, vil jeg i det følgende forsøge at antyde nogle hovedpunkter i problematikken i væsentlig grad støttet på den righoldige udenlandske, især tysksprogede litteratur. Det er karakteristisk, at de forfattere — herunder jeg selv — som i den seneste generation har anvendt typebegrebet som videnskabeligt hjælpebegreb og en eller anden form for typologisk metode, kun i ringe grad selv har været opmærksom på det principielle i metoden, som blot er blevet accepteret og anvendt uden videre. Det hænger naturligvis i høj grad sammen med, at ordene «type», «typisk», «atypisk», o.s.v. er blevet modeord, som i vidt omfang kunne substitueres af andre udtryk. En «typologisk» metode er i mange henseender beslægtet (identisk) med andre «realistiske» metoder (friret, interessejurisprudens, topik og metoder bygget på «samfundsnytte» og «krydsende hensyn»). Fælles for alle disse «realistiske» varianter er afvisningen af de store lukkede systemer og de heraf følgende formal-logiske deduktioner fra almindelige retsprincipper samt anvendelsen af en individualiserende metode, der tager hensyn til den voksende kompleksitet i de praktiske livsforhold og de hermed sammenhængende varierende og på retspolitiske vurderinger baserede «reale hensyn».

III. *Typebegrebets logiske struktur.*⁹

Det abstrakte almenbegreb vil altid være udtryk for isolering af et bestemt perspektiv eller en bestemt problematik i virkeligheden. Billedlig talt lægges et mønster eller en struktur over den del af virkeligheden, man interesserer sig for. Hvor nyttigt og værdifuldt dette end er, vil det naturligvis i bogstaveligste forstand virke som

⁸ G. Ryle: *Categories in Logic and Language* ed. A. Flow, (1953) p. 65 ff.; se også sprogbrugen i et politologisk arbejde, Erling Bjøl: *La France devant L'Europe* (1966), hvis franske tekst anvender ordet «categorie», der i det franske resumé oversættes til «type» (typologi), pp. 21 f. smh. m. 423 f.

⁹ Se især K. H. Strache, l. c. (note 5) p. 19 ff.

en prokrustesseng. — Mens almenbegrebet således må være lukket, afgrænsende og karakteriseret af en præcis opregning af enkeltelementer, er typebegrebet åbent, uskarpt og karakteriseret af intensiteten af og vekselvirkningen mellem de enkelte begrebselementer. — Mens almenbegrebet tager sit udgangspunkt i abstrakte aprioriske præmisser, tager typebegrebet sit udgangspunkt i virkeligheden. — Mens almenbegrebet er et afgrænsningsbegreb, som er dikteret af interessen for en statisk struktur, er typebegrebet et ordensbegreb, der er dikteret af interessen for fænomenernes funktion. Typebegrebet er altså dynamisk. Behovet for typebegrebet er udsprunget af erkendelsen af, at livet og fænomenerne faktisk ikke er afgrænsede eller afgrænselige (undtagen i tankens verden), men at tilværelsen er et kontinuum. Enhver afgrænsning er derfor set i funktionelt perspektiv vilkårlig. Alle overgange er i virkeligheden flydende.

Typebegrebets karakteristika skulle herefter være:

- 1) det er åbent, uskarpt med flydende overgange; de relevante begrebselementer kan have en større eller mindre intensitet (et fænomen kan være mere eller mindre typisk)
- 2) det er ikke de enkelte begrebselementer, men helheden og det funktionelle samspil mellem enkeltelementerne, som står i fokus. Det siges, at typebegrebet er et «meningsbegreb»; det gælder snarere at forstå end at beherske.
- 3) Typebegrebet interesserer sig lige så meget for det individuelle som for det almene. Typebegrebet er et overgangsbegreb, et «konkret-almene» begreb (Hegel, Larenz).

Det siger sig selv, at et så upræcist og uskarpt begreb ikke kan anvendes som redskab for formal-logiske tankeoperationer. Mens grundlaget for sådanne formal-logiske slutninger er en højere eller mindre grad af identitet, må grundlaget for operationer med typebegrebet være en større eller mindre lighed (Ähnlichkeit), der ikke kan afgøres ved en formal-logisk slutning, men ved en vurderende indstilling. For retsvidenskaben betyder dette, at den dogmatiske og retsanvendende virksomhed ikke består i en logisk subsumption af de konkrete retstilfælde under en almindelig norm, men en principiel analogitænkning¹⁰: en skønsmæssig vurdering af det konkrete til-

¹⁰ T. Heller, l. c. (note 5) p. 24 ff., K. H. Strache, l. c. (note 5) p. 67 ff., A. Kaufmann: Analogie und «Natur der Sache», Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schrif-

fældes større eller mindre lighed med fortilfældet (typen). Mens den formal-logiske tænkning er karakteriseret ved en subsumption, er den typologiske tænkning karakteriseret ved en *inklusion, askription*¹¹ (Zuordnung). — I denne forbindelse kan det nævnes, at der har været en tilbøjelighed til at sidestille den traditionelle kontinental-europæiske metode med subsumptionsmetoden og den traditionelle angel-saksiske retsmetode, case-metoden, med analogi-metoden, og at den typologiske tænkning traditionelt skulle beherske den angel-saksiske retsmetode.¹² Denne betragtning er i hvert fald kun rigtig, for så vidt som man tager analogi i en mere traditionel forstand, hvorefter man af en enkelt eller flere enkeltafgørelser udtrækker et almindeligt princip, hvorunder fremtidige enkelttilfælde subsumeres.¹³ Derimod består analogislutningen i den forstand, hvori den ovenfor er taget, i, at der i hvert enkelt tilfælde foretages en skønsmæssig prøvelse af den større eller mindre lighed med et fortilfælde. En anden sag er, at flere forskere hævder, at den analoge tænkning (i den her nævnte forstand) i virkeligheden er den eneste mulige tænkeform, så snart det drejer sig om en udvidelse af vor erkendelse, d.v.s. i ethvert tilfælde, hvor erfaringer i virkeligheden skal sættes i forbindelse med vort erkendelsesapparat.¹⁴

tenreihe, H. 65/66 (1965); W. L. McBride: The essential role of analogies and models in the philosophie of law, 43 New York U.L.R. (1968) p. 53 ff., Lon L. Fuller: Legal Fictions (1967) passim.

¹¹ H. L. A. Hart: The ascription of responsibility and rights, Essays on Logic and Language I. ser. (1953) p. 145 ff. Se også: Roy Stone: A Re-appraisal of Cicero's Jurisprudence, Arch. für Rechts- og Sozialphilosophie 53 (1968) p. 43 ff., T. B. Hadden: Law and Philosophy Camb. L. J. 26 (1968) 131 ff., Strache I. c. (note 5) p. 52 ff., L. v. Mises: Human Action (1949) p. 57.

¹² Strache, I. c. (note 5) p. 79 ff.

¹³ A. Ross: Om Ret og Retfærdighed (1953) p. 176 ff., se også v. Eyben og Jes Bjarup, Juristen 1967 p. 41 ff og 409 ff., om modsætningen mellem den romerske, — som i højere grad er «analogiserende» — og den engelske — som i virkeligheden ikke adskiller sig principielt fra den kontinentale i kraft af *stare decisis*-doktrinen — se Max Kaser: Zur Methode der römischen Rechtsfindung (Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philo.-Hist. Klasse, 1962 nr. 1, p. 47 ff., og samme, Römisches Privatrecht (4. Aufl.) 1965, Esser, Grundsatz und Norm (1956) pp. 183 ff. (213), Eckhoff, Rettsvesen og Rettsvitenskap i USA (1952) p. 137. — Se dog E. Levi: An Introduction to Legal Reasoning (1949) (reasoning by example).

¹⁴ Lon Fuller: Legal Fictions (1967), i sin omtale av *Vaihingers* «als-ob» filosofi (se hertil A. Ross: Retlige Fiktioner, i: Sanning, Dikt, Tro, Till Ingemar Hedenius (1968) p. 258, Erling Jacobsen: De psykiske grundprocesser (1968) p. 9 ff., McBride, I. c. (note 3).

Den omstændighed, at typebegrebet tager sit udgangspunkt i livsforholdene og disses institutionalisering og giver udtryk for en individualiserende tendens, må ikke forlede til den misforståelse, at typebegrebet tilhører virkeligheden. Typebegrebet er ligesom almenbegrebet et *begreb* og tilhører som sådant tankens og forestillingens og ikke realiteternes verden. På den anden side har typebegrebet en større *realitetsnærhed* end almenbegrebet. Typebegrebet tager sit udgangspunkt i de forud givne livsforhold, som vurderes ud fra et bestemt synspunkt eller perspektiv. Herved bliver visse elementer relevante, hvilket igen betyder, at det forud givne betragtes ud fra vurderings- og formålssynspunkter. — Den typologiske tænkning består derfor i på grundlag af de i de forud givne livsforhold immanente værdipræmisser at foretage en skønsmæssig vurdering («approximativ tastende») af det til bedømmelse foreliggende fænomens større eller mindre lighed med typen.¹⁵ Det drejer sig, som det er sagt, om en tænkning ud fra midten,¹⁶ en tænkning, som også ligger til grund for figuren «sagens natur». Det er næppe nogen tilfældighed, at «sagens natur», typebegreb og analogi ofte optræder hos samme forfattere (Radbruch, Kaufmann, Esser, Engisch, Larenz, Strache).¹⁷

IV. Begrebsvarianter.

A. Idealtypen, realtypen.

Typebegrebet findes i to hovedvarianter: idealtypen og realtypen.

Idealtypen kan være såvel logisk som axiologisk. I *axiologisk* forstand, d.v.s. som ideal eller målestok for en kvalitativ vurdering har den ikke spillet nogen større rolle i rets- og samfundsvidenskaben (Jellinek). — Derimod har idealtypen i *logisk* forstand (Weber) i betydningen: model (mønster, forbillede), karakteriseret ved en optimal intensitet af de relevante begrebelementer, spillet en ikke

¹⁵ Strache, l.c. (note 5) p. 44 ff.

¹⁶ Whewell: Geschichte der induktiven Wissenschaften (1837), Strache, l.c. (note 5) p. 32 f.

¹⁷ Stig Jørgensen: Argumentation and Decision, Festskrift til Alf Ross (1969), ved note 15—16, Vertrag und Recht (1968) p. 118 f. med note 18. — Om «Natur der Sache» senest M. Diesselhorst: Die Natur der Sache als aussergesetzliche Rechtsquelle (1968); Larenz: Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960) p. 309 ff. og samme i Festskrift for Arthur Nikisch (1958) p. 275 ff.

ringe rolle for den senere socialvidenskab.¹⁸ Idealtypen er i denne forstand brugt som en skabelon til afgørelse af, f.eks. hvilken grad af demokrati en given statsform er udtryk for, når man på forhånd har vedtaget, hvilke elementer der er relevante i henseende til en statsform, som man vil karakterisere som demokrati. Jo mere intensivt (ekstensivt og effektivt) disse elementer er repræsenteret i en given statsform, jo højere grad af demokrati foreligger, mens graden af demokrati aftager, jo længere man bevæger sig bort fra tyngdepunktet.¹⁹

Når idealtipe tages i sidstnævnte forstand, er der ikke så stor en forskel på idealtipe og realtype, idet begge er empiriske begreber. Ved *realtype* vil man sædvanligvis forstå ikke en model (mønster, forbillede), men indbegrebet af en række ejendommelige træk eller kendetegn, der bruges ved inddeling af en gruppe fænomener, eller et enkelt eksemplar eller individ med disse træk eller dette særpræg.²⁰ — Det typiske er i denne forstand ikke identisk med det *gennemsnitlige*. Gennemsnittet påvirkes nemlig også af helt atypiske fænomener eller tilfælde, således at gennemsnittet ikke nødvendigvis ligger i tyngdepunktet for intensiteten af de relevante elementer. — At opfatte «typisk» som synonymt med «det normale», er også upræcist; dels fordi «normalt» kan opfattes i axiologisk forstand: det normerede, dels fordi det normale eller det sædvanlige ikke særligt fremhæver betydningen af intensiteten af og forbindelsen mellem de relevante karakteristika. — Ved *type* forstår man sædvanligvis en «Ganzheits- oder Gestalttypus», et anskueligt «billede» af regelmæssigt forekommende strukturer.²¹

B. *Livstype, retstype.*²²

Typebegrebet anvendes også i sammensætningen livstype — «lovtype». — *Livstype* er de livsforhold, socialforhold, institutter, adfærdsmønstre, som er eller har været retligt relevante i den for-

¹⁸ J. v. Kempinski, l.c. (note 5) p. 208 ff., Zippelius, l.c. (note 5) p. 8 f.

¹⁹ Alf Ross, Hvorfor demokrati, (2. udg. 1967) p. 113 ff.

²⁰ Strache, l.c. (note 5) p. 40.

²¹ Man kan dog tale om normaltyper, gennemsnitstyper, middeltper, hyp-pighedstyper m. v., Larenz, l.c. (note 5) p. 334 f., Strache, l.c. (note 5) p. 48 ff.

²² Mengiardi, l.c. (note 5) p. 99 ff., Stig Jørgensen: Vertrag und Recht (1968) p. 102 ff. (Acta Jutlandica XXXVIII:1 (1966) p. 37 ff. om rets-

stand, at de har krævet en retlig regulering af en bestemt type. — Til livstype knytter sig «*lovtype*», såfremt et givet livsområde eller en bestemt adfærd er underkastet retlig regulering, idet ikke alt menneskeligt adfærdsliv er eller har været underkastet retlig regulering. Et klassisk eksempel hentet fra formueretten er den romerretlige kontraktslære, som kun anerkendte visse typer af retsstiftelse ved aftale, utvivlsomt begrundet med en i erfaring støttet vurdering af fordelene og risikoen ved at anerkende retsstiftelse i forskellige situationer. Først en langt senere tid har anerkendt en almindelig adgang til retsstiftelse ved konsensualaftale, formløs aftale. Den nyere tid er karakteriseret ved mange af ændringer i samfundslivet fremkaldte indskrænkninger i kontraktsfriheden, såvel i positiv som i negativ forstand, og en tiltagende standardisering af de almindelige kontraktsvilkår. Kontraktstypen er til en vis grad blevet afløst af typekontrakten.²³ — Andre eksempler kan hentes fra reaktionsretten; såvel inden for erstatnings- som strafferetten er kun bestemte typer af handlinger erstatnings- og straffpådragende.²⁴ Men det gælder for retssystemet som helhed, at det er fragmentarisk.²⁵

V. Typebegrebets funktion.

Typebegrebets forskellige funktioner har allerede været berørt ovenfor. Her skal jeg blot kort sammenfatte de forskellige relationer, hvori typebegrebet har haft betydning for retsvidenskaben.

Indledningsvis må man understrege betydningen af den *approach*, som den typologiske metode er udtryk for: en individualiserende, på de «konkret-almene» livsforholds behov byggende, tentativt regel-dannende metode.²⁶ «Vel bliver resultatet heraf ikke nogen klar

systematikken, herunder sondringen mellem offentlig ret og privatret, tingsret og obligationsret m. v.

²³ Stig Jørgensen: Vertrag und Recht (1968) p. 13 ff. (Aftalen som form, TfR 1964.400 ff.) p. 139 ff. (Grotius' kontraktslære, TfR 1967.457 ff.).

²⁴ Stig Jørgensen: Erstatningsret (1966) p. 21 f.; Andenæs i TfR 1941.241 ff. og S. Hurwitz: Den danske kriminalrets almindelige del, 1952 p. 241 ff., 299 ff.

²⁵ Ross, l.c. (note 13) p. 256 ff. (topografi), jfr. Arnholm, TfR 1943.56 ff.

²⁶ Se om årsags- og adækvansproblematikken Stig Jørgensen: Erstatning for personskade og tab af forsørger, 2. udg. 1963, p. 108 ff., samme

regel, men jeg er af den opfattelse, at fremhævelsen af visse tendenser i retspraksis trods sin mindre klarhed er at foretrække frem for en klar regel, der ikke er eller kan være i fuld overensstemmelse med praksis.»²⁷ Typebegrebet har især haft betydning for retsanvendelsens, fortolkningens og lovgivningspolitikens problematik.

Hvad *retsanvendelsen* angår, har man anset typebegrebet for at være brobygger mellem de abstrakte normer og de konkrete retstilfælde. *Engisch* taler her om «die Idee der Konkretisierung» og *Larenz* om det «konkret-almene begreb».²⁸ Grundtanken er, at lovgiveren ikke kan lovgive for det individuelle tilfælde, men af hensyn til sikkerheden og forudberegneligheden må lovgive med henblik på det typiske tilfælde svarende til lovgiverens typiske formål. De retsanvendende myndigheders opgave er herefter ikke at subsumere det enkelte retstilfælde under en abstrakt norm, men *dels* på grundlag af de formodede objektive lovgivningsformål at præcisere de typiske tilfælde, *dels* skønsmæssigt at vurdere det konkrete tilfældes større eller mindre lighed med det til rådighed stående udvalg af «typologiske billeder». Når valget mellem mulighederne er foretaget, og tilfældet således «kvalificeret», bliver domskonklusionen en formel subsumption, men det er reelt af meget ringe teoretisk interesse.²⁹ Retsanvendelsen består således ikke først og fremmest i subsumption, men i analogi, askription eller inklusion, jfr. ovf. p. 149.

Især *K. H. Strache*³⁰ har betonet slægtskabet mellem den typologiske metode og anvendelsen af «*retlige standarder*» eller — som det oftest hedder i tysk teori — generalklausuler (jfr. nedf. p. 161). Begge opererer med «åbne strukturer» og «værdimålestokke» med

Erstatningsret (1966) p. 178 ff., jfr. *Andenæs* og *Hurwitz*, l.c. (note 24) og *Hurwitz*, SvJT 1943.170 ff., *Hart & Honoré*: Causation in the law (1959).

²⁷ *Stig Jørgensen*: U 1953B.226. — De «konkret-almene» eller «typiske» behov kan oversættes til «parternes gennemsnitlige interesser», et udtryk, der bl. a. anvendes af *Ussing* som redskab for en beslægtet metode.

²⁸ *Engisch*, l.c. (note 5), *Larenz*, l.c. (note 5) p. 233 ff., 333 ff. (356 ff.); *Larenz*, der som nævnt er nyhegelianer, har hentet terminologien «konkret-almene begreb» fra Hegels filosofi uden helt at identificere det med typebegrebet; *Strache*, l.c. (note 5) p. 78 ff.

²⁹ *Stig Jørgensen*: Argumentation and Decision, l.c. (note 17) p. 277 f.

³⁰ L.c. (note 5).

den konsekvens, at der ikke kan blive tale om subsumption, men inklusion af de konkrete tilfælde, og at opgaven for retsanvendelsen af hensyn til retssikkerheden må være at opstille regler eller understandarder: fra skøn (type, standard) til regel (klasse-, almenbegreb).³¹ — I sin tiltrædelsesforelæsning³² fremhævede *Ph. Hult*, at denne opgave ikke alene gælder standarderne, men al retsanvendelse; han fremhæver, at regler består af vage ord og begreber, at afgørelser af loven ofte henvises til et skøn, f.eks. strafudmåling og erstatningsberegning,³³ at afgørelsen må træffes ved en vurderende analogi, såfremt ingen regel eksisterer, og at skønnet i disse tilfælde kun kvantitativt adskiller sig fra det skøn, der skal udøves ved anvendelsen af standarder. Hult henviser til *Viggo Bentzon*,³⁴ der principielt fastslog retsreglernes og retsafgørelsens dobbelte bundethed til skønnet (typebegrebet, den konkrete retfærdighed og samfundsudviklingens krav) og reglen (klassebegrebet, retssikkerheden og forudberegneligheden).

Det siger sig selv, at den foretrukne *fortolkningsmetode* ikke bliver den formal-logiske og leksikalske udlægning, men en teleologisk, som tager sit udgangspunkt i retsreglernes objektive formål.³⁵ — Sproget kommer naturligvis under alle omstændigheder til at

³¹ *Strache*, l.c. (note 5) p. 122, *Larenz*, l.c. (note 5) p. 131 f., 213 f. 219 f., *F. Wieacker*: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB (1956), *Knoph*: Rettslige standarder (1939) p. 18 ff., *Hult*, Juridisk Debatt (1952) p. 21 ff. (Regel, Standard, Skøn).

³² L.c. (note 31); se også *Ulf Persson*: Civilrättens generalklausuler, Festskrift til Olivecrona (1964) p. 508 f.

³³ *Esser*: Grundsatz und Norm (1956) p. 97, 151; v. *Eyben*. Strafudmåling (1950) anvender ikke udtrykket typologi, men en metode, som uden vanskelighed kan karakteriseres som typologisk, jfr. også hans foredrag i Fuldmægtigen 1949.133, Erstatningskravets størrelse, skøn eller regel, der i hvert fald er påvirket af *Viggo Bentzon*; *Gomard*: Privat pension og social forsikring (1968) p. 155.

³⁴ Skøn og Regel (1914); Bentzons ideer om, at parternes aftaler suppleres af objektive, udfyldende retsregler (*naturalia negotii*), der udformes under hensyntagen til parternes gennemsnitlige interesser og samhandelens tarv, er første gang formuleret i disputatsen: *Vis Major* (1890) p. 306 ff. Bentzon har utvivlsomt inspireret *E. Møller*, *Ussing*, *Knoph*, *Hult*, *Illum* og v. *Eyben*.

³⁵ *Strache*, l.c. (note 5) p. 100 ff.; *Ekelöfs* teleologiske fortolkningsmetode er beslægtet med den typologiske metode, jfr. «År den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap» (1951) p. 23 ff.; *Ekelöf* henviser selv til Tübingen-skolens interessejurister (*Heck*, *Rümelin*); i et senere arbejde, SvJT 1966.498, parallelliserer han med problemstillingen i den moderne semantik, jfr. nedf. p. 155; se også *Illum*: Lov og Ret (1945) p. 120 ff. og *Ross*, l.c. (note 13) p. 132 ff.

spille en betydelig rolle ved fortolkningen. Den nordiske forfatter, som i nyere tid mest konsekvent har anvendt en typologisk metode, *Johs. Andenæs*, har med udgangspunkt i den almindelige sprogbrug karakteriseret fortolkningen som en kasuistisk gennemgang med sprogfølelsen som vejleder. Det gælder om ved en vurdering af de enkelte fortolkningselementer dels at finde frem til det i loven forudsatte typiske tilfælde, dels gennem en individualiserende kasuistisk behandling af enkelttilfældene at inddele disse i typiske situationer. Det er kampen med enkeltproblemerne, som skaber den juridiske metode.³⁶ Med sprog- og retsfølelsen som vejleder foretager han en typologisk analyse af undladelses strafbarhed. I en artikel i TfR 1941.297 ff. foretager han på tilsvarende måde en undersøgelse og vurdering af de mange forskelligartede situationer, hvori årsagskonkurrence og adækvans rejser problemer for den retlige bedømmelse af ansvarsspørgsmålet. — Der er en ejendommelig overensstemmelse mellem denne typologisk-intuitive metode og den af *Hart* og *Honoré* i deres bog «Causation in Law» (1959) anvendte metode. Grundtanken bag denne metode er, at der i dagligsproget er ophobet mange generationers uanalyserede og upræciserede erfaringer, således at sproget kan være en vigtig kilde til erkendelse af disse erfaringer og deres betydning for de almindelige vurderinger. — Det er dog næppe for meget sagt, at en metode, der med dette vage redskab vil løse raffinerede og tildels tekniske retskonflikter, indeholder den samme appel til den ukontrollerede intuition blot med den forskel, at der tilsyneladende foreligger en objektiv og rationel referensramme.³⁷ I stedet for at anvende den ukontrollerede intuition som vejleder ved stillingtagen til de konkrete retstilfælde og opbygningen af de typiske afgørelser må videnskaben og retsanvendelsen forsøge at analysere de i problemerne og de konkrete tilfælde implicerede reale hensyn, men også de til grund for et større eller mindre retsområde liggende almindelige principper og dermed sammenhængende almindelige vurderinger. Man skal ikke forsøge at fortrænge den kendsgerning, at retsafgørelsen vitterligt beror på en beslutning, der er bundet til et almindeligt

³⁶ Straffbar Unnlatelse (note 1) p. 139 ff. (med henvisning til Helmuth Mayer) 152 ff., 222 ff.; jfr. *Hurwitz*, l.c. (note 24).

³⁷ Se hertil, *Stig Jørgensen*: Personskade, p. 79 m. note 2 og Erstatningsret p. 180 og U 1962 B.194 og U 1953 B. 36 og 225.

og specielt værdisystem eller konkurrerende værdisystemer. Man skal imidlertid ikke blive stående herved og henvise denne skønmæssige vurdering til en individuel intuitiv proces. Intuitionen er nødvendig ved den videnskabelige hypotesedannelse,³⁸ men såvel de retsanvendende myndigheder som videnskabsmanden må forsøge efter evne at objektivere og rationalisere deres beslutninger i relation til *dels* samfundets almindelige politiske vurderinger, *dels* de implicerede interessers betydning og intensitet, *dels* hensynet til retssikkerheden.³⁹

VI. Typologi i tysk retsvidenskab.

Som videnskabeligt hjælpebegreb indførtes typebegrebet som nævnt i de biologiske og psykologiske videnskaber i slutningen af forrige århundrede. Senere er begrebet overtaget af social- og retsvidenskaberne. Det første eksempel herpå er *Georg Jellinek*⁴⁰; senere er begrebet indført i den tyske retsvidenskab og gjort til genstand for en indgående behandling. Især i tredivernes tyske retsvidenskab spillede typebegrebet en overordentlig stor rolle.

Typebegrebet, «Natur der Sache» og analogi har som nævnt (ved note 17) været nøglebegreber i den nyere tyske retslære, som har modtaget en vis påvirkning fra *Scheeler-Hartmanns* værditeori; i tilslutning til den fænomenologiske filosofi bygger denne på forudsætningen om tilstedeværelsen af et sæt af aprioriske metafysiske værdiforestillinger, som mennesket på objektivt grundlag kan erkende ved hjælp af sin intuition; dette sanseapparat, som forudsættes at være til stede ved siden af det intellektuelle, antages at arbejde med samme grad af objektivitet og sikkerhed som dette.⁴¹ — I tilslutning til denne værdifilosofi bygger en del af den nykantianske filosofi (den «værditeoretiske», Radbruch, Esser, Henkel) på forestil-

³⁸ *Popper*: Logik der Forschung, (2. Aufl., 1966) p. 7 f., p. 71, p. 220 ff.; *McBride*, l.c. (note 3).

³⁹ *Stig Jørgensen*: Argumentation and Decision, i Festskrift til Alf Ross (1969).

⁴⁰ Allgemeine Staatslehre (4. udg. 1922) s. 30 ff. Kap. 2, afsn. 3: Die Forschung nach den Typen in der Sozialwissenschaft, og afsn. 4: Die Typen als Gegenstand der Staatslehre.

⁴¹ Se om *Reinach*, *G. Husserl*, *Welzel* hos *Larenz*, l.c. (note 5) p. 114 ff., og om *Coing* hos *Stig Jørgensen*: Argumentation and Decision, l.c. (note 17) v. note 40—41 a.

lingen om et sæt af aprioriske vurderinger. I modsætning til fænomenologerne anser den ikke disse aprioriske værdiforestillinger for at være af metafysisk karakter. Derimod tager man sit udgangspunkt i «vorlogische», «vorjuristische» og «vorgegebene» livsvilkår, som er resultatet af menneskets biologiske, sociale og kulturelle situation. Af denne kan afledes tilsvarende biologiske, sociale og kulturelle behov og derpå byggede vurderinger, som empirisk kan efterforskes og analyseres med den traditionelle videnskabs metoder.⁴² Den fænomenologiske og den nykantianske værdifilosofi forenes altså i deres afvisning af den logiske empirismes opfattelse af værdiernes subjektivitet og meningsløshed.⁴³ Man er enige om det nødvendige i at tage udgangspunktet i en iagttagelse af tingene og institutionerne. Man er også enige om, at det ikke blot gælder om en intellektuel beherskelse af processerne, men om at *forstå* disse ved at søge tilbage til de aprioriske værdi- og formålssætninger. — Først herigenom kan man lære at beherske menneskelige og sociale processer under ekspansive og højtudviklede livsforhold. I henhold til moderne gruppe- og socialteori forudsætter styring under sådanne livsforhold en vidtgående hensyntagen til de styredes interesser, såfremt en høj grænsenytte af deres aktivitet skal opnås.⁴⁴ Mens fænomenologerne imidlertid opfatter de styrende værdier som metafysiske, således at forståelsen af fænomenerne kun kan opnås gennem en intuitiv «Weschau», anser den nyere værdifilosofi værdiforestillingerne for at være bundet i empiriske kendsgerninger, som kan erkendes, analyseres og systematiseres ad intellektuel vej. Den nyere værdifilosofi kan betragtes som en empirisk naturretslære, idet «sagens natur» bliver identisk med en art konkret naturret.⁴⁵

Radbruch (nykantianer) udformede betegnelsen *Ordnungsbegriffe*, *Larenz* (nyhegelianer) «konkret-allgemeines Begriff» og *Carl Schmidt* («realist») «das konkrete Ordnungsdenken». — Især inden for den tyske strafferetsvidenskab fik begrebet «Tätertypus» i modsætning

⁴² *H. Henkel*, l.c. (note 5) p. 160 ff., *Esser: Grundsatz und Norm* (1956) p. 5, 50 ff., 164 ff., 259, 267 f., se også *Larenz*, l.c. (note 5) p. 92 ff. og 123 ff., *Stig Jørgensen: Vertrag und Recht* (1968) p. 117 med note 15 a.

⁴³ *Argumentation and Decision*, l.c. (note 17) v. note 9.

⁴⁴ *Kommunikation og «feed-back»* er centrale begreber, *Goldschmidt, Gruppe og Samfund* (note 7) p. 60 ff., *Homans*, l.c. (note 7) p. 386 ff. og *Agersnap*, l.c. (note 7).

⁴⁵ *Vertrag und Recht* (1968) p. 119, *Esser: Grundsatz und Norm*, l.c. (note 33) p. 53 f., *Larenz*: l.c. (note 5) p. 349; (*Stammeler, Radbruch*).

til «Tattypus» en vis betydning.⁴⁶ Det er vigtigt at fremhæve denne omstændighed, eftersom typebegrebet og den typologiske metode i den konsekvente form tilsyneladende er kommet ind og blevet en del af det sædvanlige nordiske retsvidenskabelige tankegods under påvirkning fra 30-tallets tyske retslære.⁴⁷

Fælles for alle tredivernes varianter var opgøret med BGB og dennes borgerligt kapitalistiske og individualistiske socialmodel. Man afviste både BGB's rationalisme og individualisme.⁴⁸ — Den liberalt social-demokratiske nykantianer Gustav Radbruch byggede på et retsbegreb, som var en kombination af hensynet til retfærdigheden, formålstjenligheden og retssikkerheden. Ligesom i Danmark, Viggo Bentzon, byggede Radbruch på en socialliberal retsopfattelse med hensyntagen såvel til samfundet som til den enkeltes frihed.⁴⁹ — I modsætning hertil tilpassede nyhegelianerne sig til den faktiske politiske situation. Karl Larenz overtog fra Hegels metafysik det konkret-almene begreb og opbyggede på grundlag heraf en ny formueretlig systematik uafhængig af BGB's ordning.⁵⁰ — Endnu videre gik den «realistiske» retslære; Carl Schmidt prisgav med sin «konkrete Ordnungsdenken» hensynet til den enkeltes retssikkerhed, der underordnedes samfundets interesser.⁵¹ — Den fænomenologiske retning vendte sig direkte mod tingene og fænomenerne gennem en intuitiv «Wesenschau».⁵² — Den af *Forsthoff*⁵³ formulerede «institutionelle metode» sluttede cirklen tilbage til *Savigny*, der i opposition mod den rationalistiske naturret tog sit udgangspunkt for den retlige dogmatik i livsforholdene og de ydre institutioner. Savigny anlagde for så vidt oprindelig en sociologisk og typologisk metode, hvad eftertiden har haft vanskeligt ved at få øje på.⁵⁴

⁴⁶ *Erik Wolf*: Tattypus und Tätertypus (Zeitschr. der Akademie für deutsches Recht 3 (1936) p. 358, *G. Dahm*: Der Tätertyp im Strafrecht (1941) p. 21 f.

⁴⁷ Jfr. ovf. p. 155 (Andenæs).

⁴⁸ *Larenz*, l.c. (note 5) p. 121.

⁴⁹ Rechtsphilosophie, 3. Aufl. (1932) p. 30 ff.

⁵⁰ L.c. (note 5) p. 353 ff.

⁵¹ Die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1936), *Bernd Rüthers*: Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (1968).

⁵² Se ovf. note 41.

⁵³ Lehrbuch des Verwaltungsrechts (8. Aufl. 1961).

⁵⁴ *Stig Jørgensen*: Vertrag und Recht (1968) p. 70 ff. (Acta Jutlandica XXXVIII:1 (1966) p. 18 ff.)

Den nyere tyske af Viehweg lancerede *topik* er beslægtet med den typologiske metode.⁵⁵ Også topikken, og den moderne argumentationsteori, opererer med åbne begreber og et bevægeligt retssystem. Udgangspunktet for argumentationen er dog ikke af begrebsmæssig karakter. Strengt taget anerkender topikken ikke eksistensen af et retssystem. De enkelte retsproblemer er udgangspunktet for den retlige argumentation, der tager sit udgangspunkt i såkaldte loci (steder), der netop er typer af argumenter, som traditionelt er egnet til at påvirke de retsanvendende myndigheder. Topikken er for såvidt nærmest beslægtet med den tyske friretsskole, den amerikanske realisme og den af *Bolding*⁵⁶ forsvarede almindelige samfundsvidenskabelige argumentationsmodel. — Slægtskabet mellem de forskellige retsmetoder findes personificeret i den fremtrædende tyske jurist *Josef Esser*, der oprindeligt var arvtager til den Heck'ske interessejurisprudens; i sin *Schuldrecht* (1. udg. 1960, kap. V) anlægger Esser en typologisk metode, mens han i sine senere værker — tildels efter omfattende komparativretlige studier — delvis accepterer den topiske metode. I sine komparativretlige studier finder Esser en bekræftelse på den nykantianske (Radbruchs) kombination af apriorisk-formelle retsprincipper med relativiserende materielt indhold.⁵⁷ Esser er endelig hovedrepræsentanten for den nye værdifilosofi.⁵⁸

VII. Nordisk retsvidenskab.

Allerede i slutningen af forrige århundrede havde *Ernst Møller* imidlertid i sin bog: *Bristende forudsætninger* (1894) anvendt typebegrebet i sin forudsætningslære. De sædvanligt forekommende standardforudsætninger kaldte Ernst Møller typeforudsætninger. I sin videre fremstilling anvender Ernst Møller iøvrigt en renlivet typologisk metode, for så vidt som han tager sit udgangspunkt i de almindeligt forekommende livsforhold og situationer. Med dette indi-

⁵⁵ *Topik und Jurisprudenz* (1953), se *Stig Jørgensen*: *Vertrag und Recht* (1968) p. 94 ff. (*Acta Jutlandica* XXXVIII:1 (1966) p. 36 f.), *Argumentation and Decision* (l. c. note 17) v. note 20.

⁵⁶ *Juridik och Samhällsdebatt* (1968).

⁵⁷ *Grundsatz und Norm* (1956) p. 44 ff., 53, 218 ff., 267 f., *Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil* (1965) og ovf. p. 156.

⁵⁸ Se *Larenz*: *Methodenlehre* (note 5) p. 122 ff.

vidualiserende udgangspunkt foretager han derefter en standardiserende analyse af de sædvanligt forekommende relevante interesser og motiver, som kaldes typeforudsætninger, og som normalt må være relevante ved fortolkningen og udfyldningen af de kontraherende parterers retlige forpligtelser ved de forskellige kontraktstyper. Ernst Møller selv redegør ikke for sine forudsætninger i teoretisk henseende, og han anfører ingen principiel begrundelse for valg af metode. Det er imidlertid karakteristisk, at Ernst Møllers forudsætningslære netop er et opgør med Julius Lassens på Windscheids subjektive og på viljesprincippet byggede almindelige forudsætningslære, som når sine resultater gennem en fortolkning af viljen og dennes begrænsning. Mens den tidligere forudsætningslære altså tog sit udgangspunkt i et almindeligt begrebsapparat bygget på almindelige principper og førende til de konkrete resultater gennem en formal-logisk deduktion, tog Ernst Møllers forudsætningslære sit udgangspunkt i de typiske livsforhold og disses individuelt-standardiserede behov. — Som bekendt byggede *Ussing*⁵⁹ videre på den Møllerske forudsætningslære ligesom *Ussing* iøvrigt i sit forfatter-skab ofte anvendte en typologisk metode. *Ussing* modificerede i høj grad Lassens principielt deduktive obligationsret, som med anvendelse af hjælpebegreberne: «omsætningens sikkerhed» og «reale hensyn» blev splittet op i en række typiske situationer, for hvilke løsningen fandtes gennem afvejelsen af de modstående reale hensyn. I metodisk henseende er *Ussing* her påvirket både af den tyske interesse-jurisprudenz og af *Viggo Bentzons* almindelige retslære (jfr. ovf. p. 154). Man vil såvel hos *Viggo Bentzon* som hos *Ussing* ofte desuden finde en henvisning til den almindelige retsfølelses krav.⁶⁰ En endnu mere principiel accept af den almindelige retsfølelse og af de retlige afgørelseres karakter af alogiske vurderinger og af et intuitivt skøn finder man hos *G. Astrup Hoel*,⁶¹ der for sit vedkommende har rødder tilbage i den tyske Freirechtsschule, som ikke anerkender eksistensen af almindelige regler, men kræver, at de enkelte tilfælde skal afgøres efter en vurdering af de i dette implicerede konkrete

⁵⁹ Bristende forudsætninger (1918) især p. 52 ff., Aftaler (2. udg.) 1950 p. 432 ff.

⁶⁰ Bristende forudsætninger p. 182 f., 206, Aftaler p. 432 ff., *Bentzon: Skøn og Regel* (1914) p. 38 ff., 58 f. 70.

⁶¹ Den nordiske Retsmetode (1928).

hensyn. — Endnu et tidstypisk træk er *Knophs* almindelige standardlære. For Knoph er retsreglerne i høj grad præget af moralske værdier. Erkendelsen af, at lovgiveren har svært ved at finde den rette løsning på det moderne livs forskelligartede forhold, fører til opstilling af de såkaldte «*retlige standarder*», som indeholder en almindelig blankethenvisning for dommeren til almindelige ikke-retlige vurderinger (almindelig hæderlighed, Aftl. § 33, god forretningsskik, Gbl. § 8, god forsikringsskik, FAL § 34, retsstridig tvang. Aftl. § 30 o.s.v.).⁶² — I denne forbindelse må også nævnes udviklingen i den almindelige sprogvidenskab og sprogfilosofi, som fremhæver sprogets *open texture*, d.v.s. sprogets mangetydighed og overskudsbetydning, som følge af hvilken sproget kan anvendes også på fremtidige, ikke tidligere forudsatte situationer, og den i sproget liggende erfaring kan erkendes gennem et nøje studium af sproget og dets brug.⁶³ De enkelte sproglige udtryk har dog en *kernebetydning*, hvorimod usikkerheden stiger jo længere man kommer bort fra denne kerne (jfr. ovf. p. 148). En ejendommelig parallel hertil er det Heck'ske begreb. Ph. Heck taler om en «*Begriffskern*» og en «*Begriffshof*». Begrebskernen er den sikre leksikalske betydning, hvorimod «*Begriffshof*» er de betydningsmuligheder, hvis anvendelse afhænger af en pragmatisk (teleologisk) fortolkning, d.v.s. en afvejning af de implicerede interesser.

I nyere nordisk retsvidenskab bygger man videre på en individualiserende typologisk metode uden nogen principiel analyse af dens problematik og slægtskab med andre realistiske metoder.⁶⁴

Arnholm har ved en lejlighed fremsat udtalelser om en retsviden-

⁶² Forbindelsen mellem standardtænkningen og den typologiske tænkning behandles ovf. p. 153.

⁶³ *Hart*, *Concept of Law* (1961) p. 120 ff., om retsreglernes «open texture», *Ross*, l.c. (note 13) p. 132 ff., *Ekelöf*, SvJT 1966.497 ff.

⁶⁴ Selv ikke *Andenæs* og *Ekelöf* (note 35—36) synes at have gjort problemstillingen klar for sig; den finske forfatter *Otto Brusiin* har i sine værker «Über das juristische Denken» (1951) og «Zum Problem des immateriellen Schadens» (1966) anvendt en fænomenologisk-intuitiv typologi; se også *Folke Schmidt*, SvJT 1959.497 (Typfall, Partsavsikt og Partsculpa) og *J. Sundberg*: SvJT 1961.11 ff. — Af andre nordiske forfattere, der har anvendt en typologisk metode, kan — foruden jeg selv note 26) — nævnes: v. *Eyben*, l.c. (note 33), *Hurwitz*, l.c. (note 24), *K. Grönfors*: Om Trafikskadeansvar (1952), *J. Hellner*: Om obehörig vinst (1950) (p. 236) og mange flere.

skabelig metode, der i mange henseender er beslægtet med dem, der er kommet frem i analysen af typebegrebet og den typologiske metode.⁶⁵

«...man trenger å avgrense spørsmålsfeltet, å sette portstolper for det stoff man vil behandle.

Dette betyr ikke at man skal søke de knivskarpe grenser. For det første må man regne med «virkelighetens kontinuitet»; det er en jevn overgang mellom de tilfelle hvor man med full grunn kan tolke en manns taushet som bevisst samtykke, og de tilfelle hvor tausheten får virkninger helt uavhengig av om den med rimelighet kan oppfattes som uttrykk for et bestemt ønske; og det kan være en temperamentssak om man velger å plasere et konkret grensetilfelle på den ene eller den annen side av skillelinjen. For det annet kan det være praktisk at man på enkelte punkter av fremstillingen trekker inn forhold man ellers holder utenfor, fordi de kaster lys særskilt over det man behandler nettopp der. Og ikke minst må man regne med at rettsdoktrinen bare rekker å behandle en del typetilfelle, og heller ikke behøver å ta sikte på mer. Det ville bære galt av sted, hvis man trodde det var mulig å trekke opp et rutenett på forhånd, og gjøre det på en slik måte at alle tenkelige tilfelle dermed var plassert i sin rute. Det er ikke slik man behersker rettsstoffet. En fremstilling som tok sikte på å skildre alle muligheter ville ikke bare bli uformelig; den ville også bli direkte farlig fordi ingen fantasi kan forestille seg alle de tilfelle livet senere måtte skape, og fordi ingen forfatter vil ha et slikt kraftoverskudd at han rekker å gi en virkelig behandling av alle de mulige tilfelle som streifer hans fantasi. I virkeligheten ville fremstillingen bli fattig i kraft av selve sin rikdom. Metoden må nødvendigvis bli en annen. Man befester de strategisk viktige punkter, man drøfter grundig de praktisk og prinsipielt viktige tilfelle; og fra sine faste posisjoner behersker man også det «ingenmannsland» som ligger mellom dem — når man er sikker i typetilfellene, og vel å merke vet at de ikke er mer enn typetilfelle, klarer man seg i de atypiske tilfelle; og man klarer seg iallfall bedre enn om man på forhånd lager seg et skjema som man kritikkløst søker å bruke overalt.»

⁶⁵ Alminnelig Avtalerett (1949) p. 20 f.; inspirationen er i et vist omfang hentet hos de amerikanske realister, der undertiden betegner retsregler og prinsipper som «sign posts», der angiver retningen, mens der først etter længere tids færdsel kan optegnes et kort over hele landskapet, se f. eks. *Jerome Frank: Law and the modern mind* (1930) p. 188, jfr. også *Larenz, l.c.* (note 5), der taler om retsprinsipperne som «Wegweiser»; se også *Arnholms* omtale af Solheims ejendommelige retslære i TfR 1957.1 ff. og 1954.

Arnholm har andetsteds⁶⁶ udtalt sin tilslutning til nødvendigheden af at opretholde interessen for begreber, almindelige grundsætninger og konstruktive sammenfatninger. Ikke alene risikerer man ellers at miste overblikket over retsstoffet, derved at man ikke kan se skoven for bare træer; men de grundlæggende retlige, sociale og politiske vurderinger er impliceret i det overleverede begrebs- og regelsystem på en sådan måde, at afgørende hensyn til samfundets generelle politiske målsætning, forudberegneligheden, trygheden og den formelle retfærdighed ville gå tabt, såfremt man ikke søgte med konsekvens at opretholde det i regelsystemet indbyggede værdihierarki. Det gælder for typikken som for topikken, at den ikke i sig selv sikrer en betryggende retsanvendelse.⁶⁷ Skønnet må have sin plads, men reglen må ikke vige.⁶⁸ Realismen må ikke udarte til principløs realisme.

⁶⁶ Panteretten (1942) p. 379 ff.

⁶⁷ Stig Jørgensen: Vertrag und Recht, (note 39) p. 96 (Acta Jutlandica XXXVIII:1 (1966) p. 37).

⁶⁸ Den omvendte formulering anvendes af v. Eyben, Fuldmægtigen, 1949 l.c. (note 33), p. 143 med tilslutning til Bentzon.

NORM OG VIRKELIGHED

I. Begrebet norm.

Det er naturligt at angribe overskriftens tema som et filosofisk problem. Dette vil — så vidt jeg forstår det — sige, at man stiller spørgsmålet om, hvad fænomenerne norm og virkelighed er for noget, og hvordan relationen er mellem dem. Det vil igen sige, at man må foretage en logisk analyse af begreberne og relationen mellem dem. Her er det videre rigtigt at begynde med at undersøge, hvordan ordene norm og virkelighed anvendes.

1. Norm.

Jeg vil begynde med ordet eller begrebet *norm*, idet begrebet *virkelighed* i hvert fald for mig er sværere at binde an med. Indledningsvis vil jeg også gerne sige, at jeg har svært ved at nå frem til en præcis definition af normbegrebet. Det går med dette som med mange andre begreber, at man må sige med den engelske videnskabsmand: «I can't define an elephant, but I know him when I see him.» I det hele taget er det tvivlsomt, i hvilket omfang man skal lade sig terrorisere af den logiske empirismes strenge krav om præcise definitioner. I de humane og sociale videnskaber er det ofte ikke muligt eller fornuftigt at stille et sådant præcisionskrav, da man her i meget vidt omfang betjener sig af og er nødt til at betjene sig af dagligsprogets upræcise ord og begreber, og da man beskæftiger sig med fænomener, som ofte kun kan gribes gennem sådanne sproglige udtryk og begreber, som ikke har nogen fast referens til ydre i naturen eksisterende genstande eller processer.

Efter min opfattelse er det vanskeligt at give en præcis og dækkende definition af begrebet norm, som anvendes i mange forskellige betydninger.

I sociologien anvendes begrebet norm undertiden som betegnelse for de adfærdsmønstre eller regler, som man ved analyse af den sociale adfærd mener at kunne isolere, mens man i socialpsykologien ofte anvender betegnelsen om en gruppes eller et samfunds udtrykte krav eller forventninger med hensyn til individets eller gruppens adfærd i samfundet. I etikken eller morallæren anvendes begrebet undertiden som betegnelse for de moralske forestillinger, som individet eller grupper af individer har dannet sig om, hvilke krav eller fordringer, der må stilles til individernes handlinger. Begrebet norm kan altså opfattes både deskriptivt og præskriptivt. Normen kan være udtryk for det normale i den faktiske virkelighed, og den kan være udtryk for noget ønskeligt. — I første henseende er udsagn om normen en teoretisk sætning, i sidste henseende en praktisk sætning. — Retssociologien, retsetnologien, retshistorien og tildels den komparative retsforskning beskæftiger sig med normbegrebet i førstnævnte forstand, hvorimod den dogmatiske retsvidenskab på samme måde som moralvidenskabens beskæftiger sig med normbegrebet i sidstnævnte forstand. Den dogmatiske retsvidenskab er dog ikke af den grund en metafysisk videnskab, men en empirisk videnskab, idet den beskæftiger sig med retsnormerne som empiriske størrelser. Genstanden for denne del af retsvidenskabens er imidlertid ikke individers og gruppers faktiske «normale» adfærd, men normerne for deres adfærd. Den dogmatiske retsvidenskab beskæftiger sig bl.a. med teoretiske sætninger om, hvad der er «gældende dansk ret». Hvad ret og retsnorm egentlig er, er imidlertid ikke et retsdogmatisk, men et retsteoretisk eller retsfilosofisk spørgsmål. Retsnormerne kan ikke være sætninger om eller påstande om, at en regel gælder, idet retsreglen eller retsnormen netop er den dogmatiske retsvidenskabs genstand. Retsnormen er vel sædvanligvis udtrykt i sproget, men kan ikke være identisk med det sproglige udtryk herfor, hverken retsvidenskabens påstande eller juristens normative brug af reglen. F.eks. er et færdselssignal eller et andet tegn også at betragte som en retsnorm, selv om det ikke har fået noget sprogligt udtryk. Normen kan heller ikke være identisk med de forestillinger eller de billeder eller ideer, som man danner sig om normen.

Hvilken kategori af fænomen normer derfor er, er vanskeligt klart at præcisere. I den nyeste teori har man været tilbøjelig til at definere normer ved: direktiv eller forskrift. Med anvendelsen af begrebet direktiv har man nærmest villet angive, at normen har til formål at dirigere og ikke beskrive menneskelig adfærd.¹ Når jeg foretrækker at anvende betegnelsen forskrift, er det fordi det er muligt at opfatte en norm som en forskrift både for menneskelig adfærd og for de mentale processer, som styrer den menneskelige adfærd. Som det vil fremgå af det følgende, har en nyere retning inden for retsfilosofien villet lægge hovedvægten på retsreglernes eller normernes betydning for beslutningsprocessen, og også betragtet dem som styringsregler (eller slutningsregler) for de mentale processer, som fører frem til en beslutning.² Normer opfattet som forskrifter er altså fænomener af samme kategori som andre forskrifter, f.eks. mønstre, arbejdstegninger, modeller o.lign.³

2. Retsnorm.

Hvis vi går ud fra, at vi her har givet en foreløbig definition eller beskrivelse af den generelle norm som et fænomen *sui generis* og givet den betegnelsen forskrift, bliver det næste spørgsmål for en jurist: hvad er da en retsnorm?

a. Relativitet. I den hidtidige teori har man været tilbøjelig til at give en entydig eller monistisk definition. Efter min opfattelse er det ikke muligt at give en sådan entydig definition, og i min bog: *Ret og Samfund* (se note 3) har jeg forsøgt at argumentere for en relativistisk opfattelse af retten og angivet flere forskellige betydninger svarende til forskellige relationer, hvori man kan forholde sig til retten.⁴ Forskellige personer eller rollehavende kan have forskellig interesse i de retlige fænomener og kan derfor have behov for at have forskellig indstilling til retsbegrebet. Så meget kan man sige, at normbegrebet har relation

¹ Alf Ross: *Directives and Norms* (1968), *Om Ret og Retfærdighed* (1. udg. 1953) p. 18.

² Gidon Gottlieb: *The logic of choice* (1968).

³ Stig Jørgensen: *Ret og Samfund* (Berlingske Leksikon Bibliotek nr. 42), (1970).

⁴ I.c.p. 28 ff.

til mennesker og til menneskelige samfund eller grupper og til relationerne mellem mennesker. Selv om dyrene har et adfærdsliv, er dette dirigeret af instinkter, som kun i ringe omfang giver de enkelte individer mulighed for at vælge deres handlinger frit. Menneskene har derimod et større mål af handelfrihed, et sprog, og dermed evnen til at skabe kultur. Normerne er det redskab, hvormed menneskene løser de opgaver, som instinkterne har hos dyrene. I denne forstand er normerne og reglerne et kulturelt fænomen og også i en eller anden forstand et sprogligt fænomen.

b. Sociale forskrifter. Normerne er alle sociale forskrifter. Det er derfor væsentligt at sondre mellem retsregler og andre sociale forskrifter, herunder konventionelle og moralske normer. Det er ikke alene i praksis, men også analytisk vanskeligt at sondre mellem retsregler og andre sociale normer.⁵ Retsetnologisk og retshistorisk set er sontringen til tider meningsløs, idet såvel retlige som moralske og konventionelle normer har deres udspring i samme religiøse eller magiske forestillinger. Først på senere kulturelle udviklingstrin har de retlige og moralske normer udviklet sig hver for sig i tilslutning til særlige institutioner. For retsreglernes vedkommende er det rimeligt at se disse i relation til udviklingen af den mekanisme, som samfundet råder over til løsning af konflikter. Oprindeligt har en uformel mægling, senere en mere formel men privat voldgift været ramme om konfliktløsning. Senere med den stigende samfundsorganisation har særlige offentlige domstole overtaget denne rolle. Samtidig har særlige sociale og politiske organer, høvdinge, konger, parlamenter, råd og nævn overtaget en del af den normproducerende funktion. Sædvanen må betragtes som den primære historiske retskilde, og endnu i dag spiller sædvanen en stor rolle for retsproduktionen. Et stort problem har det været og er det stadig at skelne mellem faktiske vaner og egentlige retssædvaner. — De første er adfærdsmønstre, man faktisk følger, de sidstnævnte er adfærdsmønstre, man er forpligtet til at følge. —

⁵ Se til det følgende, Ret og Samfund p. 40 ff, *P. B. Bohannan: Social Anthropology* (1966), *M. Barkun: Law without Sanctions* (1968).

Specielt mellem ret og moral er der stadig væsentlige strukturelle og institutionelle forskelle, der dog ikke forhindrer et intimt sammenspil mellem ret og moral. I strukturel henseende består forskellen især deri, at retsnormerne må forstås som led i et større regelsystem, der angår alle et samfunds medlemmer, medens de moralske normer i et ikke ringe omfang er individuelle og usammenhængende. Retsreglerne og specielt lovreglerne er endvidere ofte mere præcist udformede. I institutionel henseende er der i nutiden den forskel, at særlige domstole administrerer retsnormerne, mens de moralske normer udelukkende sanktioneres for samvittighedens domstol. — Retsnormerne skabes i nutiden i standardtilfældene af visse offentligt institutionerede organer, parlament, administration, domstole (mens de moralske normer dannes uden sådanne officielle institutioner). — Mens retsnormerne indgår i et til en vis grad sluttet system, står moralnormerne principielt uden for systemet, medmindre de generelt gennem forfatningen eller specielt gennem lovgivningen eller på anden måde er inkorporeret heri. Retssystemet henviser i ikke ringe grad til uden for systemet liggende moralske vurderinger, som derigennem bliver en del af systemet. Derved bliver retssystemet dog ikke moralsk, lige så lidt som moralen bliver ret.

c. Retsteorier. Teorierne om rettens begreb kan groft inddeles i tre grupper: (1) *metafysiske teorier*, (2) *formalistiske teorier*, og (3) *realistiske teorier*.

(1) De førstnævnte, som ofte går under betegnelsen naturret-lige teorier, skal jeg ikke opholde mig nærmere ved her, idet de stort set er forladt, og ikke har nogen videnskabelig interesse.

(2) De formalistiske teorier har især interesseret sig for retsnormernes gyldighed og deres struktur.⁶ Man har derfor især rettet opmærksomheden mod begrebet kompetence og har opfattet reglerne som led i et hierarkisk system af normer, der udledes af hinanden på et højere og højere abstraktionsniveau for hos Hans Kelsen at ende med den såkaldte grundnorm, der som bekendt ikke er et empirisk eller moralsk, men et logisk

⁶ Ret og Samfund p. 33 ff.

postulat. Det er ikke en nødvendig, men en naturlig konsekvens af en sådan retsopfattelse, der ikke er forankret i realiteterne eller i etiske værdiforestillinger, at lægge afgørende vægt på de retlige sanktioner og at opfatte retten som officielt sanktionerede direktiver. I de fleste tilfælde førte denne retsopfattelse tillige til den antagelse, at retssystemet er et konsistent modsigelsesfrit og udtømmende system af normer, hvorfra afgørelsen i det enkelte tilfælde af faktiske eller hypotetiske retskonflikter kan udledes ved en simpel deduktiv virksomhed, hvorved den relevante retsnorm udgør oversætningen, den faktiske sagsbeskrivelse undersætningen, og den retlige beslutning konklusionen. En sådan retsopfattelse, der især er egnet til at understrege sikkerheden og trygheden i samfundsforholdene, og som i det hele er regelorienteret, opstår ikke ved nogen tilfældighed især i samfund på et relativt uudviklet stade, hvor autoritære styringsformer er nødvendige eller dog hensigtsmæssige. Den her beskrevne retsopfattelse var den gængse i det kontinentale Europa i det 19. århundredes første 4/5 og gik senere under betegnelsen *begrebsjurisprudens* på grund af dens overdrevne tro på almenbegrebernes værdi. En variant af denne opfattelse finder man også hos den engelske retsfilosof Austin i forrige århundrede, der betragtede retsreglerne som befalinger, en opfattelse, som vi også finder hos den nyere svenske retsfilosof Karl Olivecrona, der forkaster Austin's subjektivistiske befalingsteori, og i stedet opererer med en upersonlig variant, det fritstående imperativ.⁷ Mod imperativ-teorien har nyere formalister indvendt, at man overser retsreglernes systematiske karakter. Kelsen, Hart og Ross har hver især betonet retsreglernes systematiske karakter og betydningen af, at den enkelte regel forudsætter den systematiske helhed og omvendt. Ross er imidlertid en overgangsskikkelse, for så vidt som han ikke alene lægger vægt på reglernes systematiske karakter, men også er inspireret af de skandinaviske og amerikanske realister. Ross opfatter vist nærmest retsreglerne som den ideologi, som faktisk besjæler dommerne, men en ideologi, som man kun kan få faktisk indsigt i ved at iagttage deres ydre adfærd, ideologien benyttes som

⁷ Rättsordningen (1966) p. 113 ff.

tydningsskema, der igen kan anvendes som grundlag for forudsigelser om domstolenes fremtidige adfærd.⁸

(3) Mens formalisternes retsmodel altså er reglen og den analogi, man bygger på, oftest er spilleregler, såvel skakspil som tennisspil, benytter *realisterne* en anden model og en anden analogi. De såkaldte realistiske teorier interesserer sig ikke så meget for reglernes gyldighed som deres faktiske gælden, d.v.s. den grad, hvori de har sat sig igennem i menneskelige forestillinger eller i menneskelig adfærd. Den model, man benytter sig af, er en prognosemodel og analogien, man betjener sig af, er samfundsvidenskabernes eller naturvidenskabernes verifikations-teori. Retsreglerne er hypoteser, som skal verificeres ved undersøgelse af befolkningens eller især dommernes adfærd. Der findes forskellige variationer indenfor realistiske modeller, f.eks. den rent regelnihilistiske amerikanske realisme fra 30'erne, den tyske friretsbevægelse fra omkring århundredskiftet og forskellige ældre og nyere varianter af sociologiske eller samfundsvidenskabelige retsopfattelser. Mens Ross som sagt især interesserer sig for den faktiske adfærd, har Illum gjort sig til talsmand for en opfattelse, der er baseret på borgernes retlige forestillinger. Mens Ross i særlig grad knytter retsbegrebet til domstolenes virksomhed, fremhæver Illum især den juridiske videnskabsmands funktion som talerør for den folkelige retsbevidsthed.⁹

d. Rolleteori. Jeg kan desværre ikke her komme ind på en nærmere gennemgang og kritik af de forskellige retsteorier og de forskellige varianter indenfor disse, men blot i al almindelighed i tilslutning til den amerikanske retsteoretiker Leon McBride henvise til, at disse to hovedvarianter, den formelle og den realistiske, bygger på hver sin model og hver sin analogi, og hver for sig har gyldighed, i det omfang modellerne og analogierne har gyldighed.¹⁰ Det vil fremgå af det følgende, at

⁸ Stig Jørgensen: *Argumentation and Decision*, Festskrift til Alf Ross (1969) p. 261 ff., *samme*: *Grundzüge der Entwicklung der Skandinavischen Rechtswissenschaft*, *Juristenzeitung*. 1970, p. 529 ff.

⁹ Ross: *Om Ret og Retfærdighed* p. 51 ff., *Illum*: *Lov og Ret* (1945) p. 43 ff.

¹⁰ Leon McBride: *The essential role of models and analogies in the philosophy of law*, *New York University Law Review*, 1968, p. 53—87.

heller ikke jeg anser sådanne modeller og analogier for at have nogen almen gyldighed. De kan kun beskrive og gribe fragmenter af den sociale virkelighed og kan derfor kun have samme relative gyldighed. Specielt den formalistiske model har den mangel, at den ikke interesserer sig for og ikke har mulighed for at give anvisninger for, hvorledes man træffer retlige beslutninger. Fortalerne for denne retning har da også alle og især Kelsen afvist enhver tale om at skulle beskæftige sig med forholdet til virkeligheden. De realistiske modeller har på den anden side interesseret sig i for høj grad for de retlige beslutninger og har forsømt at tage hensyn til rettens systematiske karakter. Som allerede nævnt har retten det dobbelte formål at betrygge sikkerheden i samfundet og sikre overskueligheden og forudberegneligheden af den menneskelige sociale adfærd, og samtidig sikre et vist mål af frihed og tilpasning til ændrede samfundsforhold. En virkelig realistisk retsopfattelse må derfor søge at tilgodese såvel hensynet til retsreglernes systematiske karakter som hensynet til at vejlede den retlige beslutningstager. Jeg skal blot her antyde, at man må betone retsbegrebets funktionelle aspekt: hvad skal man bruge retsbegrebet til? Og der er som antydnet forskel på de roller, som de enkelte retlige agerende skal spille i samfundslivet. Vi må holde fast ved retsbegrebets relative karakter.¹¹ Man kan ikke ved at opstille et enkelt begreb løse alle de almene problemer, der har relation til forståelsen af retsbegrebet. Retten er hverken et system af normer, en forudsigelse af myndighedernes adfærd, befalinger til myndighederne eller borgerne, en almindelig retsopfattelse eller ideologi, en faktisk regelmæssigt fulgt adfærd, sanktionerede forholdsnormer, spilleregler, slutningsregler, eller skik og brug i et retshistorisk eller kulturvidenskabeligt mønster. Retten er det hele på én gang. — De forskellige definitioner er i virkeligheden udvælgelsen af en enkelt relation, som derefter gennem en uberegtiget generalisering gøres til et udtryk for, hvad retten som helhed er. De forskellige modeller og analogier, der anvendes til at sammenfatte og forklare retsbegrebet, er blot en billedlig anskuelsesform med alle de begrænsninger i henseende til præci-

¹¹ *Felix Cohen: Field theory and judicial logic*, 59, *Yale Law Journal* p. 238, *Stig Jørgensen: Ret og Samfund* p. 38 f.

sion og kompleksitet, en sådan rummer. Indholdet af retsbegrebet i den enkelte situation hænger sammen med arten af det stillede spørgsmål, hvilken igen er afhængig af den rolle, som den implicerede retlige aktør spiller. Mens det er naturligt, at den rådgivende advokat interesserer sig for sandsynligheden i en prospektiv retsafgørelse, er det lige så selvfølgelig, at dommeren i højeste instans ikke kan være tilfræds med en definition af dette indhold, men må interessere sig for informationer fra autoriserede retskilder. Videnskabsmanden er interesseret i retten som et system af normer, retssociologen i menneskenes faktiske retlige adfærd, og politikerens og embedsmændens må interessere sig for retten som socialt styringsmiddel og dermed som et sanktioneret magtsystem, mens retshistorikeren, retsetnologen og folkeretsjuristen ikke har den samme interesse for formelle retskonstituerende og retssanktionerende institutioner. På den anden side ville det være meningsløst at definere retshistoriens og folkerettens objekt ud af retsbegrebet af denne grund. Den valgte definition har som antydning ofte en programmatisk og ideologisk orientering. Det er som nævnt klart, at en befalingsteori bedst harmonerer med den autoritære samfundsopfattelse, mens en sociologisk orienteret funktionel retsteori harmonerer med et teknologisk samfundssyn, hvor statens opgave er en form for social engineering.

II. Erkendelse og virkelighed.¹²

I det foregående har vi beskæftiget os med begrebet norm og retsnorm. I det følgende vil jeg opholde mig nærmere ved begrebet virkelighed, og hvad jeg har kaldt retsvidenskabelig erkendelsesteori. En side af den nutidige samfunds- og videnskabsdebat vedrører den positivistiske, tildels naive videnskabsopfattelse, at indsamling og bearbejdelse af fakta foregår og kan foregå objektivt og forudsætningsløst. Ved en sådan virkelighedsopfattelse og en sådan videnskabsteori tager man ikke tilstrækkeligt hensyn til vilkårene for menneskelig erken-

¹² Se til det følgende *Ret og Samfund* p. 16 ff., og *Stig Jørgensen: Typologi og realisme, Nordisk Gjenklang, Festskrift til C. J. Arnholtz* (1969) p. 143 ff. med henvisninger.

delse. Også indenfor naturvidenskabernes erkendelsesteori anerkender man i dag, at virkeligheden principielt er grænseløst kompleks, og at det ikke er muligt at give en entydig beskrivelse af nogen del af virkeligheden, idet man ved at vælge et perspektiv for sin iagttagelse ikke alene vilkårligt afgrænser sit iagttagelsesfelt i forhold til virkelighedens kontinuum, men ved at anvende et sæt begreber og et sæt redskaber også principielt afskærer sig fra samtidig at iagttage og beskrive andre mulige sider af tilværelsen. Vor erkendelse er altså afhængig af det spørgsmål, vi stiller og dermed af vor interesse i at stille spørgsmål. Menneskene stiller kun de spørgsmål til den uendelige tilværelse, som de er i stand til og interesseret i at stille. Vort billede af tilværelsen er derfor kun et af uendeligt mange forskellige mulige billeder. Hvordan tilværelsen «egentlig er», er et metafysisk spørgsmål, som mennesket fra Platon til Kant altid har stillet sig. For at give udtryk for den opfattelse, at den totalt forudsætningsløse virkelighedsopfattelse er en umulighed, greb såvel Platon som Kant til en digterisk henvisning til ideerne, som lever deres eget uforstyrrede liv udenfor vor erkendelsesverden. For vor tids videnskab er det mere nærliggende og nøgternt at henvise til erkendelsens relativitet og interessebundethed.

1. Almenbegrebet.

En af menneskets tilsyneladende fundamentale interesser er at forstå og forklare sin tilværelse for derigennem at kunne få orden i kaos. Dette gælder såvel det enkelte menneske som menneskeheden, der ved hjælp af hvad man kan kalde videnskab, søger en sådan sammenhæng, som er dikteret dels af menneskets fundamentale behov og dels af mere varierede politiske og ideologiske værdipræmisser. Denne sammenhæng opnås ved hjælp af forskellige redskaber, som alle må medvirke til at omsætte vore sanseindtryk i videste forstand til et sprog, som kan bearbejdes af vor intellektuelle bevidsthed. Dette sprog må ligesom ethvert andet sprog være et symbolsprog, d.v.s. et tegn, der på en eller anden måde repræsenterer fænomener i abstrakt form. Vore sanseindtryk må for at kunne gøres til genstand for en intellektuel bearbejdelse oversættes til begreber, d.v.s. tanke-

mæssige abstraktioner eller billedannelser, der, ved at vi isolerer forskellige elementer i fænomenerne efter visse kategorier, sætter os i stand til at inddele fænomenerne i klasser, der afgrænses i forhold til hinanden. Herigennem sættes vi i stand til at generalisere, til at påvise ligheder og forskelle, til at drage logisk bindende slutninger, og til at udtale os om lovmæssigheder; med andre ord sætter dannelsen af almenbegreber mennesket i stand til at opstille syntetiske begrebssystemer. Denne klarhed og konsekvens vindes imidlertid på bekostning af andre mulige forklaringsmønstres anvendelse. Almenbegreberne isolerer visse begrebselementer og adskiller det, som er et kontinuum. Den logisk-deduktive slutningsmetode er kun mulig indenfor et vilkårligt afgrænset begrebssystem, og altså kun på områder, hvor vi i forvejen har gjort erfaringer, som er oversat i de i forvejen kendte og anerkendte sprog. Derigennem er mulighederne for at gøre nye erfaringer vanskeliggjort, idet vi vanemæssigt ser det, vi er vant til at se, og for den sags skyld hvad vi ønsker at se. Skal vi kunne gøre nye erfaringer, d.v.s. erfaringer, som ikke kan oversættes i det overleverede begrebssystem, må det ændres, hvilket ikke kan ske ad formal-logisk vej, d.v.s. indenfor systemets grænser, men må forgå ved en principielt herfra forskellig virksomhed. Her berører vi et centralt punkt i al erkendelse. Det kan umiddelbart forekomme indlysende, at vor sædvanlige såvel dagligdags som videnskabelige bearbejdelse af tilværelsen i det sproglige og videnskabelige begrebssystem er en vurderingsfri logisk virksomhed. Herved overser man imidlertid den omstændighed, som har haft overordentlig stor betydning for den retsvidenskabelige teori, nemlig at der i enhver anvendelse af et begrebssystem på virkeligheden må ske en oversættelse, en kvalifikation eller en konkretisering af fænomenerne i forhold til de intellektuelle begreber. Heri ligger et principielt valg, en alogisk vurdering, hvad enten den sker intuitivt eller bevidst i forhold til visse kriterier. Enhver vil kunne anerkende, at Rold skov er en skov, men er to eller tre træer en skov, eller hvor mange træer skal der være, og hvilke andre kriterier skal være opfyldt? Dette hænger sammen med dagligsprogets principielle vaghed og mangetydighed, der også understreger, at ethvert begreb har en betyd-

ningskerne og en betydningsomkreds. Det er disse iattagelser, som har fort mange til at operere med et typebegreb som et modstykke til almenbegrebet.

2. Typebegrebet.

I modsætning til sidstnævnte skulle typebegrebet ikke have til formål at afgrænse elementer i tilværelsen fra hinanden gennem skarpe og undtagelsesfrie kriterier, men derimod at bygge bro mellem elementerne i tilværelsens kontinuum ved at inddele denne ikke efter arten, men efter intensiteten af elementerne. Går man ud fra et almenbegreb, er en samling af træer enten en skov, eller også er den det ikke. Går man ud fra et typebegreb, kan en trægruppe i højere eller lavere grad være en skov. Mens den til almenbegrebet knyttede slutningsmetode var logisk induktiv eller deduktiv, er en sådan ikke mulig ved anvendelsen af et typebegreb. Skal man kvalificere et sæt fakta under et typebegreb, kan man derfor ikke subsumere, d.v.s. efter en isolering og optælling af begrebelementer med sikkerhed henføre fakta under begrebet. Man må i stedet gennem en vurderende proces tage stilling til, hvilken af forskellige typer tilfældet ligner mest. Den principielle tænkemåde bliver derfor ikke subsumption, men analogi eller askription. Det er vanskeligt at udtale sig med sikkerhed om betydningen af disse to forskellige tænkeformer. Der er ingen tvivl om, at den logiske tænkning ved hjælp af almenbegreber er og har været af uvurderlig betydning for menneskets udvikling, især dets tekniske udvikling. På den anden side er det vigtigt at erkende den heri implicerede begrænsning i erfarings- og interessefeltet. Omend det naturligvis er muligt at vinde ny erkendelse gennem induktiv eller deduktiv anvendelse af begrebssystemet eller en teori gennem efterprøvelse af dennes konsekvenser på virkeligheden, er der som sagt en nærliggende fare for, at det valgte begrebs- og teorisystem hæmmer udviklingen og ny erkendelse. Meget tyder på, at det ikke er muligt for mennesket at vinde ny erkendelse uden ved hjælp af kendte modeller, teorier eller billeder, der derefter ofte langsomt ændrer betydning og indhold. Kommer mennesket og videnskaben ind på nye erfaringsområder og nye perspektiver inden for de kendte, kvalificeres

erfaringerne med nødvendighed i forhold til det velkendte begrebsapparat. Dette sker imidlertid ikke reelt i form af en subsumption, men i form af en analogi eller en fiktion. Man kan altså anvende enten en begrebsmæssig eller typologisk tænkeform ved hjælp af de overleverede ord, «begreber», og denne forskellige fremgangsmåde er ikke altid bevidst. Især inden for daglig sproganvendelse er glidningen ubevidst. Inden for digtningen kan metodeblanding med stort held anvendes både bevidst og ubevidst, hvorved nye sammenhænge på overrumpende måde kan anskueliggøre tilsyneladende usammenhængende kategorier af forhold. Inden for den formelle matematik og logik er den begrebsmæssige tænkning uomgængelig, mens den typologiske tænkning har haft en vis betydning for de biologiske videnskaber og samfundsvidenskaberne, herunder retsvidenskaben, omend man naturligvis ikke kan undvære den begrebsmæssige tænkning inden for rammerne af den formelle logik. Det er vigtigt at fremhæve metodeblandingsens nødvendighed alt efter videnskabernes funktion. Inden for givne værdipræmisser og med et antal givne problemer er den begrebsmæssige tænkning nødvendig til skabelse af sammenhæng og konsekvens i virkelighedsopfattelsen. Skal man derimod ud over det overleverede begrebs- og værdisystem, vil vejen være den typologiske metode eller analogien.

III. Retsafgørelsen.¹³

I det foregående har vi forsøgt at præcisere, hvad vi mener med begreberne norm og virkelighed. Det er antaget, at normer og virkelighed begge er empiriske fænomener i den forstand, at de kan gøres til genstand for rationel videnskabelig behandling. Alligevel er begreberne af forskellig kategori. Normen er en abstraktion, som hører hjemme i tankens verden, mens virkelighed hører hjemme i, d.v.s. er, den ydre verden. For at disse fænomener kan komme i en meningsfuld forbindelse med hinanden, må de derfor oversættes til samme kategori. Det er

¹³ *Stig Jørgensen: Argumentation and Decision* (note 8) især p. 276 ff. m. henvisninger, *samme: Ret og Samfund* p. 89 ff.

ikke her muligt at komme nærmere ind på alle de mange problemer, som er implicerede i dette spørgsmål. Jeg må nøjes med nogle summariske antydninger.

Jeg har allerede i det foregående afsnit antaget, at virkeligheden kun er interessant for menneskene i det omfang, de har behov for at beskæftige sig med virkeligheden, og kun i det omfang, det er muligt inden for rammerne af vor erfaring og vor tradition at restrukturere virkeligheden på en bestemt måde. Vi kan altså kun beskæftige os med virkeligheden i det omfang, vi er i stand til at oversætte den til vort sprog, hvad enten det er dagligdags eller et præciseret videnskabeligt begrebssystem. Ser vi specielt på retsanvendelsen, består denne i, at en abstrakt norm bringes i et forhold til et konkret sagsforhold, et stykke virkelighed.

1. Slutning eller beslutning.

Formelt er en retsafgørelse en syllogisme, hvori den abstrakte retsnorm fremtræder som oversætningen, sagsbeskrivelsen som undersætningen og retsafgørelsen som den logiske slutning. Det er imidlertid kun i den skrevne dom, at afgørelsen tager sig så enkel ud. På den anden side er det også nødvendigt, at den formuleres på denne måde. Hvis ikke sagsforholdet blev oversat til samme abstrakte form som normen, er det principielt ikke muligt at nå til en afgørelse. Dommen fremtræder og må fremtræde som en logisk slutning, mens den *i realiteten* er udtryk for en beslutning. Afgørelsen fremtræder som en logisk operation, mens afgørelsen i realiteten er en alogisk operation. Udadtil fremtræder det alogiske element i beslutningen ikke klart, hvilket iøvrigt kan have den gavnlige funktion, at retsafgørelsen fremtræder med en vis autoritet, en vis objektivitet og nødvendighed, hvilket kan være medvirkende til at styrke retssikkerheden og lette dommerne for det individuelle, personlige ansvar, der kan være forbundet med at skulle træffe en undertiden indgribende og ubehagelig afgørelse. At dommen fremtræder som en logisk slutning, er imidlertid ikke blot relativt uinteressant, men har den funktion, at sikre, at afgørelsen er rationel i den forstand, at den er i overensstemmelse med retssystemet. — Retsafgørelsen må ikke være inkonsekvent,

idet den herved ville komme til at stride mod fundamentale retlige og moralske principper, først og fremmest det formelle retfærdighedsprincip om, at lige tilfælde skal behandles lige, hvilket vel allerede ligger i selve normens eller begrebets væsen.

a. Kvalifikation. Det alogiske element er skjult i dommens sproglige formulering, men har forbindelse med det, som vi ovenfor har nævnt om forholdet mellem virkelighed og beskrivelse. Problemet har også sammenhæng med den valgte opfattelse af retsbegrebet. Såfremt retssystemet opfattes som et udtømmende regelsæt, som indeholder et præcist svar på ethvert konkret problem, er der naturligvis ingen særlig vanskelighed i retsafgørelsen. Enhver konkret afgørelse er givet i og med regelsystemet. At retssystemet ikke kan være udtømmende i denne forstand, følger principielt af, hvad der er sagt tidligere om forholdet mellem virkeligheden og dens beskrivelse i ord. Enhver sproglig beskrivelse betyder som nævnt en abstraktion, som igen betyder, at en efterfølgende subsumption af et faktisk fænomen kræver en oversættelse af de foreliggende fakta til det abstrakte, sproglige billede. Naturligvis ville det være tænkeligt at foretage en så konkret katalogisering af retlige konfliktløsninger, at det vurderende element blev meget begrænset. På den anden side ville det i praksis være et fuldkommen uendeligt arbejde. På rettens tidligere udviklingstrin er det imidlertid karakteristisk, at lovgiveren udtrykker sig kasuistisk, d.v.s. beskriver og normerer en konkret typisk situation. Vanskeligheden i praksis består derfor i at afgøre, om reglen skal anvendes analogt eller ikke i tilfælde, som ikke er omfattet af den konkrete situation, eller om der foreligger et retstomt rum. I mere fremskredne lovgivninger udtrykker man sig omvendt ofte principielt abstrakt, hvorefter det bliver et spørgsmål, om princippet er anvendeligt i den foreliggende sag. I begge tilfælde opstår vanskelige vurderingsproblemer ved retsafgørelsen. — En anden principiel vanskelighed opstår derved, at retsreglerne angår menneskelige livsforhold, som er under stadig udvikling og kræver retlig regulering, ikke alene på nye livsområder, men også en ny vurdering af de bestående under hensyntagen til nye behov,

nye interesser og ny ideologi. Erfaringen viser, at det ikke er muligt at ændre retssystemet formelt i takt med udviklingen, idet det ville lægge en voldsom byrde på lovgivningsapparatet, som i forvejen er stærkt belastet af den nødvendige, praktisk-politiske lovgivning. Det er ej heller ønskeligt, idet det ville hæmme den gradvise tilpasning af retsreglerne til ændrede livsforhold og vurderinger.

b. Harmonisering. Vi må antage, at retsafgørelsens problematik må afhænge dels af retsstoffets tilstand, dels af den herskende, juridiske metode. Jo mere sammenhængende og detaljerede retsreglerne er, desto mindre overlades til dommerens skøn og omvendt, selv om skønnet som nævnt principielt er uomgængeligt. Retsafgørelsen fremkommer ikke ved en logisk nødvendig slutning, men ved en beslutning implicerende en skønsmæssig proces. Man har gennem tiderne søgt at mindske dette skønselement ved forskellige kunstgreb i fortolkningen. Den retoriske teori opfandt sådanne fortolkningshjælpemidler som analogi og modsætningsslutninger for tilfælde af regelnød og endvidere princippet om, at ældre love viger for yngre og generelle for specielle for tilfælde af regelkrydsning, samt flere andre kunstregler. Principielt fortrænger man blot skønselementet, idet disse kunstregler f.eks. ikke afgjorde, hvornår man skulle slutte analogt, og hvornår man skulle slutte modsætningsvis.¹⁴ Tilsvarende problemer opstår, når der iøvrigt foreligger sproglig mulighed for anvendelsen af flere regler og flere forskellige retskilder. Der opstår et vanskeligt harmoniseringsproblem, der ved siden af kvalifikationsproblemet er retsanvendelsens væsentligste problematik.¹⁵ Der findes ingen retsregler, der ensidigt løser problemet om udvælgelsen og kvalifikationen af retsfakta i forhold til flere anvendelige retsregler. Derimod findes der til enhver tid og inden for enhver retsorden en anerkendt, retlig metode, eller juridisk argumentation, som bestemmer, hvor langt man kan gå i forhold til det til rådighed stående

¹⁴ *Jes Bjarup*: Lidt om logik, retlig argumentation og fortolkning, *Juristen* 1967. 409 ff, *Stig Jørgensen*: Grotius' kontraktslære, *TfR* 1967, p 467 ff.

¹⁵ *Magnus Aarbakke*: Harmonisering av rettskilder, *TfR* 1963, p 499 ff.

retsstof.¹⁶ Disse regler kan ikke karakteriseres som retsregler, men må snarere opfattes som metaretlige regler af samme kategori som de retlige ideer og principper, som også må betragtes som et bag retssystemet liggende retnings- og tydningskema, som bl.a. er medvirkende ved det mere eller mindre intuitive udgangspunkt for valg af den retlige argumentation, der fører til og samtidig retfærdiggør retsafgørelsen. Det er i nutiden almindeligt anerkendt, at retsafgørelsen ikke kan deduceres ud fra det i forvejen eksisterende og udtømmende regelsystem. Retssystemet er principielt i praktisk henseende i høj grad ufuldkomment, åbent og bevægeligt i takt med udviklingen.

c. Retsafgørelsen. Dommerens afgørelse er altså ikke en logisk slutning, hvor en given retsregel er overpræmis og sagens fakta en klar underpræmis og dommen konklusion. Ved denne model tilslører man det faktum, at der foretages en mere eller mindre skønsmæssig vurdering i tre henseender. 1) For det første vil der i de fleste tvivlsomme tilfælde være mulighed for anvendelsen af flere forskellige regler, som kan føre til vidt forskellige resultater. 2) For det andet vil der ved fortolkningen af de relevante, mulige regler skulle tages hensyn ikke alene til lovordenes leksikalske betydning, men tillige til enkeltreglernes systematiske placering i love og i regelsystemet, til forarbejdernes oplysning om lovens og reglens formål og til overvejelser over midlerne til opnåelse af de tilkendegivne eller forudsatte formål. 3) For det tredje vil der ved udvælgelsen af de fakta, som tillægges betydning for afgørelsen, blive fortaget en skønsmæssig vurdering, som afhænger af de samme overvejelser over reglernes formål og midlerne til at opnå disse formål sammenholdt med almindelige overvejelser over afgørelsens konsekvenser om retlige og moralske ideer og principper. Det er kun analytisk, man er i stand til at adskille disse forskellige sider af skønnet, der i praksis vil foregå som en samlet tankeproces, hvori indgår en afsøgning af det retsstof, som de til rådighed stående retskilder kan producere, sammenholdt med den på en overvejelse af de mulige konsekvenser ønskede afgørelse. —

¹⁶ Ret og Samfund p. 111 ff., 119, Argumentation and Decision (note 8) p. 277 ff. med henvisninger.

Man må forestille sig en tænkeform, hvori man — gennem en dialektisk proces frem og tilbage mellem fakta og retsstof — efterhånden indsnævrer valgmulighederne og til sidst når frem til en beslutning.¹⁷ For mange tager denne proces¹⁸ sig ud som en ren intuitiv virksomhed, og mange højt ansete dommere beskriver da også selv deres afgørelse som en sådan helt intuitiv proces, der derefter forsynes med en facadelegitimation, transcendental nonsense (Jerome Frank), som blot skal retfærdiggøre afgørelsen over for omgivelserne og give den en formel sluttet karakter. Hermed skulle dommeren dels opnå formelt at fralægge sig ansvaret for sin beslutning ved at henvise til objektive retsregler, dels at give afgørelsen større autoritet over for parterne og omverdenen. Hertil må man bemærke, at denne opfattelse sikkert for en stor del beror på den indoktrinering, som enhver dommer har været genstand for gennem indlæring og tilegnelse af retlige normer og retlige metoder. På samme måde forholder det sig med eksperters og sagkyndiges skøn, idet dette altid ved en analyse principielt kan rationaliseres i forhold til sine kriterier. Hvad der for den sagkyndige selv fremtræder som en intuitiv fornemmelse af, hvad der er det rette, kan altså påvises at bero på en ubevidst anvendelse af tillærte kriterier.

2. Afgørelsens rationalitet.

I praksis er problemet om det skønsmæssige element ikke så stort i de såkaldte klare tilfælde. Men det principielle problem er det samme som i de vanskelige tilfælde. Retsreglen er en arbejdshypotese, som bliver konfronteret med sagens fakta, og disse bestemmer valget af retsregel. Indledningsvis afgøres det: 1) om retsreglen kan anvendes ved den senere virksomhed og 2) om retsreglen skal kunne anvendes. Ved denne dobbeltsporde metode¹⁹ når man frem til udvælgelse af fakta og retsregel, altså til en forbindelse mellem norm og virkelighed, og dommeren kan derefter ved en retfærdiggørelse af den trufne beslutning give sin afgørelse en logisk sluttet form. Domsafgørelsen følger

¹⁷ Karl Engisch: Die Idee der Konkretisierung (2. Ausg. 1968) p. 178 ff.

¹⁸ Ross, (l.c. note 1) p. 152 og 44.

¹⁹ Argumentation and Decision (l.c. note 8) p. 278 ff.

logisk af de opstillede præmisser, og dommeren kan herved skjule det personlige element i afgørelsen: *dura lex sed lex*. Dommeren retfærdiggør formelt sin dom under henvisning til retsreglen, men hans argumentation er først og fremmest henvendt til netop denne sags parter, og den fremsatte begrundelse skal derfor virke overbevisende på dem og understrege, at afgørelsen ikke er vilkårlig. Samtidig er dommen henvendt til omverdenen, i hvilken henseende afgørelsen har til formål at indicere, at den i dommen anvendte regel vil blive anvendt ved behandling af lignende tilfælde i fremtiden. I den juridiske afgørelse indgår således beslutninger, slutninger, vurderinger og logik. Den formelle logiks betydning er dens kontrolfunktion. Logik forhindrer diskussionen i at degenerere. Det må fremhæves, at vurderingerne og beslutningerne ikke bliver irrationelle. Det er rigtigt, at dommeren må træffe et valg, men et valg er ikke irrationelt, blot fordi det er et valg og ikke en konklusion i en logisk slutning. Valget er ledet af de retlige ideer, som behersker retssystemet. Dommerens vurderinger styres dels af parternes argumentation, som forsyner ham med de argumenter, han må basere sin afgørelse på, dels af retssystemet, som dommen må knyttes til for derved at sikre behovet for konsekvens og sikkerhed og samtidig også så vidt gørligt opnå tilfredsstillende resultater, som kan akcepteres af doktrinen. Doktrinen er her af afgørende betydning, idet den gennem opstilling af begreber og metode er medvirkende til at skabe forestillingsrammerne og tænkemåden i praksis, hvorved den har stor indflydelse på de afgørelser, som træffes. Ud over de juridiske argumentationsprincipper eller -regler, som juristen anvender ved arbejdet med og erkendelsen af arbejdsystemet, findes de materielle retsprincipper eller ideer, som heller ikke er givet i og med lovgivningen. Men at ville kalde disse principper for naturret er misvisende. Der findes kun en retsorden bestående af retssystemet og med de juridiske, materielle retsprincipper som bestanddele heraf. De materielle retsprincippers funktion er dels at tjene som udgangspunkt for den retlige argumentation for derved at sikre enheden og konsekvensen ved anvendelsen af retsreglerne, dels at bestemme reglernes nærmere omfang. Det er her en vigtig opgave at erkende, hvilke principper der

allerede er en bestanddel af retssystemet og således gældende ret og ikke principper, der er på vej til at blive anerkendt som gældende ret.

Ingen af disse principper anviser en bestemt løsning for juristen. De afstikker kun løsningens rammer og er som nævnt i deres indhold afhængige af den pågældende tids anskuelse og godkendelse. Dommeren må ved retsanvendelsen besvare to spørgsmål: 1) Er reglen anvendelig? 2) Skal reglen anvendes? Ved det første spørgsmåls afgørelse kan han finde vejledning i de nævnte principper. Ved det sidste spørgsmål må der tages pragmatiske hensyn til afgørelsens virkninger, teleologiske hensyn til, om resultatet er ønskværdigt, og systematiske hensyn, idet afgørelsen også må tilpasses retssystemet.

Andre videnskaber har gjort den erfaring, at vor erkendelse er fragmentarisk, og at det eneste sikre kriterium for en videnskabelig metodes sandhed er den af fagfæller almindeligt accepterede opfattelse. Denne relativistiske og i klassisk forstand dialektiske indstilling har i særlig grad relevans for opfattelsen af ret og retsvidenskab.

IDEOLOGI OG RETSVIDENSKAB

I en debat om forholdet mellem ideologi og videnskab er det af største betydning, at man indledningsvis præciserer, hvorledes man anvender begreberne ideologi og videnskab. Megen uklarhed i de senere års debat skyldes ikke mindst, at begreberne er anvendt i en bevidst eller ubevidst upræcis forstand. Et tredje begreb, begrebet politik, optræder ofte i debatten, som helt eller delvis synonymt med begrebet ideologi. Pointen i mange indlæg i denne debat fra nymarxistisk eller venstre-hegeliansk side har været at sætte lighedstegn mellem ideologi, hhv. politik og på den anden side videnskab. For den ældre og midaldrende generation af forskere i vor del af verden, som er opvokset med en af 30'ernes og 40'ernes erfaringer afledet skepsis over for enhver ideologi og en heraf afledet frygt for en sammenblanding af videnskab på den ene side og ideologi og politik på den anden side, har det været vanskeligt at forstå og acceptere en såkaldt »kritisk videnskab«, hvis ideologikritiske teori ikke sjældent slår over i en ideologisk videnskabelig praksis. Videnskaben bliver et blot og bart redskab i en bestemt samfundsgruppes – såkaldt klasses – politik. Da videnskaben således er en del af arbejderklassens politik, bliver universitetet med logisk nødvendighed, som det også er sagt, til arbejderklassens universitet.

Jeg skal imidlertid ikke opholde mig ved de universitetspolitiske konsekvenser af den såkaldte kritiske videnskab, men vil i stedet beskæftige mig med en helt principiel analyse af forholdet mellem videnskaben og dens ikke-videnskabelige forudsætninger. Jeg vil

med andre ord ikke så meget beskæftige mig med videnskaben som med det, der ligger bag denne som en styrende faktor, den såkaldte metavidenskab eller videnskabsfilosofi, der så at sige sætter videnskaben i anførselstegn. Jeg vil naturligvis i første række opholde mig ved samfundsvidenskaberne og herunder især retsvidenskaben, som jeg af naturlige grunde har mest forstand på.

Den såkaldte metavidenskab eller videnskabsfilosofi er lige så lidt som filosofien fagvidenskab i egentlig forstand, men er videnskaben om videnskab. Den beskæftiger sig ligesom filosofien med at undersøge videnskabens forudsætninger, men koncentrerer sig ikke først og fremmest om de erkendelsesteoretiske problemer, men om, hvilke metoder videnskaber betjener sig af. Jeg sagde: hvilke metoder videnskaberne faktisk anvender, men jeg kunne også have formuleret sætningen således: de metoder, videnskaben eller videnskaberne bør anvende. Enhver kan heraf se, at metavidenskab, alt efter hvilken formulering man vælger, er en deskriptiv og en normativ virksomhed. I første henseende er metavidenskaben uomtvisteligt en videnskabelig virksomhed, hvis den i øvrigt lever op til videnskabens krav, mens den i sidste fald ikke er en teoretisk, men en praktisk virksomhed for at benytte en velkendt problemstilling. Det er klart, at i og med at man definerer begrebet videnskab, opstiller man visse kriterier, som skal være opfyldt, for at en virksomhed kan karakteriseres som videnskab, og ved selve begrebsbestemmelsen stiller man derfor visse krav til en virksomhed, for at den kan karakteriseres som videnskabelig. Begrebsbestemmelsen er altså for så vidt normativ, men i den forstand, at den stiller visse

* Foredrag holdt i det lærde Selskab i Aarhus i oktober 1972.

kvalitative krav til virksomheden. Et herfra forskelligt spørgsmål er det, om videnskaben er og om den bør være eller i det hele taget kan være værdifri i den forstand, at ikke den skal udøves med et bestemt formål for øje, et formål som enten er moralsk eller politisk begrundet. Der er her tale om to kategorielt forskellige krav til videnskaben. I første henseende er der tale om kriterier, som vel nok kan være forskelligartede og vage, men dog principielt objektive. Man må dog ikke overse, at enhver videnskabelig virksomhed i sidste instans er hængt op på et krav om sandhed, som ikke uden videre kan ses at være uden moralske implikationer, uanset at sandhedsbegrebet er uløseligt impliceret i den videnskabelige metode. I det andet tilfælde er kriteriet imidlertid teleologisk, formålsbestemt i videre forstand. Der er tale om et ud over sandheden stillet krav til videnskabens formål. Kravet kan bestå i at fremme en bestemt religion, en bestemt politik eller en bestemt ideologi. Kravet kan bestå i at gøre menneskene til bedre mennesker og forudsætter derfor et bestemt menneskesyn, en bestemt antropologi. Det siger sig selv, at videnskaben qua videnskab må have et formål i sig selv, uanset hvilke videregående krav man stiller til videnskaben. Såfremt videnskabens funktion er at forøge vor viden og dermed at sætte os i stand til at beherske vor tilværelse og vor omverden, er det klart, at videnskaben har det selvstændige formål bedst muligt at løse denne opgave. Opfatter man videnskaben som et redskab, må den som andre redskaber designes således, at den bedst muligt løser denne opgave. Det er muligt, at de andre krav, som man kan tænkes at stille til videnskaben, kommer i konflikt med dette i selve videnskabsbegrebet liggende formål. Ved den nærmere udformning af en metavidenskab må disse formål derfor prioriteres i forhold til hinanden.

Men hvad er nu videnskab? Det er ikke enhver virksomhed, som forøger vor viden der kan kaldes videnskab. – Det siger sig selv, at en vilkårlig og tilfældig indsamling af data ikke kan karakteriseres som en videnskabelig virksomhed, men at denne må forudsætte et planmæssigt arbejde. Omvendt kan videnskab principielt angå hvadsomhelst, således at det afgørende kriterium må knytte sig til den anvendte metode. Det studerede materiale må være indsamlet og bearbejdet ved anerkendte metoder, som kan meddeles, reproduceres og efterprøves. Det, der afgørende adskiller en intellektuel, videnskabelig virksomhed fra en intuitiv, digterisk eller religiøs oplevelse, er dens meddelbarhed og intersubjektivitet. Ud over disse formelle kriterier må det som nævnt materielt kræves, at den videnskabelige virksomhed er planmæssig, d. v. s. at den er indrettet efter visse på forhånd vedtagne kriterier. Formålet med eller resultatet af den videnskabelige virksomhed må være at placere det studerede område i en større systematisk sammenhæng, hvorved man opnår en øget forståelse af de studerede fænomener, eller at disse bliver mere forudselige eller kontrollable. I øvrigt er det overordentligt vanskeligt at give en sammenfattende definition af begrebet videnskab. Det er med videnskaben som med elefanten. Den er vanskelig at definere, men man kender den, når man ser den! Sagen er jo den, at der i nutiden findes en række forskellige fagvidenskaber som har deres særlige metoder. Det er vanskeligt at komme sagen nærmere end til at udtale ganske generelt, at videnskab er en planmæssig virksomhed i overensstemmelse med de metoder, som for tiden anerkendes inden for de pågældende videnskaber. Det er klart, at der med dette pluralistiske udgangspunkt åbnes en vis risiko for kaos eller diletterisme. På den anden side viser den historiske og den aktuelle erfaring risikoen ved monistisk

at ville diktere en bestemt metode, enten med krav til fremtiden eller med krav til samtlige eksisterende videnskaber.

Indtil dette århundrede har det været almindeligt at inddеле videnskaberne i teoretiske og praktiske videnskaber. De teoretiske videnskaber beskæftiger sig med, hvordan sammenhængen mellem fænomenerne faktisk er, medens de praktiske videnskaber undersøger, hvordan den burde være. Den første gruppe angår vor erkendelse, den anden gruppe vore handlinger. De første videnskaber er kausalvidenskaber, der beskæftiger sig med empiriske årsagsforhold, mens de seneste er finalvidenskaber, der mener at kunne aflede almindelige principper for menneskelig handlen ud fra deduktioner fra antagelser om naturens, Guds eller fornuftens indretning. Siden begyndelsen af dette århundrede har det været almindeligt at skelne mellem naturvidenskab på den ene side og kulturvidenskab på den anden side (Dilthey). Denne sondring lanceredes oprindeligt i erkendelse af vanskeligheden ved at mediere naturvidenskabernes generaliserende metoder og især historievidenskabens individualiserende metode. I nutiden, hvor også historievidenskab og de øvrige samfundsvidenskaber i stigende grad anvender generaliserende metoder, er det blevet mere almindeligt at sondre mellem den logisk-empiristiske og den hermeneutiske metode. Mens nøglebegreberne i den første er: sikkerhed, beskrivelse, funktion, forudsigelighed, objektivitet, er nøglebegreberne i den sidstnævnte gruppe: sandsynlighed, forståelse, forklaring, intersubjektivitet. Det er imidlertid ikke ganske træffende at tale om logisk-empiristiske eller positivistiske videnskaber på den ene side og hermeneutiske videnskaber på den anden side. Den logiske empirisme eller positivismen er snarere en generel metavidenskab eller videnskabsfilosofi grundlagt i 20'erne af den såkaldte Wiener-kreds (Carnap, Wittgenstein, Popper). Den logiske empirisme tager

sit udgangspunkt i det sproglige udtryk. Som videnskabelige sætninger kan man kun acceptere sikre udsagn, d. v. s. enten påstande, som empirisk kan verificeres, eller som er syntetiske, d. v. s. logisk selvindlysende. Metafysiske påstande, som ikke kan verificeres, og udsagn, som indeholder vurderinger, har ingen videnskabelig relevans. Disse krav til videnskaben har med stor succes været praktiseret i matematikken og naturvidenskaberne siden Descartes. Det nye er, at samme objektivitetskrav stilles til de øvrige videnskaber: samfundsvidenskaberne og de humanistiske videnskaber. Imod den logiske empirisme har forskellige retninger inden for kulturvidenskaberne opstillet et hermeneutisk, dialektisk eller kritisk videnskabsideal. Udgangspunktet må i nyere tid søges i 30'ernes og 40'ernes tyske og franske fænomenologi. Imod den logiske empirismes funktionelle beskrivelse af sit objekt indvendte Heidegger, at enhver menneskelig aktivitet er funderet i en bevidst eller ubevidst intentionaltitet. Menneskelig adfærd er formålsbestemt. Hvis videnskaben derfor indskrænker sig til at foretage en beskrivelse af menneskelig aktivitet, vil den i bedste fald kun give en meget mangelfuld beskrivelse. Den vil kun kunne besvare spørgsmålet: hvordan og ikke hvorfor. Videnskaben kan ikke beskæftige sig videnskabeligt med tydningen af aktivitetens mening. Hertil kommer endvidere en sprogteoretisk erkendelse af, at sproget i sig selv er fyldt med en skjult mening og tolkning af virkeligheden. Det er ikke muligt at anvende et sprogligt udtryk uden samtidig at udtale sig intentionalt. Det er f. eks. ikke muligt at anvende ordet »bord« uden dermed at have sagt en hel masse om den omtalte trækonstruktions anvendelse. Ved en tilsvarende analyse af andre ord, begreber og sætninger må man komme til den principielle antagelse, at det ikke er muligt at udtale sig om noget som helst uden på forhånd at have en forudfattet mening

herom: den såkaldte hermeneutiske cirkel. Af denne fænomenologiske identifikation af virkeligheden og dens sproglige indhold er der draget flere konsekvenser, som jeg ikke her skal komme nærmere ind på. Da det får en vis betydning for det følgende, skal jeg dog nævne, at visse fænomenologiske retninger (Hegel) er tilbøjelige til at betragte den ydre virkelighed som produceret af menneskeånden, noget som allerede Georg Brandes i forrige århundrede karakteriserede som storhedsvanvid. En anden gren af fænomenologien, den såkaldte strukturalisme eller semiologi synes at ville opfatte virkeligheden som afspejlinger af de sproglige strukturer. Mere relevant er at gøre opmærksom på den ideologikritiske Frankfurter-skoles fremhævelse af erkendelsens forudsætninger i interesser. Af dette ideologikritiske udgangspunkt drages forskellige slutninger. Den nymarxistiske retning, der som bekendt fortolker samfundet som et klassesamfund og videnskaben som et led i den herskende i Vesteuropa kapitalistiske klasses hænder, stiller krav om, at denne bevidstgørelse af videnskabens formål – gennem revolutionær praksis – stiller videnskaben i »arbejderklassens« tjeneste i overensstemmelse med den dialektiske materialismes objektive nødvendighed. Frankfurter-skolens venstre-hegelianske negativisme går selv ikke videre end til at stille et principielt krav om bevidsthed om og redegørelse for videnskabens forudsætninger. I sidste instans synes der dog især hos Jürgen Habermas at foreligge en videregående tro på, at fornuften som videnskabens grundlag og den dialektiske tankeproces som den væsentligste del af den menneskelige antropologi med nødvendighed fører til dels en større selverkendelse og dels et mere åbent samfund. Videnskabsteorien får derigennem en moralsk undertone gennem troen på at en praktisk fornuft gennem en åben og dialektisk proces såvel på det individuelle som på det sociale

plan fører til den maksimale realisation af det enkelte menneske og samfundslivet.

Det er af det foregående klart, at begrebsparret logisk-empiristisk og hermeneutisk ikke går på en egentlig opdeling af forskellige videnskaber, men snarere går på forskellige metodetræk, som kan anvendes inden for forskellige videnskaber, men at der i sidste instans er tale om en principiel videnskabsfilosofisk eller metavidenskabelig sondring mellem to forskellige videnskabsidealer. På den anden side er det evident, at de metodetræk, som er fremherskende i den logiske empirisme, i særlig grad dominerer de matematiske og naturvidenskabelige discipliner, mens de hermeneutiske og dialektiske, typiske metodetræk i særlig grad er relevante for samfundsvidenskaberne og de humanistiske og teologiske videnskaber. Der er imidlertid intet i vejen for, at samfundsvidenskaberne såvel kan formulere kvantificerende og behaviouristiske problemstillinger som foretage hermeneutiske og fænomenologiske fortolkninger og beskrivelser. Ligeså lidt som det er muligt at acceptere et monistisk videnskabsbegreb, er det muligt at acceptere en monistisk metavidenskab.

En teori er en antagelse om kendsgerninger og deres sammenhæng og fortolkning, som ligger til grund for den videnskabelige virksomhed. En teori kan være enkel og angå isolerede kendsgerninger og kan angå mere eller mindre omfattende sammenhænge. Også en ideologi er tankemæssige billeddannelser, der i en abstrakt sproglig og begrebsmæssig form formulerer en antagelse om virkelighedens sammensætning eller sammenhæng. Ved en ideologi plejer man dog normalt at forstå et mere omfattende og sammenhængende idesystem baseret på et hierarkisk sæt af værdi-forestillinger, hvorigennem man oplever og bedømmer sin omverden. Uden iøvrigt at ville sætte lighedstegn mellem en teori og en ideologi vil jeg her fremhæve den principielle for-

skel der ligger deri, at en teori er en åben antagelse, som så at sige lægger op til erfaringens kontrol, mens en ideologi axiologisk stiller krav til virkeligheden. I tilfælde af konflikt mellem teori og virkelighed, vil teorien vige, i tilfælde af konflikt mellem ideologi og virkelighed må virkeligheden vige. Der findes velkendte eksempler såvel i fortiden som i nutiden på, at en ideologi har villet benægte eksistensen af naturvidenskabelig erkendelse. Mere almindeligt er det dog, at ideologier interfererer med samfundsvidenskabernes.

Teorier og ideologier er som sagt nødvendige forudsætninger, men netop forudsætninger, for vor erkendelse. Såvel teori- som ideologidannelsen er principielt videnskabelig, idet teori- og ideologidannelsen ikke er led i en logisk-deduktiv tankeproces og ej heller kan være resultatet af den erkendelsesproces, som den er forudsætning for. Alle, der har beskæftiget sig med videnskabelig virksomhed, vil dog kunne skrive under på, at teori-dannelsen oftest er et resultat af en dialektisk proces mellem idemæssige forudsætninger og løbende indsigt i de studerede kendsgerninger og at den endelige teori- eller hypotesedannelse i virkeligheden er resultatet af det fortløbende forskningsprojekt, som i virkeligheden verificeres samtidig med den endelige teoridannelse. At vore oprindelige teoretiske forudsætninger også havde sammenhæng med vor viden og information såvel om kendsgerninger på det studerede felt som på andre felter og om livet i almindelighed, ville det være naivt at forsøge at benægte. På den anden side ville det være lige så naivt at forsøge at benægte fantasiens og associationernes kreative funktion, i hvert fald ved dannelsen af helt nye og omfattende teorier. Teoridannelsen bygger altså i sidste instans på et valg, der har sit grundlag i værdiforestillinger.

Problemet bliver herefter, hvad det er for

faktorer, som bestemmer vort valg af grundlæggende værdiforestillinger såvel ved teori- som ved ideologidannelsen. Nogle vil her lægge vægt på menneskets antropologi eller biologi, d. v. s. den omstændighed, at mennesket nu engang har en indretning, som sætter det i stand til at opleve visse behov og derigennem have visse interesser.

Kants erkendelsesteori var jo i virkeligheden en principiel fremhævelse af de grænser, som det menneskelige erkendelsesapparat stiller for erkendelsen. Hertil kommer biologiens forudsætninger om behovenes indflydelse på retningen af vore interesser og dermed for vor interesse for erkendelsens retning. Vi har allerede tidligere set, hvorledes erkendelsen er af tankemæssig og dermed af sproglig karakter. Vor erkendelse er så at sige begrænset til vor sproglige formåen. Det, der ikke sprogligt kan formuleres, kan vanskeligt gøres til genstand for erkendelse, selv om jeg ved, at en bestemt retning inden for psykoanalysen forudsætter muligheden af ikke-sproglig erkendelse. Så vidt jeg har forstået, drejer det sig dog ikke her om en intellektuel, men om en emotionel proces. Forbeholder vi den videnskabelige erkendelse til den intellektuelle sfære, må vi formentlig acceptere videnskabens sproglige forudsætning. Den analytiske sprogfilosofi har især beskæftiget sig med at analysere dagligsproget ud fra den antagelse, at dette indeholder menneskeheden kulturelle arv, som så at sige skulle være nedfældet i sproget gennem kulturens og dermed erkendelsens fremadskriden. Vi hørte i serien om Sprog og virkelighed** om sådanne grundlæggende sammenhænge mellem sprog og kultur. F. eks. hørte vi om den sandsynlige sammenhæng mellem de indoeuropæiske sprogs grammatiske struktur, – sontringen mellem subjekt, objekt –, og den deraf afledede kausalforestilling, som efter alt at døm-

** Udkommer på Universitetsforlaget i 1973.

me har haft betydning for udviklingen af den vesterlandske teknologiske kultur, hvis principielle grundlag er kausalforestillingen og dermed ideen om, at man er i stand til ved egne kræfter at beherske sine omgivelser. Et sådant eksempel er illustrerende, hvad enten man nu anser den grammatiske struktur for at være den primære faktor, hvorefter den teknologiske kultur er afledt, eller anser den primitive teknologiske erfaring som det primære, hvorefter kausalforestillingen og herigennem den sproglige struktur er afledt. I nutiden er der i hvert fald ingen som helst tvivl om, at overleveringen har en selvstændig betydning for tankens retning og dermed for teoridannelsen. Vi må i hvert fald konkludere, at traditionen, overleveringen og opdragelsen har væsentlig betydning for vor sproglige orientering og dermed for vor teoridannelse. Det har dog også selvstændig interesse at erindre, at den moderne sprogteori – jeg tænker her på Chomskys transformationsgrammatiske lingvistik – forudsætter, at sprogviden er en del af den menneskelige natur, der ligesom andre egenskaber latent er til stede i den biologiske arv, og som udvikles, såfremt den stimuleres i en bestemt aldersklasse. Såvidt jeg har forstået, er der meget der taler for, at Chomskys antagelse er rigtig, og i så fald må man principielt drage den slutning, at sproget ikke udelukkende er et konventionelt kommunikationsmiddel, men et organ, der er bundet til ganske bestemte strukturer, som igen er bundet i den biologiske kode. Hvad enten der nu er større eller mindre balance mellem vore biologiske behov og vor sproglige struktureringsevne, må vi gå ud fra, at sprogets muligheder vel er ubegrænsede, men dog er ubegrænsede inden for visse af den biologiske kode fastsatte rammer. Om dette betyder, at vi faktisk er i stand til at formulere spørgsmål, hvorom vi ikke har nogen erfaring, og om dette i bekræftende fald betyder, at den såkaldte hermeneuti-

ske cirkel altså er brudt, tør jeg ikke sige. Under alle omstændigheder må man, såvidt jeg forstår det, gå ud fra, at den sproglige evne kun udvikles gennem sproglig oplæring, hvilket netop vil sige, at den kulturelle arv indbygges i sproget. Det er især den såkaldte ideologikritiske Frankfurter-skole, som har fremhævet de ideologiske forudsætninger for erkendelsen. Ganske vist er ideologikritikken især rettet mod det metavidenskabelige problem om videnskabens metode: positivisme contra negativisme. Ved kun at beskæftige sig videnskabeligt med de positive kendsgerninger forbliver videnskaben samfundsbevarende og konservativ; heraf opstår falsk bevidsthed efterhånden som samfundsudviklingen overhaler erkendelsen; og heraf følger såvel individuel som social frustration eller fremmedgørelse og herigennem undertrykkelse. Ved at leve op til den logiske empirismes krav om værdifrihed kommer videnskaben til at gå reaktionens ærinde. I tilslutning til Adorno formuleres en principiel negativisme, der ser videnskabens ideal som værende det kritisk at søge alternativer til alt det bestående. Et vigtigt middel i denne negative virksomhed er det at afdække de ideologiske og interessebestemte forudsætninger, som formodes at styre retningen af den videnskabelige spørgsmålsformulering. Det er klart, at denne negativisme ikke blot sættes ind mod den videnskabelige virksomhed som helhed, men at den også kan rettes mod enhver teoretisk formulering. Kort sagt også vore ideologiske og andre værdiforestillinger er forudsætninger for vor teoridannelse.

Som eksempel på forholdet mellem videnskabelig teori og politisk ideologi kan man tage den såkaldte marxisme. I sin oprindelige form var marxismen en teori, specielt en historieteori. De grundlæggende træk i Marx' historie- og samfundsteori var to ting: 1) at den menneskelige kultur ikke som af idealisterne antaget er afledt af ideer, men at

ideerne tværtimod er afladt af, er en superstruktur bygget oven på de til enhver tid herskende materielle socio-økonomiske forhold, basis. Kulturen, herunder samfundets ideologi, er afledt af samfundets materielle produktionsforhold, 2) at historien forløber med nødvendighed gennem en dialektisk udviklingsproces, hvorigennem de materielle produktionsforhold afløser hinanden fra et jægerstadium over et agrarisk feudalt stadium til et kapitalistisk stadium, som med nødvendighed afløses af et socialistisk stadium. I takt med denne udvikling i produktionsformerne ændres samfundsformerne fra feudale tilstande med aristokratiets dominans via et kapitalistisk samfund med borgerlig observans og til et socialistisk samfund med fuldt folkeligt demokrati. Ud fra denne analyse er menneskeheden på de tidligere stadier undertrykt, i den feudale tid af aristokratiet, i det kapitalistiske samfund af staten, som netop er dannet som et middel til undertrykkelse eftersom der er konflikt mellem borgernes offentlige og private interesser, hvorimod det socialistiske samfund med ophævelsen af den private ejendomsret til produktionsmidlerne samtidig ophæver modsætningen mellem borgernes private og offentlige interesser, hvorved staten vil henvisne i en fremtidig kommunistisk fase.

En sådan samfundsteori er ligesom en hvilken som helst anden omfattende videnskabelig teori baseret på en antropologi, d. v. s. et menneskesyn. Ifølge den marxistiske antropologi er mennesket et ubetinget socialt individ, som under forudsætning af, at de materielle produktionsforhold er indrettet på en bestemt måde, af sig selv vil indrette sig socialt på en sådan måde, at man uden tvang af nogen art handler i helhedens interesse. Den fremmedgørelse eller tingsliggørelse af mennesket, som er en følge af at de samfundsmæssige forhold ikke er indrettet i overensstemmelse med menneskets natur, så-

ledes at mennesket ikke kan genkende sig selv i sin omverden, ophører med indførelsen af det socialistiske samfund.

I det omfang de marxistiske antagelser ændres under indtryk af erfaringens vidnesbyrd, er det rimeligt fortsat at tale om en marxistisk teori. I det omfang de marxistiske teser er immune over for erfaringens vidnesbyrd, er den marxistiske teori blevet gjort til en ideologi. Det er netop hvad der er sket i de østeuropæiske lande, hvor den dialektiske marxisme er blevet gjort til en ideologi, som retfærdiggør hvad partiet eller staten foretager sig. Ingen ikke-marxistisk ideolog vil i dag dogmatisk fastholde, at en given kultur med nødvendighed udvikler sig i overensstemmelse med det marxistiske mønster. Der kendes adskillige afvigelser fra skemaet, som dermed ophører med at være en videnskabelig teori. Ingen vil heller i nutiden hævde, at kulturen udelukkende er en superstruktur på grundlag af den materielle produktionsform, basis. Tværtimod er det et hovedanliggende specielt for Frankfurter-skolens venstre-hegelianere at understrege ideologiens centrale betydning for udviklingen i samfunds- og kulturforholdene. Hvis det ikke var tilfældet, ville den principielle ideologikritik jo netop være meningsløs.

Også den marxistiske antropologi er af meget tvivlsom karakter. Intet tyder på, at mennesket udelukkende er et kollektivt individ. Tværtimod synes organisationsteoriens og etologiens og andre videnskabers iagttagelser at bekræfte, hvad litteraturen altid har ment, nemlig at mennesket både er et individ og et samfundsvæsen, at mennesket med andre ord har såvel individuelle som samfundsmæssige behov. Mennesket er både egoistisk og altruistisk. Fremmedgørelsen synes heller ikke at være mindre i de østeuropæiske, socialistiske stater end i de vesteuropæiske demokratier. Argumentet herimod fra den ny-marxistiske teori er, at de østeuropæiske

statsformer ikke er socialistiske men statscapitalistiske, hvad der naturligvis er en delning i. Såfremt mennesket fra naturens side er et kollektivt væsen, og såfremt man kunne forestille sig, at det kunne trives i kollektive enheder uden nogen form for styring og kontrol kun kontrolleret af sin egen bevidsthed om kollektivets og de andre individers interesser, måtte det sandsynligvis forudsætte grupper af samme størrelsesorden som de gruppeformer, der er forudsat i menneskets biologiske kode, og det ville i hvert fald ikke blive gruppestørrelser af den type, som modsvarer de moderne produktions-samfunds struktur. Det er da også karakteristisk, at den nymarxistiske teori og praksis principielt er anerkendt, d. v. s. bygget op omkring de enkelte smågruppers selvstyre. Hvordan dette skal være foreneligt med de moderne produktionssamfunds behov for styring og organisation er vanskeligt at sige, nedmindre man netop i bogstaveligste forstand vil vende tilbage til naturen. Den yngre Marx var efter nyere fortolkning påvirket af Rousseaus tidlige romantik; det paradoksale er, at Rousseau lige så lidt som den ældre Marx i øvrigt skulle tages bogstaveligt på dette punkt. Ligesom enhver romantiker byggede såvel Rousseau som Platon og Vico i det 18. århundrede på menneskets dobbelt-natur, symbiosen af følelse og forstand, af individ og socialt dyr. Organisationsformerne må til enhver tid indrettes således, at de afstikker rammerne for den bedst mulige tilfredsstillelse af samtlige disse divergerende behov. Ligeså lidt som Rousseau anså det for muligt at vende tilbage til naturtilstanden, vil det i nutiden være muligt for det højt-industrialiserede samfunds mennesker at vende tilbage til noget, der ligner naturen. Såfremt marxismen vil tages alvorligt som samfundsmæssig teori, må den drage konsekvenserne af virkelighedens kontrol. Vil den ikke det, må den optræde i rollen som ideologi, og

dermed bortfalder enhver mulighed for at tale om en samfundsmæssig teori og endog den eneste sammenhængende samfundsmæssige teori i forbindelse med marxismen. Noget andet er, at der i den såkaldte marxisme indgår teorielementer, som er uomtvisteligt relevante, men som på den anden side heller ikke er nogen opfindelse, som Marx eller nogen anden marxist har gjort. Ideen om sammenhængen mellem den materielle og den ideelle kultur er af ældre dato. Det samme er teorien om historiens udviklingsforløb gennem forskellige stadier og tillige dialektikken som grundlaget for den kulturvidenskabelige metode. Samtlige disse grundtræk findes forenet hos den italienske videnskabsteoretiker, Giambattista Vico, allerede i begyndelsen af det 18. århundrede i hans principielle kritik af Descartes' individualistiske og rationalistiske scientisme. Vicos opgør med Descartes' monistiske videnskabsteori er, således (som jeg andetsteds har påvist) en forløber for nutidens dialektisk-hermeneutisk-pluralistiske videnskabsteoris opgør med den logiske empirisme og dennes naturvidenskabelige videnskabsfilosofi. Man kan godt fristes til at anvende den gamle formulering, at det gode i marxismen ikke var nyt, og at det nye ikke var godt. De fleste, selv nymarxisterne, vil i nutiden erkende, at forholdet mellem den ideelle og den materielle kultur er et dialektisk vekselvirkningsforhold. Ligeså vel som det er af betydning for samfundsvidenskaben at beskæftige sig med den ideelle kultur, litteratur, musik og kunst, for at skaffe sig et fuldstændigt billede af en tids samfundsforhold, er det naturligvis af værdi, at de humanistiske og æstetiske videnskaber har et grundigt fundament i samfundsvidenskabelig erkendelse og metode, for at de kan få et omfattende og realistisk grundlag for deres videnskabelige erkendelse. (I parentes bemærket er dette dog ikke identisk med studiet af marxismen og dennes historie, men burde

opfordre de humanistiske videnskaber til at søge nærmere samarbejde med de professionelle samfundsvidenskaber.)

Til slut skal jeg sige noget om retsvidenskaben, som jeg naturligvis har mere forstand på end andre videnskaber. Når jeg her taler om retsvidenskaben, mener jeg retsvidenskaben i snævrere forstand som betegnelse for den såkaldte dogmatiske retsvidenskab, der giver sig af med en sammenhængende systematisk fremstilling og fortolkning af den gældende danske ret. Efter denne terminologi holder jeg retshistorien, retssociologien og retsfilosofien eller den almindelige retslære uden for retsvidenskabens begreb, selv om de naturligvis er afdelinger af et mere omfattende retsvidenskabsbegreb. Hvis der har været tilbøjelighed til at sætte lighedstegn mellem videnskab, ideologi og politik, har dette i særlig fremtrædende grad været gældende for retsvidenskaben. Vi har flere gange i de senere år været præsenteret for påstanden om og påståede beviser for, at ret og politik og retsvidenskab og politik er det samme.

Ud fra en marxistisk fortolkning er staten som omtalt det middel, hvorigennem den herskende klasse i det borgerligt-kapitalistiske samfund undertrykker proletariatet. Borgerkabets vigtigste redskab er retsreglerne, som opfattes som de med tvang sanktionerede befalinger til befolkningen. På dette punkt er den marxistiske retsdefinition sammenfaldende med den logisk-empiristiske personificeret i Wienerkolens juridiske repræsentant, nykantianeren Hans Kelsen. Samtidig er retssystemet som del af den ideelle superstruktur afledt af den materielle basis. Ved udviklingen til et kommunistisk samfund vil undertrykkelsen som nævnt i overensstemmelse med teorien eller som sagt snarere ideologien ophøre, hvorved staten vil henvisne og statens redskaber, retsreglerne, vil ophøre med at eksistere, da de ikke længere vil have nogen funktion. Indtil dette Utopia realiseres, må

retsvidenskaben erkende retsreglernes politiske funktion som redskab for bourgeoisie: undertrykkelse af arbejderklassen. Den etablerede retsvidenskab fører befolkningen bag lyset ved at præsentere en ideel begrundelse og retfærdiggørelse af retsafgørelserne, som virkeligheden er politiske handlinger. Dommerens og retsvidenskabsmandens begrundelse er i virkeligheden kun en facadelegitimation, mens afgørelsen er truffet ud fra andre skjulte men politiske hensyn. Juristens opgave er bogstaveligt talt at gøre sort til hvidt, som Ole Krarup i en kronik har udtrykt det. Krarup har ret i, at retssystemet er en del af det politiske system, og at retsafgørelsen ikke er udtryk for en logisk slutning men en beslutning, men derfra og til at hævde, at juristens rolle er at træffe vilkårlige afgørelser som led i en politisk undertrykkelse og derefter forsyne dem med en ideel facadelegitimation er der et langt skridt.

Det er kun når retsafgørelsen betragtes uden fra, at den kan opfattes som en mere eller mindre vilkårlig politisk handling. Vurderet indefra er afgørelsen bundet til de eksisterende retskilder. Disse vil som oftest føre til relativt klare løsninger, men i ikke så få tilfælde giver de ikke noget utvetydigt svar. Det er for sådanne tilfælde man gennem generationer har udviklet en juridisk argumentationsteknik, som – bevares – kan misbruges, men som netop har til formål at begrænse mulighederne for misbrug ved at lægge faste rammer omkring argumentationen, som jurister i almindelighed respekterer. Det er også rigtigt, at dommerens afgørelse ikke er en logisk slutning, hvor en given retsregel er overpræmis, sagens fakta er underpræmis og dommen konklusionen. Dette dilemma skyldes et helt principielt problem om forholdet mellem sprog og virkelighed, som jeg ikke her kan komme nær mere ind på. Dilemmaet har imidlertid sammenhæng med det faktum, at et givet sagsfor

hold skal kvalificeres i forhold til en sproglig beskrivelse i retsnormen. I retsafgørelsen indgår der i hvert fald en skønsmæssig vurdering i tre henseender: 1) For det første vil der i de fleste tilfælde være mulighed for anvendelse af flere forskellige regler, som kan føre til vidt forskellige resultater. 2) For det andet vil der ved fortolkningen af de relevante mulige regler skulle tages hensyn ikke alene til lovordenes leksikalske betydning, men tillige til enkeltreglernes systematiske placering i loven og i regelsystemet, til forarbejdernes oplysninger om lovens og reglens formål og til overvejelser over midlerne til opnåelse af de tilkendegivne eller forudsatte formål. 3) For det tredje vil der ved udvælgelsen af de fakta, som tillægges betydning ved afgørelsen, blive foretaget vurderinger som afhænger af de samme overvejelser over reglernes formål og midlerne til opnåelse af disse formål sammenholdt med almindelige overvejelser over afgørelsens konsekvens og om retlige og moralske ideer og principper.

Det er kun analytisk man er i stand til at adskille disse forskellige sider af skønnet, der i praksis vil foregå som en samlet tankeproces frem og tilbage mellem fakta og retsstof, hvorigennem man efterhånden indsnævrer valgmulighederne og tilsidst når frem til en beslutning. For mange tager denne proces sig ud som en rent intuitiv virksomhed, og mange højtansete dommere beskriver da også selv deres afgørelse således. Hertil må bemærkes, at denne opfattelse sikkert for en stor del beror på den indoktrinering, som enhver dommer har været genstand for gennem indlæring og tilegnelse af retlige normer og retlige metoder. I den juridiske afgørelse indgår beslutninger, slutninger, vurderinger og logik. Den formelle logiks betydning er dens kontrolfunktion. Logik forhindrer diskussionen i at degenerere. Det må fremhæves, at vurderingerne og beslutningerne ikke bliver irrationelle. Det er rigtigt, at dommeren må træf-

fe et valg, men et valg er ikke irrationelt, blot fordi det er et valg og ikke en konklusion i en logisk slutning. Valget er ledet af de retlige ideer, som ligger bagved og behersker retssystemet. Ud over de juridiske argumentationsprincipper eller regler, som juristen anvender ved arbejdet med og erkendelsen af retssystemet, findes de materielle retsprincipper eller ideer, som heller ikke er givet i og med lovgivningen. De materielle retsprincippers funktion er dels at tjene som udgangspunkt for den retlige argumentation for der ved at sikre enheden og konsekvensen ved anvendelsen af retsreglerne, dels at bestemme reglernes nærmere omfang. Ingen af disse principper anviser en bestemt løsning for juristen. De afstikker kun løsningens rammer og er som nævnt i deres indhold afhængige af den pågældende tids anskuelse og godkendelse. Dommeren må ved retsanvendelsen besvare to spørgsmål: 1) er reglen anvendelig? 2) skal reglen anvendes? Ved det første spørgsmåls afgørelse kan han finde vejledning i de nævnte principper. Ved det sidste spørgsmål må der tages pragmatiske hensyn til afgørelsens virkninger, teleologiske hensyn til, om resultatet er ønskværdigt, og systematiske hensyn, idet afgørelsen også må tilpasses retssystemet.

Det er klart, at de retlige ideer, såvel den formelle retfærdigheds princip, der går ud på, at lige tilfælde skal behandles lige, som de materielle retsprincipper, foruden – hvad der er en banalitet – at være en del af det politiske og ideologiske system, tillige har sammenhæng med de fundamentale vilkår for menneskeligt samliv. Jeg tænker her på de basale materielle ideer, gensidigheds- og gengældelsesindeerne, ideen om vedclag og straf. I næste række kommer de velkendte bud: Du må ikke lyve, du må ikke stjæle, du må ikke slå ihjel. Uden gensidig tillid og respekt for gruppefællernes ejendom og integritet kan et gruppefællesskab ikke eksistere. I det omfang

normer afløser instinkter som social kontrol, og mennesket skaber en kulturel samfunds-dannelse er de nævnte basale ideer nødvendige og kan derfor karakteriseres som naturligt eller uret. Studiet af de forskellige samfunds- og kulturvidenskaber tyder på, at disse normer udgør minimumsindholdet i alle kendte retssystemer. Ud over disse basale formelle og materielle retlige ideer har den vestlige civilisation på forskellige områder udviklet et sæt retlige ideer, som ligger bagved og angiver retningen for den retlige argumentation på forskellige områder. Fra strafferetten kan vi fremhæve princippet: In dubio pro reo, d. v. s. at den sigtede er uskyldig, indtil det modsatte bevises. Den samme ide om individets retsbeskyttelse ligger bag sætningen om: nulla poena sine lege, d. v. s. at ingen kan straffes for en handling, som ikke udtrykkeligt er kriminaliseret i en lovbestemmelse. Fra procesretten kender man: Audiatur et altera pars, d. v. s. ingen kan dømmes uden at have haft lejlighed til at udtale sig under sagen. Offentlighedsprincippet i retsplejen anses for at være et nødvendigt korrelat til ytrings- og pressefriheden, privatautonomien grundlæggende for det liberale samfunds formueretlige ordning, og lighedsprincippet om lovmæssig forvaltning indeholder retsgarantierne for borgernes stilling over for staten. Hertil kommer de såkaldte frihedsrettigheder, som fra at være politisk-ideologiske programmer i de fleste vestlige lande indgår som fundamentale retsregler i konstitutionen.

Det er klart, at der heraf fremgår et ideologisk mønster, som er baseret på det liberale samfunds menneskesyn, der er baseret på antagelsen af individet som havende selvstændig betydning. I den moderne velfærdsstats begrænsninger af handlefriheden af hensyn til helheden indgår det socialliberale menneskesyn, som er baseret på forudsætningen om, at mennesket såvel er et individ som et samfundsvæsen. Det er derfor ganske uomtviste-

ligt, at ideologien og dermed de retlige ideer ligger bag ved retssystemet og bestemmer dets indhold og retningen for den måde, hvorpå en given juridisk aktør vil argumentere inden for systemets rammer. Der er da også flere fremtrædende jurister her i landet, såvel Ross som Illum, der opfatter retsreglerne som et udtryk for den ideologi, der behersker vedkommende samfund. Heraf følger dog ikke, at retten er identisk med ideologien eller er politik. Tværtimod, den juridiske aktør inden for systemets rammer er henvist til at følge visse spilleregler, retsreglerne, og den anerkendte retlige argumentation, hvorved man netop sikrer mod overgreb af politisk eller ideologisk karakter. Den overordnede retlige ide er netop »the rule of law«, der indeholder retssikkerhedsgarantien for individerne mod vilkårlige overgreb. Når den til grund for samfundsordenen liggende ideologi er pluralistisk, er der i ideologien immanent indbygget en kontrolfunktion. Er ideologien derimod totalitær, savnes tilsvarende en immanent kontrolfunktion. Netop dette moment er af afgørende betydning for den ideologikritiske filosofi. Det er netop muligheden for og udnyttelsen af muligheden for at afdække og kritisere de ideologiske forudsætninger for retten og videnskaben, og herunder naturligvis også retsvidenskaben, der er afgørende for den dialektiske proces, som er forudsætningen for en gensidig tilpasning af individ og samfund, som i sidste instans er det moralske krav, den ideologikritiske videnskab stiller til samfundet, retten og videnskaben. Heraf kan man dog ikke drage den slutning, at retsvidenskaben skal være kritisk videnskab i den forstand, nymarxisterne ud fra deres ideologiske forudsætninger fortolker retten. Da retten principielt er et undertrykkelsesmiddel, under de nuværende forhold et middel, hvorved bourgeoisiet undertrykker arbejderklassen, må retsvidenskabens opgave efter denne opfattelse være at bekæmpe det nuværende retssy-

stem og at ændre det i hvad man anser for at være arbejderklassens interesse. Det er klart, at kritisk retsvidenskab i denne forstand intet har med videnskab at gøre, men i stedet er retspolitik, for ikke at tale om politik. Formålet er ikke hermed at beskrive og fortolke retsreglerne ud fra de i det gældende politiske system liggende formål og at tilpasse dem til udviklingen i samfundsforholdene. Kun ud fra en bestemt antagelse om nødvendigheden af en historisk proces og en bestemt antropologi kan en sådan virksomhed være videnskab, og selv om disse grundforudsætninger var rigtige, kunne man formentlig alligevel ikke tale om retsvidenskab, idet retsreglerne som nævnt må betragtes som en integreret del af det herskende politiske system. Det kan ikke nytte at forlange af en tømrer, at han skal være arkitekt, ej heller af en pianist, at han skal være komponist. Lige så lidt kan man forlange af en juridisk tekniker og en juridisk videnskabsmand, at han skal være politiker.

Jeg kan meget vidt følge den ideologikritiske skoles krav om bevidstgørelse af de ideologiske og andre værdibetonede forudsætninger for den menneskelige aktivitet i almindelighed, herunder specielt, af videnskaben og retsvidenskaben. På den anden side kan jeg ikke acceptere den nymarxistiske teori om identifikation af politik og videnskab og af ret og politik. Jeg kan også principielt tilslutte mig antagelsen af, at en bestemt antropologi må være udgangspunktet for enhver videnskab. Hvad ville psykiatrien f. eks. være

uden nogen forudfattede meninger om psykisk sundhed og dermed om menneskets væsen. På den anden side må man være varsom med konstruktionen af sit menneskebillede. Når Habermas og tildels Popper mener at kunne drage logisk bindende slutninger om menneskets væsen ud fra den konstatering, at tanken og dens dialektiske funktionsmåde er væsentlige for mennesket, og til, at mennesket er et dialektisk-kritisk og rationelt væsen, synes dette at være et tvivlsomt ræsonnement, som også i vidt omfang demteres af erfaringen. Også nymarxismens billede af mennesket som et kollektivt væsen, som i et kommunistisk samfund vil udfolde sig i fuld frihed uden behov for nogen form for organisation og kontrol synes mere at være en romantisk vision end nogen videnskabelig teori. Det er dog uretfærdigt mod romantikken at kalde den marxistiske antropologi for romantisk, eftersom romantikken netop i alle dens afskygninger til alle tider har understreget, at mennesket er en symbiose af individ og samfund og af følelse og intellekt. Det hele menneske. Mens det antageligt er nødvendigt at operere med en antropologi, når man skal vælge retningen for sin videnskabelige virksomhed, er det dog rimeligt at gøre opmærksom på risikoen for, at en sådan nødvendig og menneskekærlig teori, der løbende lader sig korrigere af erfaringen og praksis, udvikler sig til at blive en tyrannisk ideologi, hvori mennesket presses ned som i en Prokrustesseng.

HERMENEUTIK OG FORTOLKNING

Den engelske psykiater *H. Rolling* fortæller i: *Symposium on Man in his Place* (1973) s. 160, om en oplevelse på et engelsk sindssygehospital, som illustrerer schizofrenes virkelighedsopfattelse. En gruppe patienter sad på en lang række fredsommeligt beskæftiget med kurvefletning. Pludselig tog en af de mandlige patienter en lille trækølle, som blev anvendt under arbejdet, og slog sidemanden gentagne gange oven i hovedet med den. Da han senere blev foreholdt det forkastelige i hans handlemåde, svarede han: Jeg har gentagne gange læst hospitalsreglementet og heri ikke fundet noget forbud mod at slå andre med en trækølle.

Når og hvis denne beretning forekommer os at være morsom, er det utvivlsomt fordi den indeholder en overraskende fortolkning af en iøvrigt velkendt situation. Af betydning for vort emne: hermeneutik og fortolkning er det, at beretningen i hvert fald illustrerer den hermeneutiske grundsætning, at enhver situation, enhver begivenhed, for at kunne opleves eller meddeles skal fortolkes, d.v.s. gøres forståelig. Det er et vilkår, som er fælles for al menneskelig erkendelse, at det skal omsættes i et sprogligt begrebsmæssigt formelsystem for at kunne gøres til genstand for en intellektuell bearbejdelse. Al erkendelse er af sproglig karakter. Men også sproget kan og skal fortolkes; for at en sproglig kommunikation kan lykkes, er det af stor betydning at meddelelsen har en meningsbærende form, således at der ikke opstår misforståelse mellem afsender og modtager. En sådan idealtilstand er det faktisk kun muligt at opnå, såfremt afsender og modtager taler det samme sprog. Hermed tænker jeg ikke først og fremmest på, at de taler samme nationale sprog, men gør de ikke det, opstår der en fordobling af oversættelses-

problematikken. Sagen er nemlig den, at sproget refererer til nogle uden for sproget liggende forhold, det vi kalder virkeligheden. Herved opstår den paradoksale situation, at vi som sagt ikke er i stand til at erkende og bearbejde virkeligheden i intellektuel form uden anvendelse af sproget, mens anvendelsen af sproget på den anden side forudsætter kendskab til den virkelighed, som man vil beskrive ved hjælp af sproget. Det er dette paradoks, man plejer at kalde den hermeneutiske cirkel.

Den sproglige beskrivelse er altså baseret på en række ikke-sproglige forudsætninger, som gerne skulle være fælles hos afsender og adressat, såfremt en sproglig kommunikation skal lykkes. Dette har betydning såvel for kunsten som for videnskaben og især for adfærdsvidenskaberne. For at adfærdsforskrifter i videste forstand, herunder moralregler og retsregler, og de ved privat viljeserklæring opståede rettigheder og pligter, kan få virkning efter deres hensigt, er det nødvendigt, at afsender og modtager i videst muligt omfang går ud fra de samme ikke-sproglige forudsætninger.

Det indledningsvis anførte eksempel illustrerer det fatale i, at psykisk abnormitet desorganiserer de ikke-sproglige forudsætninger, således at en adfærdsforskrift fremkalder en uforudselig reaktion.

Jeg kan nevne et andet, selvoplevet eksempel på, at kommunikationen mislykkes på grund af forskellige ikke-sproglige forudsætninger, ikke på grund af psykisk desorganisation hos adressaten, men på grund af dennes ukendskab til de ikke-sproglige forudsætninger, som juristen normalt går ud fra. Jeg var engang kurator i et konkursbo og havde i den egenskab indkaldt til en skiftesamling for at kreditorerne kunne anmelde deres krav i boet. En skorstensfejermester mødte op og fremsatte et krav for ikke-betalt skorstensfejning, som han imidlertid stædigt fastholdt måtte være et privilegeret krav, idet han hævdede, at han havde læst konkursloven både forfra og bagfra uden nogetsteds at være stødt på antydning af, at skorstensfejerens krav ikke var privilegerede. Det var meget vanskeligt for mig at forklare vedkommende vrede skorstensfejer, at hans krav ikke kunne anerkendes som et privilegeret krav.

Selv om de to eksempler ligner hinanden, er der dog

for mig ingen tvivl om, at skorstensfejeren ikke var sindssyg. Han ville utvivlsomt ikke have lest hospitalsreglementet på samme måde som patienten. Han ville utvivlsomt ikke have været i tvivl om, at reglementet forudsatte den almenmenneskelige forudsætning, at man ikke uden særlig legitimation må beskadige andre mennesker. Derimod var han ikke fortrolig med den juridiske forudsætning, som ligger bag konkursloven: at samtlige fallentens kreditorer principielt skal stilles lige, medmindre en særlig fortrinsstilling er motiveret. Skorstensfejeren kendte ikke konkurslovens ikke-udtalte forudsætning om kreditorenes ligestilling, hvorfor han ikke uden videre af lovens tavshed for så vidt angår skorstensfejeres krav var i stand til at slutte, at sådanne krav ikke er privilegerede. For at man er i stand til at fortolke en sproglig form, i særlig grad en omfattende sproglig form som den manifesterer sig i en lov eller et sammenhængende retssystem, er man altså nødt til at kende formuleringens, lovens, retssystemets ikke-udtalte, forudsætninger.

Jeg kan nævne et tredje eksempel: I universitetsparken i Århus findes forskellige parkeringsrestriktioner. Nogen steder er der skilte med stopforbud, andre steder med parkeringsforbud, endelig bærer nogle skilte påskriften: Parkering forbudt i begge vejsider. Nu har det vist sig, at disse skilte kan give anledning til fortolkningstvivl. En tidligere universitetslektor og nuværende politimester blev i sin tid i en situation som den sidst beskrevne antastet for at have parkeret i den ene vejside, men forsvarede sig — utvivlsomt cum grano salis — med henvisning til, at han kun havde parkeret i den ene side. Fortolkningen er naturligvis absurd, men derfor også morsom! Derimod bemærkede jeg forleden en bil som var parkeret nogenlunde midt på vejen. Ejeren ville muligvis hævde, at han ikke havde overtrådt parkeringsforbudet, eftersom han hverken havde parkeret i den ene eller den anden side. Man kan også hver dag i universitetsparken se biler parkeret lige under skilte med stopforbud. Kan man af den omstændighed, at der foreligger et stopforbud, slutte enten at parkering er forbudt, eller at parkering ikke er forbudt?

Situationen minder om det fra retslæren velkendte eksempel: På en bus findes et opslag om, at hunde ikke må medtages. En mand medbringer en tiger. Er denne handling tilladt eller forbudt?

I begge tilfælde foreligger der en regel, som ikke direkte er anvendelig. Den juridiske fortolkningslære har et begrebspar, hvis oprindelse går tilbage til den klassiske retorik: analogi og modsætningsslutning. Disse argumentationsmønstre går tilbage til den aristoteliske topik, hvori Aristoteles forsøgte at angive de forskellige synspunkter (*topoi*), hvorunder et problem kunne behandles. Et af de væsentligste *topoi* var begrebsparret species/genus. (Andre: om væsentlige eller uvæsentlige egenskaber og om definition). En vigtig sætning er det, at hvad der er i species også nødvendigvis er i genus, men ikke omvendt. Siger vi f. eks., at x er rød, har vi også forudsætningsvis sagt, at x er farvet. Det er imidlertid ikke et spørgsmål om logik at fastslå, at der er en species af farve, som hedder rød. Om dette er tilfældet afhænger af ikke-logiske og derfor materielle overvejelser. Men når afgørelsen er truffet, følger slutningen: x er farvet med logisk nødvendighed. Vi står her ved det centrale kvalifikationsproblem, som er afgørende for enhver sproglig bearbejdelse af virkeligheden. Vi kan altså ikke med logisk nødvendighed slutte, at parkering er forbudt, såfremt standsning er forbudt, medmindre vi på forhånd har kvalificeret parkering og standsning i et species/genus relationsforhold. Vi kan ikke tage stilling til, om parkering midt på vejen er forbudt i det andet tilfælde, uden at have kvalificeret «midt på vejen» i forhold til «i begge vejsider». Når en sådan kvalifikation imidlertid er foretaget, følger den logiske slutning med nødvendighed som a fortiori-slutning, modsætningsslutning eller i kraft af en identitetsafvejelse gennem analogislutning.

Den materielle afvejelse eller kvalifikation af fænomenerne i en species/genus relation er imidlertid ikke mulig uden materielt kendskab til de livsområder, som er til diskussion. I en juridisk sammenhæng er det nødvendigt at tage hensyn til de forudsætninger, som ligger bag retssystemet, og som enten er almindelige eller specielle juridiske synspunkter (*topoi*). Josef Esser taler her om den juridiske *Vorverständnis*.¹

Enhver ny erkendelse vindes gennem *induktion*, medens den videnskabelige begrundelse gives gennem *deduktion*: der består altså ikke noget modsætningsforhold mellem en «topisk» og en

¹ Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (1970).

«systematisk» metode, men en nødvendig erkendelsesteoretisk funktionsdeling, jfr. *F. Horak*, *Rationes Decidendi* (1969). Horak bygger i væsentlig grad på Aristoteles, og har formentlig ret såvel i sin generelle påstand (se herom *Stig Jørgensen*: *Typologi og realisme*, *Nordisk Gjenklang* s. 143 ff og *Norm og Virkelighed*, *TfR* 1970 s. 484 ff, *Ret og Samfund* (1970) kap. 4) som i, at den er i overensstemmelse med Aristoteles' opfattelse. Aristoteles opfattede ikke selv sin logik og sin topik som modsatte men derimod som komplementære størrelser. I logikken (*analytica prioris*) beskæftiger han sig med sikre slutninger fra sikre præmisser ved hjælp af syllogismen, som var Aristoteles' meget betydningsfulde opfindelse. Syllogismen kan bruges både til at prøve konsekvenser af hypotetiske præmisser og til at undersøge forudsætningerne for givne antagelser. Inden for rammerne af de givne forudsætninger er slutningerne sikre, men Aristoteles er helt på det rene med, at de grundlæggende præmisser er afhængige af en ikke-logisk operation, et valg grundet i en særlig mental evne, som han kalte *nous*, der nærmest kan oversættes ved intuition. Forholdet til virkeligheden behandles i erkendelsesteorien (*analytica posterioris*); til trods for nogen uklarhed tyder meget på, at Aristoteles var opmærksom på erkendelsens induktive karakter og intuitionens afgørende betydning for den begrebsmæssige og sproglige kvalifikation af erkendelsen. Da Aristoteles i sin *topik* især interesserer sig for, hvorledes man drager slutninger fra præmisser, som ikke er afledt af andre (demonstreret), men som er udtryk for almindelige anskuelser på områder, hvor sikker erkendelse ikke er mulig ikke mindst i moralske og politiske anliggender, ser vi hvorledes syllogismen bliver det centrale redskab for en rationel videnskabelig metode. Det usikre er i sidste ende, hvor man får præmisserne fra, det sikre er de slutninger, der kan drages på grundlag heraf, når den begrebsmæssige kvalifikation er foretaget ved definitioner, som behandles i *Categoria*. Det er i *Rhetorica*, at Aristoteles opstiller forskellige kategorier af argumenter, som kan anføres i forskellige dialektiske situationer, f. eks. moralske og politiske diskussioner eller i en retlig proces. Ved en misforståelse kaldte *Cicero* senere den bog, han skrev om dette emne for *Topica*, en misforståelse, som har præget såvel den tidligere

som den nutidige debat om topikken, jfr. bl.a. Horak l.c. og A. M. Honoré, Romerretten og den moderne Retstænkning, TfR 1973 s. 219 ff.²

Begrebet *Vorverständnis* stammer fra den almindelige hermeneutik eller fortolkningskunst eller -teknik. Den er som sagt af klassisk oprindelse, men blev i begyndelsen af forrige århundrede genoplivet af tyskeren *Dilthey*, som forsøgte at udvikle hermeneutikken som en særlig metode for åndsvidenskaberne i forhold til naturvidenskaberne, mens det centrale mål med naturvidenskaben var at forklare sammenhænge og at forudsige forløb, var det centrale formål for åndsvidenskaberne at forklare sammenhænge og at bidrage til forståelse af sådanne. Den tyske professor og direktør for Max-Planck-Instituttet for europæisk retshistorie i Frankfurt, *Helmut Coing*, har i en artikel fra 1959 forsøgt at påvise, hvorledes den juridiske fortolkningslære er påvirket af og i væsentlig grad analog med den almindelige hermeneutik.³ Han nævner, at hermeneutikkens hovedsynspunkter eller *canones* direkte finder anvendelse i den juridiske fortolknings-teknik: 1) *fortolkningsobjektets autonomi*, hvilket vil sige, at man ikke lægger noget ind i teksten, men lader denne tale for sig selv, 2) *objektets enhed*, idet de enkelte elementer må forstås ud fra helheden og 3) *objektets oprindelse*, her peger forfatteren på to aspekter, dels på oprindelsen i forfatterens *individuelle* person, i en juridisk sammenhæng i lovgiverens eller kontraktsaffatterens subjektive vilje, *dels* det andet aspekt: den *objektive* betydning, som ligger i selve den sproglige tekst og de objektive sagsforhold, som teksten refererer sig til. Mens man i første tilfælde fortolker ud fra hensyntagen til overvejelser over ophavsmandens eller lovgiverens subjektive vilje som historisk faktum, interesserer man sig ved en objektiv fortolkning i sidstnævnte tilfælde for en fortolkning ud fra de særlige formål, som teksten antages at ville tilgodese. I denne forbindelse må man gøre sig klart, at sproget har en særlig generativ evne og

² Se i det hele Loeb's Classical Library med introduktion til hvert bind: *Aristoteles*, *Organon*: *Categories* (1957), *Prior Analytics* (1959), *Posterior Analytics* (1960), *Topica* (1966), *Rhetorica* (1967), *Cicero*, *De Inventione* (*Topica*) (1949).

³ *Helmut Coing*, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik* (1959).

altså i sig indebærer «overskudsbetydning», således at en given tekst også kan anvendes på senere opdukkede sagforhold, som ingen ved lovens givelse har haft nogen forestilling om. Mens den subjektive fortolkningsteori var den fremherskende i begyndelsen af forrige århundrede, er en objektiverende fortolkningsmetode blevet fremtrædende siden slutningen af forrige århundrede.

Det sidste synspunkt er det sammenlignende eller *komparative*, d.v.s. sammenligning mellem flere tekster af samme forfatter eller mellem flere love i forskellige lande eller mellem flere love inden for samme retssystem, hvorved det komparative spiller sammen med det systematiske aspekt.

Coing understreger, at den juridiske fortolkningsvirksomhed ligesom den almindelige hermeneutik ikke kan nøjes med anvendelsen af et enkelt af disse synspunkter, og at ingen af disse synspunkter i sig selv er tilstrækkeligt til at afgøre sagen, men at de forskellige fortolkningssynspunkter må indgå i et dialektisk forhold til hinanden, således at den endelige afgørelse — «verifikation» — må afhænge af, i hvilket omfang de forskellige fortolkningsalternativer harmonerer med et eller flere af de angivne fortolkningssynspunkter. Herigennem understreger han også forbindelsen tilbage til den klassiske topik og til den nyeste tids kritisk-dialektiske videnskabsteori.

Jeg skal iøvrigt henvise til min artikel: Ideologi og videnskab.⁴ For mig er det væsentligt at understrege retsvidenskabens sammenhæng med de andre samfundsvidenskaber og at fremhæve, at disse har en problematik fælles med de humanistiske videnskaber: fortolkningsproblemet. Samtidigt har jeg også haft til formål at understrege det almindelige videnskabsteoretiske problem, der ligger i kravet om, at virkeligheden må omsættes i en sproglig form, for at den kan gøres til genstand for en intellektuel bearbejdelse, og at en sådan omsætning forudsætter en fortolkning, en kvalifikation, som nødvendigvis må tage sit udgangspunkt i ikke-sproglige forudsætninger, der kan være af såvel empirisk og logisk som af ideologisk karakter. Især sidstnævnte moment har været fremme i den seneste tids videnskabs-teoretiske debat, og det skal da heller ikke bestrides, at det er en

⁴ Juristen 1973 s. 180 ff.

vigtig opgave for juridiske videnskab, at gøre sig klart, hvorledes den forholder sig til det ideologiske problem.

Ved en tidligere lejlighed har jeg gjort opmærksom på historieforskningens hermeneutiske karakter.⁵ Hermeneutikken som metode betragtet er også udformet netop med henblik på historievidenskaben. Også de historiske forløb og begivenheder skal fortolkes. Ingen instans kan afgøre «wie es eigentlich gewesen ist».

Det afgørende for en historisk beskrivelse vil altid bero på, *hvad* man er interesseret i, og *hvorfor* man har denne interesse. Den til enhver tid eksisterende historieskrivning er naturligvis betinget af sin tids forståelseshorizont, og der er også blandt nutidige historikere enighed om, at man ikke kan (bør) bedømme fortidens begivenheder ud fra nutidens forudsætninger. Forståelseshorizonten, der altså må være afhængig af den til enhver tid eksisterende kulturelle situation og dermed igen af de herskende økonomiske og sociale forhold, må være afgørende både for udvælgelsen af, hvad man vil interessere sig for, og hvilke sammenhænge og årsagsforklaringer, man vil henvise til. Udvælgelse og forklaring er dele af en fælles systematisk ramme eller ideologi, hvorigennem man anskuer tilværelsen, såvel fortid som nutid.

At udvælgelsen af materialet er interessebestemt og dermed ideologisk betinget, synes ret indlysende. At årsagsforklaringer altså faktisk er «forklaringer» og ikke objektive udsagn om entydige sammenhænge, er måske mindre indlysende. Kategorielt er der naturligvis forskel på en begrundelse og en forklaring. Med en begrundelse (argument) vil man over for sig selv eller andre «retfærdiggøre» et standpunkt, d.v.s. at en begrundelse er af en logisk kategori, en præmis i en syllogisme. Med en forklaring vil man angive den eller de faktorer, som i et virkelighedsforløb faktisk *fremkalder* en ændring i forholdene. Drejer det sig om handlinger, angiver *motiverne* de psykologiske, sociale og andre faktorer, som bestemmer handlingen, medens begrundelsen for handlingen angiver de faktorer, hvormed den handlende vil retfærdiggøre sin handling. Det er især ideologikritikken, som kræver en konsekvent analyse af forholdet mellem begrundelse og motiv, men problemstillingen er meget ældre end som så.

⁵ TIR 1971 s. 201.

På den anden side må man erkende, at den «forklaring», som «man» vil give på historiske begivenheder, *nødvendigtvis* må være afhængig af den eksisterende forståelseshorisont, således at begrundelse og forklaring bliver mere eller mindre sammenfaldende i praksis. Et charmerende eksempel giver A.A. Milne i Peter Plys' Venner i historien om gæstebudet hos Ninka Ninus, efter hvilket Plys sidder fast i udgangshullet. Peter Plys forklarer miseren med, at Ninka Ninus' dør ikke er bred nok, medens Ninus henviser til, at en af dem havde spist for meget, og at det ikke var ham!

Hvorom alting er: Historien om historievidenskaben (meta-historien) viser med tydelighed denne afhængighed af forståelseshorisonten. Tidligere historievidenskab var fortrinsvis optaget af at forherlige den herskende fyrste eller det regerende partis indsats og betydning og herigennem at retfærdiggøre de eksisterende magtforhold. Faktisk er det vel også sådan, at enhver suveræn altid har set det som vigtige mål at skabe en historieskrivning og en kodifikation. Det er da også naturligt, at historien i sådanne situationer vælger sit materiale i krigshistorien og den politiske historie, hvor fyrster og generaler er de hoveddagerende, og hvor disses interesser og handlinger angives som årsagsforklaringer. Det er heller ingen tilfældighed, at historievidenskaben i det 19. århundrede var nationalistisk i overensstemmelse med den da herskende generelle forståelseshorisont.

I det 20. århundrede har man set en udvikling, hvorefter historien bliver dels internationalistisk dels samfundsvidenskabeligt orienteret. Ikke mindst de nordiske historikere er optaget af den nyere tids historie og ser den især som resultatet af en fælleseuropæisk kulturudvikling.⁶ Intet er naturligere for nutidens historikere, hvis forståelseshorisont er og må være den

⁶ Se bl.a. *Erik Anners*, Europas Rättshistoria I-II (1971-72), *Stig Juul*, Forelæsninger over Hovedlinier i europæisk Retsudvikling fra Romerretten til Nutiden (1970), *Ernst Andersen*, Træk af Juraens Udvikling I-II (1970 og 1973); se også *Stig Jørgensen*, Træk af Privatrettens Udvikling og Systematik, TfR 1966 s. 586 ff. og TfR 1971 s. 201 f., Handbuch der Quellen und Litteratur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, under udgivelse af Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte i Frankfurt, *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967).

På det nordiske retshistorikermøde i 1973 var der også enighed om, at hovedemnet for den nærmeste tids forskning måtte være den nyere tids historie set i lys af Europas historie.

europæiske integrationstanke. Samtidigt er interessen forskudt fra krigs- og fyrstehistorie til analysen af den almindelige befolknings forhold. Da de forklaringsmodeller man derfor må operere med, er betinget af økonomiske og sociale faktorer, må metoden derfor nødvendigvis blive samfundsvidenskabelig. Man interesserer sig ikke længere primært for de monokausale forløb, men anvender generaliserende metoder, som nærmer historien og den politiske videnskab til hinanden.⁷

For *retshistoriens* vedkommende må man fremhæve et andet hermeneutisk element. Retshistorien kan have forskellige formål. Den kan være så at sige historikernes retshistorie og er da med andre ord en deldisciplin eller hjælpevidenskab for den almindelige historie. Dens formål er da gennem sine analyser af de retlige forløb at kaste lys over dette delaspekt af historien, for at de retlige institutioners og normers udvikling kan give — oftest meget væsentlige — bidrag til forklaringen af den øvrige samfundsudvikling. Retsreglerne indeholder nemlig oplysning om de væsentlige samfundsforhold, idet sådanne altid vil være retligt regulerede. Ofte er det f. eks. her i Norden således, at lovregler er de ældste eksisterende skrevne kilder.

Retshistorien kan imidlertid også være juristernes retshistorie. Formålet med retshistorien er da at tjene som hjælpevidenskab for den øvrige juridiske videnskab: dogmatikken og retspolitikken. Retshistorien forsyner den nutidige jurist med oplysning om, hvilke behov og funktioner der igennem tiderne har fundet udtryk i hvilke institutioner og strukturer eller normer. Retshistorien kan både være et fortolkningsbidrag til dogmatikken, især når ældre lovbestemmelser har henstået uændret i længre tid, men kan som sagt også være et middel til en blandet fortolkende og kritisk holdning, for så vidt som den ved at undersøge årsager og begrundelser for ældre eksisterende regler kan give oplysning om de formål og behov, som har givet anledning til en bestemt tolkning, medens ændringer i samfundsudviklingen kan have ændret dette interesseleje så meget, at en nytolkning kan være både begrundet og tilladelig. Endelig kan retshistorien som sagt danne grundlag for retskritik og for et forslag til lov-

⁷ Se Erling Bjøl, *La France devant l'Europe* (1966) og H. P. Clausen, *Hvad er historie?* (1963).

ændring ved at fremhæve modsigelsen mellem behov og regel under ændrede samfundsforhold.

I begge tilfælde, såvel når retshistorien er historikernes retshistorie som når den er juristernes retshistorie, indgår der et hermeneutisk element. For at retshistorikeren kan vide, hvad historikeren er interesseret i, må han kende den almindelige histories problemstillinger. For at retshistorikeren kan være til hjælp for juristerne, må han kende juristernes problemer. For at sidstnævnte krav kan være opfyldt, må retshistorikeren beherske den eksisterende dogmatik og altså føre denne *tilbage* i tiden, medens historikeren mere er interesseret i udviklingsforløbet den modsatte vej. Juristerne har i hvert fald behov for en gruppe af retshistorikere, som kender juristens problemstillinger, og som kan finde dem i det historiske materiale. Kun derved kan retshistorikeren for alvor være til gavn for juristerne.⁸ Retshistorikeren skal med andre ord helst være jurist for at kunne tjene som arsenal for juristen. Dermed være ikke sagt, at man kan undvære den anden type retshistorikere. Tværtimod.

⁸ Se især F. Wieacker, Bemerkungen zur Rechtshistorischen Hermeneutik, Mainzer Universitätsgespräche, Das Problem der Interpretation (1964) s. 5.

DIE BEDEUTUNG JHERINGS FÜR DIE NEUERE SKANDINAVISCH RECHTSLEHRE

I. Jherings Einsatz und dessen Voraussetzungen

Jhering ging aus der sogenannten historischen Schule hervor, die Anfang des vorigen Jahrhunderts durch Savigny gegründet wurde¹. Die historische Schule, die mit der gleichzeitigen literarischen Romantik geistig verwandt ist, betrachtete die Rechtsregeln als aus der „Volksseele“ organisch entwickelt wie die Sprache und andere kulturelle Erscheinungen. Im Gegensatz zur Naturrechtslehre des 18. Jahrhunderts, die rationalistisch, international und revolutionär war, insoweit sie in gewissen ewigen und unveränderlichen „natürlichen Menschenrechten“ ihren Ausgangspunkt nahm, wie es sowohl in der französischen als der amerikanischen Verfassung formuliert wurde, war die historische Romantik positivistisch, nationalistisch und evolutionär oder konservativ wie die gleichzeitige deutsche Romantik. Bezeichnend ist auch, daß Savigny in entscheidender Weise als leitende Persönlichkeit der deutschen Rechtswissenschaft seinen Platz fand, als er, unterstützt von den herrschenden nationalen, politischen Kräften, einen von Thibaut, der kantianischer Idealist war, gestellten Vorschlag einer Kodifikation des deutschen Rechts nach französischem Muster bekämpfte². Statt dessen sei das Recht — so die obsiegende historische Schule Savignys — durch ein Studium der Geschichte des deutschen Volkes zu suchen und unter der Pflege der schonenden Gärtner der Rechtskultur zu entwickeln. Die Rolle des Gärtners wurde jedoch dem Rechtswissenschaftler zugeteilt, und Savigny hatte wie Thibaut von Kant eine analytisch-synthetische Methode gelernt, die bezweckte, durch Aufstellen und Analyse abstrakter Begriffe den Regeln eine Ordnung und einen Zusammenhang zu geben und die so erzielten Ergebnisse in ein soweit möglich widerspruchsfreies und erschöpfendes System einzuordnen. Im Gegensatz zum rationalistischen Naturrecht nahm Savigny nicht von einem System von apriorischen Grundsätzen seinen Ausgangspunkt, sondern von den *Lebensverhältnissen*, so wie diese sich durch die Zeiten tatsächlich entwickelt hatten. Diesen entsprechen rechtlich die *Rechtsverhältnisse*, die rechtlichen Institutionen: Staat, Ehe, Vertrag usw. Paradoxerweise fand nicht das inländische, überlieferte Gewohnheitsrecht als Materie

¹ Max Rümelin, *Rudolf v. Jhering*, Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1922 (Tübingen 1922).

² Stig Jørgensen, *Vertrag und Recht* (Kopenhagen 1968) S. 69ff.

für die wissenschaftliche Tätigkeit Anwendung, sondern die römischen Rechtsquellen. Dafür gibt es viele Erklärungen. Teils, daß das deutsche Recht in mehrere selbständige Teilstaatsgesetzgebungen aufgeteilt war, während man politisch und praktisch eines gemeinsamen nationalen Rechts bedurfte; teils, daß das Römische Recht um 1500 im deutsch-römischen Kaiserreich formell als Ersatzrecht „rezipiert“ war; und teils, daß das ursprüngliche Römische Recht zu seiner Zeit nicht nur einem höheren Kulturstand entsprach, sondern auch von einer 700–800jährigen Wissenschaft bearbeitet war und dadurch die ganze europäische Kulturtradition verkörperte, während das überlieferte inländische Recht unvollkommen und primitiv war. Wie erwähnt, gab es im kontinentalen Europa dafür eine lange Tradition, daß sich das Recht aus der Wissenschaft entwickelte, während es sich z.B. in England und teilweise auch in Skandinavien im Zusammenhang mit der Rechtsprechung entwickelte. Diese Tradition wurde während der folgenden Zeit fortgesetzt und verstärkte sich. Mit großer Gründlichkeit und Tüchtigkeit entwickelten Savigny und seine Schüler, von denen Puchta, Windscheid und Jhering die bedeutendsten waren, gestützt auf ein System feingeschliffener, rechtlicher Begriffe, ein zusammenhängendes System von Rechtssätzen (im Zivilrecht). Die Rechtsanwendung durch die Gerichte mußte demnach eine rein dogmatisch-exegetische sein und aus einer ausschließlich formellen Auslegung der Begriffe und Rechtssätze bestehen. Es ist einleuchtend, daß man durch eine solche Methode ein bedeutendes Maß an Festigkeit, Sicherheit und Übersichtlichkeit, teils im Rechtssystem und teils in der Rechtsanwendung, erzielt. Die ursprüngliche romantische Üppigkeit war schon Mitte des Jahrhunderts in einem geistlosen, akademischen Formalismus erstarrt, der die Verbindung zum wirklichen Leben restlos gekappt hatte. Der Kant-Hegelsche Idealismus hatte immer den im 18. Jahrhundert besonders in England entwickelten Utilitarismus, eine Moral- und Rechtslehre, die die Beurteilung menschlichen Verhaltens mit einer Abwägung von dessen Nutzwirkungen für den einzelnen selbst oder für die Gesellschaft verbindet, bekämpft. Für die Rechtsanwendung bedeutete die idealistisch-formalistische Methode, daß es bei der Beurteilung eines Rechtsstreits nicht statthaft war, die Beurteilung der praktischen Konsequenzen einer gegebenen Lösung zu berücksichtigen. Man durfte sich nicht über das Regelsystem hinaus in die Wirklichkeit bewegen. Es versteht sich von selbst, daß eine solche Rechtsauffassung extrem konservativ ist, und deshalb entsprach sie insoweit gut den statischen politischen und sozialen Verhältnissen, die die bürgerliche, kapitalistische deutsche Gesellschaft beherrschten, während sie in sich den Keim zu ihrer eigenen Auflösung unter dem Druck der expandierenden Produktionsgesellschaft der Nachzeit trägt, welche neue „Lebensverhältnisse“ schafft und damit neue Rechtskonflikte hervorruft.

Von einem begeisterten Anhänger dieses historischen und wissenschaftlichen Romanismus entwickelte sich Jhering nach und nach über verschiedene Zwischenstufen zum schärfsten Gegner der „Begriffsjuris-

prudenz“³. Bereits in einem seiner Hauptwerke, dem „Geist des Römischen Rechts“ (1852–1865), wandte Jhering die Geschichte in einer Weise an, die auf eine moderne ethnologische und komparative Methode hinwies. Sein Ziel ist hier keine historisch-deskriptive Darstellung, sondern er strebt eine historische Naturlehre an, die die Kräfte, die Ideen, sucht, welche die Entwicklung hervorrufen. Seine „konstruktive“ Rechtsmethode nimmt zwar in den rechtlichen Begriffen als Verallgemeinerungen menschlicher Erfahrungen und in deren systematischer Behandlung ihren Ausgangspunkt. Im Gegensatz aber zu der von dem späteren Jhering abgelehnten „Begriffsjurisprudenz“ war die Konstruktion nicht rechtserzeugend, sondern ein *Modell*, das in vereinfachter Form die Wirklichkeit beschreibt; für den „Begriffsjuristen“ geben neue Erfahrungen keinen Anlaß zur Korrektur der Begriffe, sondern zur Entwicklung weiterer Abstraktionen, während die „Konstruktion“ ebenso wie die Hypothesen des Naturwissenschaftlers unter dem Eindruck eines neuen Erfahrungsmaterials laufend revidiert werden³. Konsequenter als sein Lehrmeister Savigny sucht er den Zusammenhang zwischen dem Recht und den Gesellschaftsverhältnissen, unter denen es entstand. Sein zweites Hauptwerk „Der Zweck im Recht“ (1877–1883) begann er, noch ehe das vorige abgeschlossen war, weil er angefangen hatte, sich mit der Bedeutung des Zweckes als Schöpfer allen Rechts zu beschäftigen. Bereits in seinem ersterwähnten Werk hatte er die romanistische Lehre verworfen, daß private Rechte Ausdruck einer „Willensmacht“ über die Sachen seien, und die realistische Auffassung formuliert, daß subjektive Rechte „rechtlich geschützte Interessen“ seien. In einem dritten bedeutenden Werk, „Der Kampf ums Recht“ (1872), greift er der Erkenntnis der Folgezeit vor, daß Rechte und Rechtsregeln das Ergebnis eines Kampfes zwischen sich widerstreitenden Interessen und Ideen sind⁴.

Es ist richtig (wie auch die Späteren gegen die Rechtslehre Jherings eingewandt haben), daß sie kein waschechter Realismus war und daß sie in einem recht großen Umfange durch idealistischen und metaphysischen Ballast belastet war⁵. Dies ist jedoch weder merkwürdig noch verdächtig. Auch sein Zeitgenosse Karl Marx begründete seinen historischen Materialismus auf dem gleichen Fundament des metaphysischen Idealismus. Das Entscheidende muß für uns Heutige sein, daß er mit genialer Intuition und Phantasie erkannte, daß man sich in einer Zeitenwende befand, wo sich die statische bürgerlich-kapitalistische Gesellschaft dynamisch entwickelte. Im scharfen Gegensatz zu Savignys intuitiver und deterministischer Auffassung der Rechtsentwicklung betonte Jhering den rationellen und volun-

³ *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* (3. Aufl. 1885), insbesondere die dritte Abteilung, „Im juristischen Begriffshimmel“, siehe auch: *Geist* III 1, § 59, in gewissem Gegensatz zu: *Geist* II 2, §§ 37–41.

⁴ Rümclin, a.a.O., S. 41ff.; Johann Edelmann, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz* (1967).

⁵ Ross, *Svensk Juristtidning* 1932, S. 324ff.

tarischen Standpunkt: daß die Menschen selbst nach ihren Zwecken das Recht schaffen. — Daß er in anderen Punkten, z.B. in seiner Schadensersatzlehre, hieraus nicht die Konsequenzen zog und daß er im übrigen in Grund und Boden von der individualistischen Willenstheorie geprägt war, hinderte ihn nicht daran, die Ideen des individualistischen englischen Utilitarismus (den er wahrscheinlich in Übersetzung kannte) mit der idealistischen Gesellschaftsidee zu kombinieren und als erster in wissenschaftlicher Konsequenz den „Gemeinnutz“ als für die Rechtsbildung entscheidend hervorzuheben.

II. Der Einfluß Jherings auf die skandinavische Rechtslehre und Dogmatik

Es ist immer schwierig, sich über Beeinflussungsverhältnisse auszusprechen. In sozialen Zusammenhängen hängt die Beeinflussung ab sowohl von Ideen als auch dem Milieu, in dem sich die Ideen auswirken. Beeinflussungen können auch unmittelbar oder mittelbar vorkommen. Ideen sind ein Produkt der Bedürfnisse ihrer Zeit, zum Teil auch eine Rationalisierung und Kanalisierung der latenten Kraft der Bedürfnisse. Da letzten Endes jede Kultur als Produkt menschlichen Denkens dessen Ausdruck in Worten ideellen Charakters ist, besteht aller Grund, sich mit den Personen zu beschäftigen, die kraft ihrer Persönlichkeit und der geschichtlichen Lage auf die Denk- und Arbeitsmethode der Nachzeit einen Einfluß ausgeübt haben. Und darüber kann kein Zweifel sein: Rudolf von Jhering hat auch die skandinavische Rechtslehre der Folgezeit wesentlich beeinflußt.

A. Die Rechtslehre

Ich habe indessen bereits angedeutet, daß verschiedene Faktoren eine genaue Analyse erschweren können:

1. ein schon im 19. Jahrhundert in Skandinavien bestehender Realismus,
2. eine gemeinsame Beeinflussung durch den englischen Utilitarismus und den französischen Positivismus,
3. die Frage: Kann es sich um eine unmittelbare oder mittelbare Beeinflussung handeln?

1. Bestehender Realismus

In den nordischen Ländern konnte von einer eigentlichen Rechtswissenschaft erst gesprochen werden, seit A. S. Ørsted, ein Bruder von H. C. Ørsted, um 1800 seine Tätigkeit begann. Zwar hatten frühere Autoren in Dänemark sowohl das Römische Recht und das Naturrecht als dänisches Recht dargestellt, insbesondere, nachdem 1736 juristische Staatsprüfungen an der Universität eingeführt worden waren. Die älteren Autoren nahmen jedoch entweder die römisch-rechtliche und naturrechtliche Systemliteratur ohne Berücksichtigung des nationalen Rechts auf und folgten damit einer allgemeinen europäischen wissenschaftlichen Tradition, die eine Kombination von Römischem Recht und Naturrecht als eine Art Idealrecht ansah, das in seiner Vollkommenheit sowohl formell als inhaltlich der kasuistischen

und verstreuten nationalen Gesetzgebung gänzlich überlegen war; oder man beschäftigte sich mit einer Darstellung der dänischen Gesetzgebung auf der Grundlage des „*Danske Lov*“ (das Dänische Gesetzbuch) aus dem Jahre 1683 in der kasuistischen Gestalt und dem begrenzten Umfange, in dem es vorlag. Diese Tätigkeit war praktisch und konkret und erstrebte keine abstrakte und analytisch-synthetische wissenschaftliche Bearbeitung. Zu der Zeit sprach man noch von *Gesetzeskenntnis*; erst tief im 19. Jahrhundert findet man die Bezeichnung *Rechtswissenschaft*⁶.

A. S. Ørsted⁷, der als Gründer der nordischen Rechtswissenschaft — jedenfalls der dänisch-norwegischen, über die schwedische darf ich nicht zuviel sagen — anzusehen ist, wandte sich wie sein Zeitgenosse Savigny gegen die statische und rationalistische Lehre des Naturrechts und entwickelte eine historisch und soziologisch orientierte Methode, die auf die Lebensverhältnisse und die Anforderungen des praktischen Lebens Gewicht legte. Ørsted wirkte gewissermaßen in einem rechtlichen Vakuum, waren doch die jüngsten dänisch-norwegischen Gesetzbücher aus dem Jahre 1683 veraltet und außerdem das Römische Recht in den nordischen Ländern nie rezipiert worden. Ørsted hatte deshalb große Möglichkeiten, aufgrund 1. der Rechtsprechung, 2. einer eingehenden Kenntnis ausländischen Rechtslebens und 3. einer praktischen Erwägung der Natur der Sache eine zusammenhängende Rechtsdogmatik zu entwickeln. Sein Einsatz mag in dieser Beziehung mit dem Blackstones in England, Pothiers in Frankreich und zum Teil Savignys in Deutschland verglichen werden. Ørsted selbst, der — vielleicht zum Nutzen der Nachwelt — nie eine Universitätsanstellung erzielte und deshalb sein ganzes Leben die Rechtsregeln als problemorientiert erleben mußte, war kein Systematiker; erst seine Nachfolger bemühten sich in den folgenden Jahren — teils unter dem Einfluß der deutschen Pandektenliteratur —, seine Arbeit in ein System zu bringen⁸.

Die skandinavischen Zeitgenossen Jherings — in Norwegen Professor Schweigaard, in Dänemark die Professoren Goos, Aagesen und Evaldsen — konnten also in einer realistischen Tradition ihren Ausgangspunkt nehmen. Dieser Umstand und andere hatten zur Folge, daß die durch Savigny entwickelte formalistische und individualistische Rechtslehre durch diese Generation dänisch-norwegischer Juristen abgelehnt wurde, die die Interessen 1. der Gesellschaft und besonders 2. des wachsenden Umsatzes und 3. der verstärkten Entwicklung betonten und deshalb die romanistische subjektive Willentheorie zugunsten eines objektiv orientierten Privatrechts grundsätzlich verwarfen⁹.

⁶ Stig Jørgensen, *Vertrag und Recht* (1968) S. 75 ff.

⁷ Frantz Dahl, *L'Œuvre Juridique d'A. S. Ørsted* (Copenhagen et Paris, 1934); derselbe, *Anders Sandø Ørsted as a Jurist* (Copenhagen and London, 1932); derselbe, *Geschichte der dänischen Rechtswissenschaft* (Leipzig 1940) S. 34 ff., derselbe in: Zeitschrift der Savigny Stiftung, Germ. Abt. 37 (1916) S. 572, Stig Jørgensen, a. a. O. (Note 2) S. 76 ff.

⁸ Dahl, a. a. O., *Geschichte usw.* S. 46 ff.; Stig Jørgensen, a. a. O. (Note 2) S. 78.

⁹ Dahl, a. a. O., *Geschichte usw.* S. 72 ff.; Stig Jørgensen, a. a. O. (Note 2) S. 81 ff.

2. Gemeinsame Beeinflussung durch die Utilitaristen und die Positivisten

Die politischen Verhältnisse um die Mitte des Jahrhunderts bewirkten außerdem, daß die dänisch-norwegischen Juristen, anstatt den Blick ausschließlich nach Süden zu richten, auch bei den englischen Utilitaristen und den französischen Positivisten Inspiration suchten. Insbesondere der dänische Professor Goos scheint in diesen Punkten mit Jhering gemeinsame Voraussetzungen zu haben, die insbesondere in ihrer Auffassung des Begriffes „subjektives Recht“ einen Ausdruck fanden. Alle beide lehnten die romanistische Auffassung vom subjektiven Recht als Willensmacht ab. Während Jhering das subjektive Recht als „das rechtlich geschützte Interesse“ definierte, wurde es bei Goos zum „rechtlich geschützten Gut“¹⁰. Goos hat wohl die frühen Werke Jherings gekannt; richtiger wird man jedoch den Realismus Goos' und seiner zeitgenössischen nordischen Kollegen eher als eine allgemein nationale und internationale Erscheinung ansehen denn als eine Beeinflussung durch Jhering. Vielmehr handelt es sich hier — außer dem Ørstedschen Erbe — um eine gemeinsame Beeinflussung durch England und Frankreich (vgl. auch Anm. 23).

3. Mittelbare und unmittelbare Beeinflussung

a) *Eine mittelbare Beeinflussung* kann durch ausländische Zwischenglieder oder durch Schüler geschehen.

Ausländische Zwischenglieder. Bekanntlich hat die neuere skandinavische realistische Rechtsphilosophie in Uppsala ihren Ursprung und wird die Uppsala-Schule genannt. Der Gründer dieser Richtung, A. V. Lundstedt, der in seiner Kritik früherer Rechtslehren auf den *Gemeinnutz* großes Gewicht legte, behauptete bekanntlich, daß er ausschließlich auf den Uppsala-Philosophen Hägerström baue¹¹. — Trotz Lundstedts gegenteiliger Behauptung deutet so manches doch darauf, daß er, der eine streng begriffsjuristische Vorgeschichte hatte, mit deutscher Rechtswissenschaft intim vertraut war und insbesondere das Werk Jherings gekannt hat, wahrscheinlich auch dem amerikanischen Realismus verpflichtet ist, der ja seinerseits in der Person Roscoe Pounds durch Jherings funktionell-genetische und sozial-zweckbestimmte Rechtsauffassung beeinflusst war¹².

Es ist nicht ausgeschlossen, daß Entsprechendes auch für die neuere nordische Rechtssoziologie gilt, die zwar nicht unmittelbar, aber durch Vermittlung des amerikanischen Realismus, nicht zuletzt gerade Roscoe Pound, und damit mittelbar Jhering zu Dank verpflichtet ist. — In gleicher Weise hat Jhering durch englische und französische Autoren das spätere skandinavische Interesse für Rechtsvergleichung und Rechtsethnologie angeregt. Das von Fredrik Stang (auf den ich später zurückkomme) nach der Idee Jherings in Oslo gegründete Institut für vergleichende Kulturforschung hatte für die spätere Rechtssoziologie und rechtsvergleichende Wissen-

¹⁰ Stig Jørgensen, a.a.O. (Note 2) S. 133ff.

¹¹ *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft* I/II (1932–36).

¹² Seve Ljungman, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1955, S. 353.

schaft wohl keine unmittelbare Bedeutung, obgleich es möglicherweise dazu beitrug, für die Rechtssoziologie, die eben in Norwegen besonders wohlentwickelt ist, ein Klima zu schaffen¹³.

Schüler. Auf den erwähnten Gebieten wie auch in der allgemeinen Rechtsgeschichte übte Jhering im Norden wohl durch seine Schüler und Nachfolger seinen größten Einfluß aus. Nicht zuletzt das Programm Brunners, Maurers und Amiras für die rechtsgeschichtliche Forschung erlangte nicht nur für die spätere Rechtsgeschichte, sondern auch für die allgemeine Geschichtsforschung eine wesentliche Bedeutung. Dieses Programm betonte — wie unten unter b) erwähnt — die Quellenkritik, die funktionell-genetische Methode und die Forderung, daß Recht immer aus den Voraussetzungen seiner eigenen Zeit heraus zu verstehen sei. In gleicher Weise übte Kohler auf die künftige Auffassung des Rechts als allgemeine kulturgeschichtliche Erscheinung einen gewissen Einfluß. Auch die Freiheitslehre Bülow's und v. Kries' beeinflusste unmittelbar, wenn auch sporadisch, die dänisch-norwegischen Autoren: in Norwegen Astrup Hoel (*Den moderne Retsmetode*, 1925), und in Dänemark Georg Cohn, dessen Buch „Existenzialismus und Rechtswissenschaft“ (1955) auf die skandinavische Rechtsauffassung keinen größeren Einfluß ausgeübt hat.

Auch die ebenfalls von Jhering ausgehende *Interessenjurisprudenz* (Müller-Erzbach und Ph. Heck) hat für die nordische Rechtswissenschaft keine erwähnenswerte selbständige Bedeutung gehabt. Sie hatte, noch bevor die Interessenjurisprudenz in Deutschland Fuß faßte, ihren eigenen funktionellen Realismus entwickelt — zum Teil aufgrund früheren Einflusses Jherings, auf den wir im Folgenden noch eingehen. Natürlich waren besonders die Schriften Stolls und Oertmanns bekannt, und diese hatten auf den später erwähnten großen dänischen Juristen Henry Ussing einen gewissen Einfluß.

Die dritte von Jhering ausgehende Richtung — die soziologische Rechtsmethode —, die unmittelbar im „Gemeinnutz“ und von den „Lebensforderungen“ ausgeht, hat im Norden keinen wirklichen Anklang gefunden, wenn auch sowohl A. V. Lundstedt als Fr. Vinding Kruse¹⁴ ihr in gewisser Beziehung nahestehen.

b) *Unmittelbare Einflüsse.* Auf die Generation nordischer Rechtswissenschaftler, die in den Jahren von 1890 bis 1920 schrieben, wirkte Jhering besonders stark. Diese ganze Generation nordischer Autoren knüpfte in ihrem Werk mehr oder weniger zustimmend an das methodische und dogmatische Schaffen Jherings an. — Zuerst und fast vorbehaltlos wurde

¹³ Alf Ross, *On Law and Justice* (1958) S. 187, 253; T. Eckhoff, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 4 (1960) S. 31ff.; J. Stone, *Social Dimensions of Law and Justice* (1966) S. 470f.; Friedmann, *Legal Theory* (5. ed. 1967) S. 321f.; Geoffrey Sawyer, *Law in Society* (1965) S. 17ff.; M. Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich* (1967) S. 14, 22; P. Trappe, *Zur Situation der Rechtssoziologie* (1968) S. 9; H. Lowie, *The History of Ethnological Theory* (1937).

¹⁴ *Das Eigentumsrecht* I-III (1931-36).

Jherings Methode von dem großen norwegischen Juristen, Professor und Politiker Francis Hagerup angenommen, der im Jahre 1880 die von ihm gegründete und lange Zeit hindurch redigierte nordische „*Tidsskrift for Rettsvitenskap*“ mit dem Artikel „*Den moderne Retsmetode*“ (Die moderne Rechtsmethode) einleitete (S. 1ff.). Dieser Artikel akzeptierte grundsätzlich die in „Der Geist des Römischen Rechts“ formulierte konstruktive Methode Jherings. — In der gleichen Zeitschrift schloß sich im Jahre 1891 auch der schwedische Rechtshistoriker Ebbe Herzberg, wie angedeutet, in einigen Rezensionen der „Deutschen Rechtsgeschichte“ Brunners dem rechtsgeschichtlichen Programm Jherings an. — Im Gegensatz zu seinen Vorgängern, die mit einem dogmatisch-systematischen Ordnen der Rechtsregeln beschäftigt waren, für welche die Geschichte also nur ein Beitrag zur Interpretation der geltenden zeitgemäßen Rechtsordnung war, interessierten sich Jhering und seine Nachfolger für die Ethnologie und Genetik der Rechtsregeln: man suchte die inneren und bewegenden Faktoren der Rechtsentwicklung. Um einen medizinischen Vergleich zu gebrauchen: während sich die formalistischen Dogmatiker für die Anatomie des Rechts interessierten, beschäftigt sich der funktionelle Realismus Jherings mit der Physiologie des Rechts.

Ein zweiter hervorragender norwegischer Professor, Oscar Platou, war wie Hagerup Anhänger der analytisch-synthetischen, konstruktiven Methode Jherings; stärker als dieser betonte er aber die naturgeschichtliche Methode und Idee von den Rechtsverhältnissen als Kombinationen eines rechtlichen ABCs¹⁵. — Der dritte und größte norwegische Jurist, Fredrik Stang, war in höherem Grade von dem späteren, sozial radikaleren und kulturwissenschaftlich orientierten Werk Jherings geprägt. Stang unterstrich wie der spätere Jhering den Zusammenhang der Rechtswissenschaft mit den übrigen Sozial- und Kulturwissenschaften und machte sich außerdem zum Fürsprecher einer universalgeschichtlichen Methode, die kraft der Führerstellung Stangs in der nordischen Gesetzgebungszusammenarbeit Anfang des Jahrhunderts das nordische Rechtsleben dieser Zeit beeinflusst hat. Im Gegensatz zu den beiden vorerwähnten Kollegen lehnte er jedoch die willentheoretische und subjektivistische Dogmatik Jherings sowohl im Recht des Schadensersatzes als auch im Vertragsrecht ab und betonte — sich insofern seinen dänischen Kollegen anschließend — die Notwendigkeit eines objektiv orientierten Vertrags- und Deliktsrechts¹⁶.

Auf streng rechtstheoretischer Ebene gewannen die Gedanken Jherings durch den dänischen Professor Viggo Bentzon vielleicht ihren bedeutendsten und dauerhaftesten Einfluß. Bentzon versuchte, die realistische Tradition von Ørsted und Goos mit der Lehre Jherings zu verbinden, die ihm während einer Studienreise bekanntgeworden war. Wie Jhering später die Rechtsregeln als Ergebnis sich widerstreitender Interessen ansah,

¹⁵ *Forelaesninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del* (1914) S. 2f.

¹⁶ *Innledning til Formueretten*, 3. Aufl. (1935); *Erstatningsansvar* (1927).

während er allerdings auf die Rechtssicherheit und die Konsequenz durch die juristische Konstruktion Rücksicht nahm, so stellte Bentzon den Grundsatz auf, daß der auslegende oder rechtsanwendende Jurist bei Zweifeln über das anzuwendende Recht als subsidiäre Rechtsquelle „die Natur der Sache“ anwenden und die Entscheidung durch Abwägung der Rücksichten einerseits auf die Regelbildung und die Konsequenz des Rechtssystems und andererseits auf die konkrete Gerechtigkeit suchen müsse¹⁷. Dieser elastische und kontrollierte Realismus herrscht seitdem in der nordischen Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung, wo somit das Recht als offenes und bewegliches System erlebt wird. Einige nordische Juristen, unter ihnen besonders Professor Henry Ussing¹⁸ in Dänemark und Professor Phillips Hult¹⁹ in Schweden, haben den Wert der juristischen Konstruktion für die Kontrolle der Abwägung der widerstreitenden Interessen betont; andere, wie Lundstedt und Fr. Vinding Kruse, haben, wie erwähnt, in höherem Grade den Gemeinnutz und die „Lebensanforderungen“ direkt als Rechtsquelle hervorgehoben. Kraft der Beeinflussung durch Bentzon sind zwei der bedeutendsten dänischen Juristen, Alf Ross und Knud Illum, dem Erbe Jherings verpflichtet. Am ausgesprochensten gilt dies wohl für Illum, der in seinem Buche „*Lov og Ret*“ (Gesetz und Recht)²⁰ (1945) der Tradition von Jhering und Bentzon nähersteht als Ross, der in seinem Buche „*Om ret og retfærdighed*“ (Über Recht und Gerechtigkeit) (2. Aufl. 1967)²¹ den amerikanischen und schwedischen Realismus zu verbinden versuchte. Ein dritter schwedischer Jurist, der Professor und frühere Außenminister Östen Undén, hat klar anerkannt und demonstriert, was er dem Realismus Jherings schuldig war. Die Begriffe Zweck und Funktion, die laut Undén das Verdienst Jherings sind, sind heute selbstverständliche Bestandteile der schwedischen rechtswissenschaftlichen Literatur²².

B. Die Dogmatik

In der dogmatischen Rechtswissenschaft hat Jhering insbesondere für die Diskussion um die Schadensersatznorm Bedeutung gehabt — hierunter für die Lehre vom negativen Vertragsinteresse. — In seiner Dissertation aus dem Jahre 1914 (*Skyld og Skade* = Schuld und Schaden) nahm Henry Ussing von der Maxime Jherings „Kein Übel ohne Schuld“, d. h. in dem Zusammenhang zwischen Schuld und Haftung, hierunter dem Ausmaß der Haftung, seinen Ausgangspunkt. Nach der Auffassung Jherings war be-

¹⁷ *Retskilderne* (1908); *Almindelig Retslære*, 2. Aufl. (1910); *Skøn og Regel* (1914); Dahl, *Geschichte* (Note 1) S. 106 ff.

¹⁸ Siehe z. B. „*Aftaler på Formuerettens område*“, 2. Aufl. (1945), S. 25 f., 93 ff., 332 ff., 360 ff., 382 ff.

¹⁹ *Civilrättsliga spörsmål* (1939) S. 2.

²⁰ Siehe auch Knud Illum, *Some Reflections on the Method of Legal Science and on Legal Reasoning*, Scandinavian Studies in Law, vol. 12 (1968) S. 49 ff.

²¹ *On Law and Justice* (1958); *Towards a Realistic Jurisprudence* (1946); *Tu-Tu*, Scandinavian Studies in Law, vol. 1 (1957) S. 137 ff.

²² Siehe Folke Schmidt, *Jherings Tradition im schwedischen Sachenrecht*, unten S. 206 ff.

kanntlich der menschliche Wille für die Haftung entscheidend. Wenn die Tat nicht dem Willen zur Last gelegt werden kann, so muß sie als ein Naturereignis aufgefaßt werden. Nach einer eingehenden Prüfung des Jheringschen Satzes verwarf Ussing die *Culparegel* als alleinbestimmende Haftungsnorm, wobei er außerdem betonte, die Grundlage der Haftung sei nicht im bösen Willen, sondern in den Anforderungen des Lebens zu suchen. Ussing entwarf sodann eine weitgehende Regel von der Gefährdungshaftung für außerordentlich gefährliche Tätigkeit, welche übrigens bei den Gerichten Dänemarks und Schwedens keinen Anklang fand, jedoch in Norwegen zum Teil befolgt worden ist. Dagegen ist eine Verschärfung und Objektivisierung der *Culparegel* eingetreten^{22a}. Die Lehre Jherings vom Gleichgewicht zwischen *Schuld und Haftung*, nach der der Umfang der Haftung vom Schuldgrade abhängen sollte, fand im nordischen Recht, das sich übrigens in diesem Punkt der Adäquanzlehre angeschlossen hat²³, nur für eine kurze Zeit und im begrenzten Umfange einen Anklang. — Die rechtliche Figur des nega-

^{22a} Stig Jørgensen, *Ersatz und Versicherung*, Versicherungsrecht, 1970, S. 193—208.

²³ Interessant ist es, daß die Lehre Jherings vom Gleichgewicht zwischen Schuld und Haftung etwa gleichzeitig von Ludwig von Bar (*Die Lehre vom Kausalzusammenhang* [1871]) in einer Ursachenterminologie formuliert wurde: Folgen, die ein *bonus paterfamilias* als wahrscheinlich nicht voraussehen kann, sind durch die fahrlässige Handlung nicht verursacht, sondern bloß bedingt; anscheinend ist v. Bar nicht durch Jhering beeinflusst, der lediglich in Note 14 am Rande erwähnt wird. — Zweifelsohne handelt es sich aber um das gleiche Bedürfnis und den gleichen Gedanken, welche in der späteren Adäquanzlehre formuliert werden, vgl. v. Kries, *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie (1888), und in der nordischen Deliktslehre, die durch den Dänen Goos, (und den Norweger Getz) geschaffen wurde. Die Deliktslehre Goos' nahm — wie in Jherings *Schuldmoment im römischen Privatrecht* (1867) — in einer Unterscheidung der objektiven und subjektiven Elemente des Delikts seinen Ausgangspunkt; eine Handlung sei „objektiv rechtswidrig“, wenn sie die Grenzen der aus Rücksicht auf die „Rechtsgüter“ der Handlungsfreiheit gesetzten Grenzen überschreite; die Vornahme dieser Abwägung ist durch einen *bonus paterfamilias* gedacht unter Abwägung einerseits der Möglichkeit einer Schädigung und andererseits des allgemeinen Wertes der Handlung. Wenn gleichzeitig für den Umfang der Haftung der gleiche Grundsatz maßgebend sein soll, gibt es keinen größeren Unterschied zwischen der Auffassung Jherings, v. Bars, v. Kries' und Goos' von den Grenzen der Haftung. — Wir wissen, daß Goos während einer Studienreise den „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“ (I–IV, 1852–1865) Jherings gelesen hat; es finden sich aber keine Hinweise auf Jhering, weder in den §§ 7–13 seines „Allgemeinen Teiles des dänischen Strafrechts“ (*Den danske Strafferets almindelige Del* 1878) noch in seiner „Allgemeinen Rechtslehre I–II“ (*Den almindelige Retslære* I–II [1885–92]), I, S. 191 ff., 327 ff.; dagegen verweist Goos mehrmals auf v. Bar (Die Lebensregel) und Stuart Mill (wie v. Bar und Jhering). — Es handelt sich hier wahrscheinlich um ein allgemeines Bedürfnis nach einer Begrenzung der Haftung, hervorgerufen z. T. durch die zunehmende Häufigkeit und Größe der Schäden, teils durch die weitgehende Bedingungslehre Stuart Mills, vgl. Hans Stoll, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Recht und Staat 364/65 (1968), S. 3 ff. Das zweite Glied der Deliktslehre wurde später durch die Adäquanzlehre ersetzt, Stig Jørgensen, *Erstatningsret* (1966) S. 184 ff.; s. über die nordische Deliktslehre C. Torp, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Jahrg. 23, S. 87, vgl. v. Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht* II (1907), S. 213, Note 69 a.

tiven Vertragsinteresses lebt noch im skandinavischen Recht. Die Begründung ist aber hier eine andere als im deutschen Recht, da sich das skandinavische Recht seit Ende des vorigen Jahrhunderts dem Vertrauens- und Erwartungsgrundsatz angeschlossen hat und infolgedessen die Nichtübereinstimmung des Willens und der Erklärung zugunsten des gutgläubigen Versprechensempfängers hat fortfallen lassen²⁴. Da außerdem zweifelhaft ist, ob der Ersatzanspruch von der *culpa in contrahendo* bedingt ist oder ob er überall erhoben werden kann, wo allgemeine vertragsrechtliche Haftungsvoraussetzungen vorliegen, ist es fraglich, welche selbständige Bedeutung diese Figur im herrschenden nordischen Recht hat. — Die Besitzlehre Jherings hat der nordischen Diskussion ihr Gepräge verliehen; da dieses Thema aber schon behandelt worden ist²⁵, werde ich es hier übergehen.

III. *Schlußfolgerungen*

Wie sich aus dem hier Gesagten ergibt, bin ich der Auffassung, daß Jhering die skandinavische Rechtsauffassung und Rechtswissenschaft unmittelbar oder mittelbar wesentlich beeinflußt hat. Es mag wie gesagt schwierig sein, den herrschenden Stand konkret und in Einzelheiten darzustellen. Es genügt nicht, sich auf Angaben der einzelnen Autoren über ihre Quellen zu beziehen. In der derzeitigen Generation hatten die meisten keine klare Vorstellung von den Quellen ihrer Terminologie, Begriffsbildung, Systematik und Methode. Frühere Kulturstufen haben dazu beigetragen, zu rechtlichen und rechtswissenschaftlichen Problemen eine Einstellung zu schaffen, die sich ohne eine tiefgehende wissenschaftliche Untersuchung der Erkenntnis entzieht. — Zweifellos ist die skandinavische Rechtswissenschaft Jhering zu Dank verpflichtet, wenn man in den jüngsten Generationen ganz selbstverständlich die Rechtsregeln und Rechtsbegriffe als Werkzeuge behandelt, deren zweckmäßige Funktion im Dienste eines gesellschaftspolitischen Zweckes für ihre Daseinsberechtigung entscheidend ist. Auch besteht wohl kein Zweifel, daß die Anerkennung der juristischen Konstruktion als Modell der weiteren Strukturierung der Rechtsregeln zu dem Zwecke, die in den Rechtsgrundsätzen implizierten Wertsätze und Rangordnungen konsequent festzuhalten, auf der Beeinflussung durch das Werk Jherings beruht. — Schließlich sei betont, daß das Lebenswerk Jherings — auch in Skandinavien — die Erkenntnis erleichterte, daß das Recht eine allgemeine und wichtige soziale und kulturelle Tatsache ist und daß die Rechtswissenschaft einen Teil der allgemeinen Gesellschafts- und Kulturwissenschaft ausmacht.

²⁴ Stig Jørgensen, a.a.O. (Note 2) S. 83.

²⁵ Folke Schmidt, *Jherings Tradition im schwedischen Sachenrecht*. Unten S. 206ff.

SYMMETRI OG RETFÆRDIGHED

I. Indledning. Problemstilling

Symmetri betyder bl.a. det lige eller det rette mål. Ordet har altså tildels samme betydningsindhold som ordet harmoni. Begge ord er af græsk oprindelse og udtrykker noget væsentligt om græsk tænkning og vurdering. Forestillingen om en kosmisk orden, som styrer såvel naturen som menneskelivet i overensstemmelse med evige og uforanderlige love, går helt tilbage til den homeriske tankeverden. Selv om det var grækerne, som gav disse forestillinger det mest prægnante udtryk, og i kraft af den målbevidste stræben efter en videnskabelig og rationel behandling af tilværelsen har fået den største indflydelse på vores forestillingsverden, må man ikke overse, at de tanker og forestillinger, som ligger bag symmetritænkningen, har mere almenmenneskelig karakter, og at grækerne selv har modtaget væsentlige inspirationer fra de ældre mellemøstlige kulturer. Jeg vil ikke driste mig til at påstå, at symmetritænkningen er en fundamental menneskelig tankeform, men jeg vil forsøge at dokumentere, at bestemte tanke- og reaktionsmønstre genfindes inden for den sociale tænkning inden for de fleste kendte kulturer gennem tiderne. Man skal dog ikke forvente en universalhistorisk oversigt, men jeg vil tillade mig at koncentrere mig om de problemstillinger, som jeg har mest forstand på inden for den rets- og statsteoretiske idéhistorie.

Symmetri er et begreb, som især har fundet anvendelse inden for fysikken og geometrien til at beskrive den situation, at to eller flere punkter, linier eller figurer er ligedannede i forhold til en lodret midterakse eller et midterplan, men symmetribegrebet har forskellige andre beslægtede betydninger. Vi har tidligere set, hvorledes vægten i fysikken fremtræder som det mest fuldkomne udtryk for symmetri. Det udfordrende og fascinerende for en retsteoretisk betragtning er, at vægten fra de ældste tider og til nutiden har været symbolet for ret og retfærdighed.

Når vi i nutiden tænker på retten, tænker vi samtidig på den symbolske fremstilling heraf gennem fru Justitia, som står med bind for øjnene med vægten i den ene hånd og sværdet i den anden. Der ligger overordentlig megen forskellig symbolik i denne fremstilling, som jeg senere skal vende tilbage til, men på dette sted skal jeg blot konstatere, at begreber som lighed og ligevægt i forskellige former altid har været integrerende bestanddele af retfærdighedsbegrebet, d.v.s. kriteriet for samfundets indretning og for relationerne mellem menneskene indbyrdes. Vi skal se, hvorledes kravene til retfærdigheden kan

spaltes op i forskellige relationer. Analytisk kan man skelne mellem et formelt og et materielt aspekt. Det formelle aspekt kan siges i princippet at være identisk med selve normbegrebet, d.v.s. med tanken om, at lige tilfælde skal behandles lige ud fra et eller andet kriterium.

I materiel henseende har man siden Aristoteles' dage to almindelige problemstillinger, hvorefter den ene angår relationerne mellem enkeltindividerne. Man taler her om den udlignende retfærdighed. Den anden angår fordelingen af værdier i samfundet. Den tredje relation er kriteriet for den almene norms anvendelse på et konkret tilfælde. Her siges det strenge retfærdighedskrav at kunne modificeres af billigheden (*epieikei*, *aequitas*, *equity*). Udviklingshistorisk følger de tre materielle ideer efter hinanden i den angivne orden [1].

Sprogligt er der ingen tvivl om, at ordet symmetri er et såkaldt plus-ord. Hertil svarer andre plus-ord som harmoni, balance, ligevægt, ro, orden o.lign., mens der til begrebet asymmetri associeres negative udtryk som disharmoni, uligevægt, kaos og uro. Man skal dog ikke lade sig narre af det sproglige udtryk, men gøre sig klart, at der til det indhold, som svarer til det sproglige udtryk, findes betydningsvarianter med modsat fortegn. Til det positive betydningsindhold i symmetri findes tilsvarende negative betydninger, såsom stilstand, kedsomhed, uspændende, ro og orden nærmest i betydningen undertrykkelse, og til det negative asymmetri findes tilsvarende positive betydninger: vækst, udvikling, fornyelse. Det er af værdi at understrege denne omstændighed, eftersom den afspejler ambivalensen i vor holdning til symmetribegrebet og de dertil svarende sociale realiteter. Såvel samfundet som det enkelte menneske har behov for både tryghed og frihed, stabilitet og udvikling, og vi har heldigvis ord og begreber, hvormed vi er i stand til at udtrykke og retfærdiggøre begge dele. Som vi skal se, har især kontraktskonstruktionen kunnet anvendes til at begrunde såvel det ene som det andet. Den vederlags-tænkning, som måske er det allermest centrale element i vore retsforestillinger, kan i statiske perioder begrunde opretholdelse af uforanderlige og statusprægede relationer, men kan i dynamiske perioder anvendes som udtryk for den individuelle frihed til at bryde de overleverede relationer og at skabe nye muligheder for udvikling. Bag tanken om den rette orden af det gode liv ligger altid forestillingen om den kontrollerede udvikling. Det er heller ikke vanskeligt at forstå, at det forholder sig således. Såvel individualpsykologisk som sociologisk er det fatalt, hvis man ikke er i stand til at forudberegne konsekvenser. 1. *Ota Weinberger*, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 25 (1974) p. 23–38 foretager en principiel filosofisk analyse af lighedsbegrebet og forholdet til den formelle og materielle retfærdighed. *Torstein Eckhoff*, *Rettferdighet* (1971) analyserer argumentationen for udveksling og fordeling af værdier i samfundsvidenskaberne.

kvenserne af sine egne og andres intentioner og handlinger. Et vist mål af stabilitet og lovmæssighed er en nødvendighed såvel for individet som for samfundets funktion.

II. Mytologi og symbolik

Jeg nævnte før, at vægten altid havde været rettens symbol. Fra de ældste ægyptiske kulturer (ca. 3500 f. Kr.) finder man et gravmaleri forestillende dødsguden Anubis i færd med at veje den afdødes gode gerninger på en vægt. I den ene vægtskål har han anbragt afdødes hjerte, i den anden en fjer som symbol på retfærdigheden. Underenden sidder uhyret, Amemit, parat til at fortære den afdøde, hvis han bliver fundet for let. Vægten er altså ikke alene rettens, men også dødens symbol, hvilket finder sit kosmiske udtryk i den babyloniske astronomi, der giver det stjernebillede, hvori solen står ved efterårsjævndøgn den 23/9, navn efter vægten. I overensstemmelse med den mytiske tænkning dør solen og dermed livet på dette tidspunkt og genfødes ved forårsjævndøgn, som er påsketide. Det er vigtigt allerede her at notere sig, at den kaldæiske visdom, dens talmystik, dens kosmologi baseret på solen og stjernerne, senere fik stor indflydelse på den førsokratiske naturfilosofi og især på de såkaldte pythagoræere. Kaldæerne lavede ikke blot en kalender, men inddelte også året i fire årstider, symbolsk udtrykt gennem solhjulet med de fire radier, der på en måde bliver et dobbelt symmetrisk symbol på retfærdigheden [2].

Hvis vi et øjeblik vender os til den græske kosmologi, vil vi se, at grækerne oprindeligt opererede med to årstider, nemlig sommer og vinter. Allerede på Homers tid var man på grund af klimatiske ændringer og skibsfartens afhængighed af stjernehimlen begyndt at regne med tre årstider, nemlig forår, sommer og vinter, hvorimod høsten som en egentlig fjerde årstid første gang nævnes hos astronomen Hippokrates i det 5. årh. f. Kr. [3]. Det er velkendt, at den græske tænkning netop i denne periode, der domineredes af persernes ekspansion i Lilleasien, var under stærk påvirkning af persisk tænkning, som i sig havde optaget den babyloniske kultur. Man søgte det evige og uforanderlige i

2. *Bernhard Rehfeldt*, *Die Wurzeln des Rechts* (1951) Kap. IV, *samme*, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (3. Aufl. ved *Manfred Rehbinder*, 1973) § 21; *A. Jeremias* (infra n. 7) p. 184 ff. og 193 ff. Vægten optræder først o. 2000 ved det semitiske dynasti o. Hammurabi. Muligvis har semitterne bragt den til Babylon, se *Jeremias* p. 205; vædderen blev samtidig forårssymbol.

3. *Kleine Pauly* II (1958), jfr. note 5, sp. 1301, *West* (infra n. 4) p. 109.

den foranderlige sanselige verden og forestillede sig tilværelsen som et fortsat kredsløb [4].

Oprindelig er de græske guder ret uinteresserede i menneskene [5]. Naturen går sin gang i overensstemmelse med lovmæssigheder, som selv guderne er underkastet. Vinter kommer efter sommer, og sommer kommer efter vinter, og menneskene kan på én gang håbe og nære tillid til årstidernes vekslen. Men i det 7. århundrede ser vi, hvordan guderne og dermed årstiderne moraliseres. Hos Hesiod bliver de tre horaer, som hos Homer er gudinder for årstiderne, tillige gudinder for de vigtigste elementer i samfundsordenen. Horaerne er døtre af Zeus og gudinden Themis, der oprindelig var hende, som gav Zeus gode råd, men som efterhånden personificerer den overleverede sædvaneret og den traditionelle samfundsorden. Af de tre horaer er Eunomia den lovlige ordens håndhæverske, Dike er rettens gudinde, og Eirene er fredens gudinde. I denne allegoriske form udtrykker Hesiod dels den gamle græske opfattelse af korrespondancen mellem den kosmiske og den menneskelige orden og erkendelsen af, at freden, som er samfundets livsbetingelse, er afhængig dels af retten og dels af rettens håndhævelse. Fjenderne af retfærdighed er Hybris (overmod eller rettere overmål) og Eris (strid), og Eris' døtre Dysnomia (uorden), Lethe (glemsomhed) og Amfilogiai (falske og tvetydige ord) [6].

I denne forbindelse er især Hybris af stor betydning for forståelsen af græsk tænkning. At gøre sig skyldig i hybris vil sige at tage mere, end »sin lod«, d.v.s. mere, end der er tildelt én af skæbnen eller moirerne, der ligesom de nordiske norner udmåler, spinder og afklipper den menneskelige livstråd. At enhver har fået tildelt sin lod i tilværelsen, at han skal nøjes med sin således tildelte lod og i øvrigt give enhver sit, er en central tankegang i senere græsk, romersk og europæisk naturretstænkning. Det interessante er, at de tre moirer dels er søstre til horaerne, dels også i et vist omfang har de samme funktioner som nærvæ-

4. *M. L. West*, *Early Greek Philosophy and the Orient* (1971), *B. L. van der Waerden*, *Die Astronomie der Pythagoreer* (1951).

5. *Hugh Lloyd-Jones*, *The Justice of Zeus* (1973) p. 161 og passim. Se i øvrigt til det følgende især *Roscher*, *Ausführliches Lexicon der griechischen und römischen Mythologie*, ad Dike, Horai, Moira og Tyche, og *Pauly*, *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, ad samme ord.

Se også vedrørende græsk ret og mytologi, *Julius Stone*, *Human Law and Human Justice* (1965) §§ 2–4, *Rudolf Hirzel*, *Themis, Dike und Verwandte* (1907), *H. Vos*, *Themis* (1956), *J. E. Harrison*, *Themis* (1927), *Felix Flückiger*, *Geschichte des Naturrechts I* (1954), *A. Verdross*, *Abendländische Rechtsphilosophie* (1963) I. Abschnitt, *Erik Wolf*, *Griechisches Rechtsdenken I* (1950) p. 19 ff. *Edgar Bodenheimer*, *Jurisprudence* (rev.ed. 1974) Ch. I.

6. Se bl.a. *West* (l.c. n. 4) p. 176 ff. og *Frisch* (infra n. 17) I p. 362.

rende ved fødsel, bryllup og død. Endnu mere interessant er den metamorfose, som efterhånden finder sted. Allerede hos Pindar o. år 500 er gudinden Tyche blevet en af moirerne. Efterhånden bliver hun den vigtigste og ender med at substituere dem alle. Tyche er skæbnens, men derfor også dødens gudinde, men udvikler sig efterhånden til at være også heldets og lykkens gudinde. I løbet af det sjette århundrede ser man, at Tyche bliver den fjerde hora. Det er ikke muligt at dokumentere, at dette sker samtidig med inddelingen af året i fire årstider, men det er dog påfaldende, at den fjerde årstid netop var efteråret, og at man efter babylonisk mønster brugte vægten som efterårets symbol. I løbet af de foregående 2200 år havde jordaksens præcession ændret sig så meget, at efterårs- og forårspunktet havde flyttet sig i stjernebilledet, således at jomfruen var vandret ind på vægtens plads [7]. Man finder da også ofte Tyche identificeret såvel med jomfruen som stående med vægten i hånden [8].

Hermed er dobbeltsymmetrien etableret. De fire akser er herefter på den ene side retten og på den anden side tilfældet, og på den anden akse ordenens håndhævelse og på den anden side freden. Men man må erindre sig, at Tyche oprindeligt personificerer ikke det tilfældige, men den mennesket tildelte lod. Det er først senere, at Tyche personificerer det lykkelige tilfælde. I denne egenskab optræder Tyche senere i den efterklassiske tid som en vigtig guddom, der i øvrigt videreføres i Rom gennem den gamle fru Fortuna, som får anbragt sol eller lykkehjulet i sin hånd. Men Fortuna har også undertiden vægten i sin hånd. Det er interessant i denne forbindelse at mærke sig, at Fortuna var overflodens og handelens gudinde [9]. I den ældste romerske ret var vægten et rituelt instrument til overførelse af ejendomsret. Ifølge de tolv tavlers lov kunne ejendomsret kun overføres per aes et libram, d.v.s. et ritual, som svarer til skødningen ved overdragelse af fast ejendom. Man slog på et stykke kobber på en vægt, formentlig et ritualiseret relik af en tidligere vejningspraksis [10]. Men det er jo velkendt, at møntenheder i de ældre tider altid var vægtenheder. Ordet lod betyder både vægtloddet, den lod, som man får tildelt i livet, og

7. Sml. *Jeremias*, Handbuch der altorientalischen Geisteskultur, 2. Aufl. 1929, p. 202 og 220.

8. Se *The Oxford Classical Dictionary*, ad Tyche, *Roscher* V (l.c. n. 5) sp. 1330 ff., især sp. 1341 og 1343. Se også *Pauly* VII (l.c. n. 5) sp. 1649; efterhånden en Pantheia (algudinde) ligesom Fortuna i Rom.

9. *J. E. Harrison* (l.c. n. 5) p. 524 ff, *The Oxford Classical Dictionary*, ad Tyche, Horae, Fortuna og Fate samt ad Balance og Justice. *Pierre Lavedan*, Dictionnaire illustré de la mythologie et des antiquités grecques et romaines (3. ed. 1931) ad Balance og Justice, *Lloyd-Jones* (l.c. n. 5) p. 160.

10. *Max Kaser*, Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt (1955) p. 37 ff., *György Diosdi*, Ownership in Ancient and Preclassic Roman Law (1970) p. 62 ff.

grundlaget for den tilfældige lykke eller held, som man har i ordet lodseddel. Men der er rigtignok sket en væsentlig udvikling i ordets betydning, og de til grund herfor liggende forestillinger om menneskets vilkår.

For nu at få det mytologiske gjort færdigt lad os så forestille os, at den senere fru Justitia er en kombination af gudinderne Dike og Tyche. Hvis vi går ud fra, at Tyche repræsenterer vægten, er det naturligt at opfatte sværdet som en afløser af den stav, som Dike oprindeligt var udstyret med. Eunomia og den lovlige magts symbol er i denne henseende sikkert en afspaltning af den oprindelige Dike. Hos Homer er Dike nemlig den gudinde, som træder ind imellem de stridende parter eller slår midt imellem parterne med dommerstaven. Den oprindelige betydning er at kaste pind, og man forestiller sig, at Dike som voldgiftsmanden kaster sin stav og på denne måde træffer sin afgørelse i en strid [11]. Men også kampdommeren er i midten. I Iliaden ser man også Zeus holde den livløse Achilles og Memnon på en vægt [12]. I 5. Daniels Bog, Vers 25, støder vi også på den bekendte historie om Daniel, som for den babyloniske konge oversætter skriften på væggen, *mene mene tekel ufarsin*, til: Du er vejret og fundet for let. Miner og sekler var tillige vægt- og møntenheder, og det er denne tvetydighed og dybsindighed, som anekdoten er baseret på. Vægten er altså både en skæbnevægt, en handelsvægt og en moralsk og retlig vægt.

III. Gensidighed, forholdsmæssighed og ækvivalens

A. Retshåndhævelsen

I primitive samfund er der ingen central magt, som fordeler værdier og tildeler status [13]. Der er derfor heller ingen højere magt til at opretholde orden og reagere mod krænkelse. Inden for de enkelte stammer har alle deres eksistens knyttet til den økonomiske enhed, som enten er en hjord som i et nomadesamfund eller et landbrug. På endnu mere primitive udviklingstrin er det udbyttet af jagten, som fordeles i forhold til statusprægede normer mellem samtlige til stammen hørende. Der er ikke behov for nogen kontrakt, for alle yder og modtager i overensstemmelse med de overleverede normer. De ældre repræsente-

11. Hirzel, (1.c. n. 5) p. 93 og 99.

12. Hirzel, p. 89 og 228.

13. Se til det følgende Stig Jørgensen, Kontraktsret I (1971) Kap. I m. henvisninger, *samme*, Erstatningsret (2. udg. 1972) Kap. I m. henvisninger, *samme*, Erstatning for personskaade og tab af forsørger (3. udg. 1972) p. 4 ff. m. henvisninger, *samme*, Ret og samfund (1970) p. 82 ff., jfr. p. 40 ff.; se også Torstein Eckhoff, Rettferdighet (1971), Max Gluckman, Politics, Law and Ritual in Tribal Society (1965) p. 17 f., 48 f. og 63 f., *samme*, Ideas and Procedure in African Law (1969) p. 71 ff., P. B. Bohannan, Law and Warfare (1967) p. 3 ff., Jere-mias (1.c. n. 7) p. 52 ff.

rer erfaring, og børnene repræsenterer fremtiden. Under statiske samfundsforhold, hvor erfaring har en høj værdi, er det indlysende, at der hverken behøves kontraktlige relationer eller sociale eller filantropiske organisationer til at tage vare på alderdoms- og børneforsorg. Men selv i de mest primitive kulturer kendes dog eksempler på vareudveksling mellem stammerne, hvilket normalt foregår gennem udveksling af ydelse mod ydelse.

Retshåndhævelsen var nødvendigvis en privat sag. Kommer man ud for en forurettelse, er det den krænkede eller hans slægt, som selv må drage omsorg for reaktionen, som overalt er hævn. Det siger sig selv, at chancen for at få hævn er afhængig af, hvor mange og hvor mægtige hjælpere man har. Man forstår derfor betydningen af at tilhøre en kraftfuld stamme eller slægt. Det er lige så klart, at mulighederne for at få lov til at være i fred står i forhold til den mulighed, man har for at slå igen. Derfor er det urigtigt og uhistorisk at ville fordømme hævnretten som noget negativt. I sin tid har hævnretten ikke alene været acceptabel men det nødvendige grundlag for samfundets eksistens. Hævnretten virker ikke alene efterfølgende genoprettende, men virker også fremad og præventivt [14].

I alle primitive samfund vil man også finde, at retshåndhævelsen — og der er tale om en retshåndhævelse — ligesom værdifordelingen er objektiv. Det enkelte individ har ingen selvstændig retsevne, men har kun betydning som medlem af kollektivet. En krænkelse af individet er en krænkelse af hele slægten eller gruppen, og hævnen hører slægten til. På denne måde kunne hævnen bølge frem og tilbage mellem slægter og stammer, og det kan samfundet ikke så godt tåle i længden, eftersom såvel landbrug som handel kræver fredelige samfundsforhold. Det er da også et vigtigt træk i samtlige kendte kultursystemer gennem tiderne fra Hamurabis lov til den vesteuropæiske udvikling i nyere tid, at den ubegrænsede hævn afløses af forestillingen om, at der skal være et nøjagtigt forhold mellem krænkelsen og hævnen. Bedst kendt er det såkaldte talionsprincip fra det gamle Testamente. Øje for øje og tand for tand. Der er ingen tvivl om, at talionsprincippet oprindelig udgjorde et stort spring fremad i samfundsudviklingen.

Det næste stadium i udviklingen er konverteringen af hævn og talion til bøder, d.v.s. pengebeløb, som afløser hævnen. Oprindelig må man forestille sig, at disse affindelsesbeløb er fastsat i form af voldgift i de enkelte konfliktsitua-

14. Se *Ole Fenger, Fejde og Mandebod* (1971) og forf.s anmeldelse i *Historisk Tidsskrift* 12. VI (1972) p. 209 ff.

tioner [15], men efterhånden ser man at bødebeløbene fastsættes til bestemte takster, som indgår i mere eller mindre faste katalogpriser, så og så meget for at slå en ihjel, og så og så meget for en arm, et ben, en tå eller en næse. Mens hævn og fejdeinstituttet litterært er knyttet mest til det homeriske storbondesamfund o. 800 før vor tidsregning og til de islandske sagaer, i begge tilfælde beretninger om tidligere samfundstilstande, finder man bødesystemerne udviklet såvel i de nordiske landskabslove fra det 12. og 13. århundrede som i Hamurabis lov 1700 år før vor tidsregning. Fra de samtidige hittitiske straffelove fra det gamle testaments noget yngre Mosebøger (ca. 6.–8. årh. f. K.), fra Solons Grækenland o. år 600 f.K. og fra de tolv tavlers lov i det førklassiske Rom o. 450 f. K. I alle disse tilfælde ser man, at bødesystemet forudsætter en tidligere eksisterende hævnret, som af og til slår igennem, og at bødetaksterne konkurrerer eller konkorderer med en erstatningspligt for indtrufne skader [16].

Oprindelig er reaktionen som nævnt kollektiv og objektiv, idet den ikke er betinget af gerningsmandens skyld, men efterhånden ser man, hvorledes de kollektive samfundssystemer opløses og giver plads for en individuel ansvarstænkning. Fra ca. midten af det 5. årh. ser man, at samtlige middelhavskulturer, såvel Palæstina som Grækenland og Rom, bevæger sig ind på en individualistisk samfundsopfattelse. Konsekvensen heraf bliver på den ene side, at det er individet, og kun individet, der er ansvarligt for sine gerninger, og at ansvaret i et vist omfang knyttes til gerningsmandens subjektive skyld. Endnu på Aiskylos' tid ser man i Orestien, hvorledes det er slægtens skyld og den uafvendelige skæbne, som afgør sagen, men allerede få år senere hos Euripides er udviklingen afsluttet med et individuelt ansvar. En tilsvarende udvikling finder sted også i de europæiske lande men forskudt et par tusind år. Først i midten af det 18. årh. finder vi en fuldstændigt udviklet adskillelse mellem strafferet, som var samfundets reaktion, og erstatningsret, som er den private reaktion, samt fuldt udviklet individuelt ansvar knyttet til gerningsmandens individuelle skyld.

Det fører for vidt her at gå i detaljer, men i det store og hele er stillingen den, at straffen fastsættes og gennemtvinges af samfundet og sættes i forhold til den udviste skyld, mens erstatningen er en privatretlig reaktion, som giver den, der har lidt et økonomisk tab, ret til at kræve et erstatningsbeløb hos skadevolderen i forhold til den lidte skade.

15. Erstatningsret (n. 13) p. 3; se også *Torstein Eckhoff*, (1.c. n. 1) p. 161, *Gluckman* (Ideas etc. 1.c. n. 13) p. 71 ff., *samme* (Politics etc. 1.c. n. 13) p. 169 ff., *Bohannon*, (1.c. n. 13) p. 12 f.

16. *A. S. Diamond*, *Primitive Law* (2. ed. 1950) p. 1 f., *Stone* (1.c. n. 5) p. 18 ff.

Af særlig interesse for symmetritemaet er det, at såkaldt »spejlende straffe« genfindes langt op i historien. At en straf er spejlende vil sige, at den ligesom *talion* tilsigter at udrydde forbrydelsen ved at udslette dens redskab, f.eks. derved, at tyvens hånd afhugges, og at mordbrænderen brændes.

Den retlige gengældelsestænkning har dybe rødder i moralske og religiøse forestillinger. Den gode handling belønnes med en god samvittighed i denne tilværelse og med sjælens frelse efter døden, medens den slette handling straffes med en dårlig samvittighed og med sjælens fortabelse [17]. I Matth. 25.33–46 udmales Dommens dag, da fårene skilles fra bukkene og henvises til henholdsvis evigt liv og evig straf. Ifølge Moseloven skal man gengælde ondt med ondt, og synd gengældes med straf, ifølge Bjergprædikenen gengældes ondt med godt, medens synderne forlades, men tankegangen er i begge tilfælde struktureret symmetrisk.

Det er klart, at denne udvikling må sættes i forbindelse med udviklingen i de økonomiske og sociale forhold. Det er især urbaniseringen, som igen er betinget af handel og søfart, som opløser de traditionelle statusrelationer og skaber muligheden for en successiv udvikling af samfundets institutioner i takt med den tiltagende arbejdsdeling og produktion. I takt hermed stiger behovet for samfundsmæssige institutioner.

B. Kontrakten

Den individualistiske samfundsopfattelse er ikke alene en betingelse for det individuelle ansvar men også forudsætningen for den privatretlige kontrakt. Forestillingen om individets evne og ret til frit at træffe aftale med andre om udveksling af ydelser af forskellig art er betinget af individualismen, men naturligvis i sidste ende fremkaldt af det stigende behov for at kunne indgå nye partsbindingsmønstre svarende til de nye samfundsforhold, der var domineret af handel og søfart. Men fra de ældste tider har man næret mistillid til den fuldstændig frie kontraktsteknik af frygt for misbrug og udnyttelse. Endnu så sent som i den klassiske romerret havde man ikke accepteret, at andre kontraktstyper end de hidtil accepterede var retligt forpligtende. Man tilsigtede især at omgive ensidige forpligtelseserklæringer med formelle garantier, som

17. Tilsvarende forestillinger vandt indpas i græsk tænkning gennem den pythagoræiske skole, som var undergivet en stærk indflydelse fra persisk Zoroaster religion, se *v.d. Waerden* (l.c. n. 4) p. 8 f., *West* (l.c. n. 4) p. 176 ff. I kraft af denne indflydelse dannedes den metafysik hos Platon og Aristoteles, der førte til en apriorisk etik, måske også under indflydelse af tilbageslaget for demokratiet og den sofistiske relativisme efter den peloponnesiske krig, se *Hartvig Frisch*, *Europas Kulturhistorie* (2. udg. 1961) I p. 468.

sikrede mod misbrug. I øvrigt var det normalt en betingelse for en kontraktretlig forpligtelse, at den var etableret i overensstemmelse med en af de overleverede kontraktstyper, som sikrede, at der blev præsteret et vederlag (synallagma).

Først med Hugo Grotius i begyndelsen af det 17. årh. nåede man frem til en anerkendelse af en principielt fri og formløs kontraktsindgåelse [18]. I middelalderens statiske samfund søgte man i enhver henseende at beskytte individerne mod misbrug. Baseret på så stor en autoritet som Thomas Aquinas og hans lære om den rette pris (justum pretium) og forhold mellem ydelse og vederlag (laesio enormis) opretholdt og gennemførte man et fintmasket net af maksimalpriser og forbud mod renter og udnyttelse.

Denne ækvivalensdoktrin, som havde til formål at sikre en nogenlunde ligevægt mellem værdien af parternes ydelser i de almindelige gensidigt bebyrden- de kontraktsforhold, overtages af den senere spanske moralfilosofi og indgik derfor også i den almindelige kontraktlære, som Hugo Grotius under indflydelse heraf udformede i begyndelsen af 1600-tallet. Til gengæld for den frie og formløse kontraktskompetence udformede Grotius og den senere naturretliges retslære (Pufendorf, Thomasius, Wolff) som supplement til den overleverede lære om erstatningsansvar for kontraktsbrud en generel doktrin om ret til forholds-mæssigt afslag, såfremt den præsterede ydelse er mangelfuld, og ret til fuldstændig ophævelse af kontrakten i tilfælde af væsentlig misligholdelse. Pufendorf udtrykte tankegangen mest prægnant i udsagnet om, at man i kontraktsforhold skal tage lige så meget ind, som man giver ud. Denne doktrin er overtaget af senere europæisk kontraktsret og overbygget med en almindelig doktrin om bristende forudsætninger eller forrykkelse af kontraktens grundlag. I tysk doktrin nævnes netop *Äquivalenzstörungen* som det mest markante brud på parternes *Geschäftsgrundlage*. For at sikre kontraktsparterne mod misbrug, har man efterhånden også accepteret forskellige ugyldighedsgrunde såsom tvang, svig, vildfarelse, som har deres rod tilbage i romerretten. De fleste lande har desuden accepteret regler om ugyldighed i tilfælde af udnyttelse af andres underlegenhedstilstand til at opnå en ydelse, som står i misforhold til modydelsen, og forskellige såkaldte generalklausuler, som har til formål at til-sidesætte urimelige kontraktsvilkår, især i tilfælde af udnyttelse af forbrugere og tilsvarende svagere persongrupper. Her i landet er der som bekendt frem-

18. Se Stig Jørgensen, Grotius' kontraktlære, Tidsskrift for Rettsvitenskap 1967 p. 457. *samme*, Fire obligationsretlige afhandlinger (1965) p. 46 f., 112 f. og 121 f. og *samme*, Træk af privatrettens udvikling, Acta Jutlandica XXXVIII:1 (1966) p. 11 ff. og F. Wieacker, Privat-rechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967) p. 295 ff., 311 og 520.

sat lovforslag om en sådan almindelig adgang til at tilsidesætte urimelige kontraktvilkår, men også i andre lande har man eksempler på regler, der hjemler tilsidesættelse af aftaler og vilkår, som strider mod *gute Sitten* og *Treu und Glauben* [19].

Flere ulovbestemte *retsinstuturter* med rod i romerretten er baseret på lignende forestillinger om forholdsmæssighed og vederlag. Ligesom strafferetten er baseret på en negativ sanktion, der står i forhold til forbrydelsens grovhed, følger det af den såkaldte »berigelsesgrundsætning«, at en »ugrundet« berigelse eller i hvert fald besparelsen skal afgives af den, som opnår berigelsen eller besparelsen til den, som lider et tab herved, f.eks. når nogen i god tro forbedrer andres ting eller omvendt råder over dem. Tilsvarende har den, der uanmodet men velbegrundet handler på en andens vegne, krav på godtgørelse af sine udgifter (*negotiorum gestio* og nødret) [20]. Tankegangen er velkendt inden for den moralske og politiske argumentation om forholdsmæssighed mellem indsats og udbytte, jfr. ndfr. V.

IV. Ret og billighed

Denne doktrin om lempelse af byrdefulde kontraktvilkår, er idémæssigt afledt af den i indledningen nævnte 3. form for materiel retfærdighed [21]. Tankegangen går tilbage til de førsokratiske sofister, som var grundlæggerne af den grammatiske videnskab ved som et led i deres dialektiske øvelser at udforme en almindelig lære om betydning, etymologi, og sondringen mellem det almindelige problem og det individuelle tilfælde. Det var sofisten Gorgia, som første gang opfattede forholdet mellem den almindelige strenge regel og det enkelte tilfældes krav som et retfærdighedsproblem (*epieikei*), men det var Platon, som udformede en almindelig lære herom. Den formelle retfærdighed kræver som nævnt indledningsvis, at lige tilfælde skal behandles lige. Problemet er blot, efter hvilke kriterier det afgøres, om tilfældene er lige. En lang række individuelle faktorer virker korrigerende og præciserende ind på kvalifikationen af det konkrete tilfælde i forhold til den almindelige regel, især efterhånden

19. Se Foreløbig redegørelse om formuerettens generalklausuler (1974). — Se om udviklingen i den nyere privatret under indflydelse af billighedsideens kritik af den positive ret, *Wieacker*, (I.c. n. 18) p. 514 ff.

20. Obligationer *quasi ex contractu*, *Kaser* (I.c. n. 10) p. 489, *Stig Jørgensen*, Kontraktsret I (I.c. n. 13) p. 64 ff., *A. Vinding Kruse*, Erstatningsretten (2. udg. 1971) § 19.

21. Se til det følgende *Stig Jørgensen*, Træk af de retlige ideers historie, Ugeskrift for Retsvæsen 1967 B p. 153 ff. (159 f. m. henvisninger), *samme*, Ret og Samfund (I.c. n. 13) p. 81 f., se også *Erik Wolf*, Griechisches Rechtsdenken II (1952) p. 67 f., *H. Meyer-Laurin*, Gesetz und Billigkeit im attischen Prozess (1963).

som man accepterer psykologiske og indre moralske faktorer, en omstændighed, som især fik betydning for senere kontrakts- og lovfortolkningslære, der efter Cicero anerkendte viljes- og formålsovervejelser.

Under den romerske prætors embede udviklede der sig efterhånden en praksis, hvorefter der indrømmedes såvel retsklager som indsigelser mod søgsmål, hvor den overleverede ret ikke anerkendte sådanne [22]. Denne *bona fides* praksis udviklede sig i efterklassisk justiniansk ret til en almindelig lære om *aequitas*, der, som navnet antyder, skulle sikre ligevægten mellem parternes retsstilling i det konkrete retstilfælde stillet over for den almindelige regel [23]. Den samme sondring mellem den strenge overleverede ret (law) og billighed (equity) finder vi senere i engelsk middelalderret, hvor Lord Chancellor, hvis embede tildels svarede til den romerske prætors, fik kompetence til at indrømme nye klager og indsigelser, hvor sådanne ikke kendtes i common law [24].

Det fremgår heraf, at også regelanvendelsen i det konkrete tilfælde, billighedsproblemet, oplevedes som et spørgsmål om rimelighed eller ligevægt i parternes forpligtelser. *Summum ius, summa iniuria* [25].

V. Samfundsnytte og samfundskontrakt

Selv om vederlags- og gengældelsestankegangen altså synes at være et universalhistorisk fænomen, især med gyldighed for samfund under primitive forhold, er det dog Aristoteles, der i sin nicomachiske etiks 5. bog mest prægnant giver udtryk for ligheds- og vederlagstænkningen som almindelig retfærdighedsside [26]. Aristoteles sonder mellem den udlignende og den uddelende retfærdighed. Heraf anser han netop den førstnævnte for at være af tidlig oprindelse, mens den senere, den udlignende retfærdighed, forudsætter eksistensen

22. Max Kaser, (l.c. n. 10) p. 183 ff., 404 ff., F. Pringsheim, Aequitas und bona fides, Gesammelte Abhandlungen I (1961) p. 154 ff., Edgar Bodenheimer, (l.c. n. 5) p. 13 ff. og Ch. XII.
23. Max Kaser, (l.c. n. 10) p. 172 og F. Wieacker, (l.c. n. 18) p. 26 ff. og samme, Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike. Vom Römischen Recht (1961) p. 222 ff., E. Levy, Weströmisches Vulgarrecht (1956) p. 14 ff., Flückiger (l.c. n. 5) p. 257, Zippelius, (infra n. 32) p. 30 f., R. A. Newman, The Unity of Law, Xenion, Festschrift für Pan. J. Zepos (1973) p. 327 ff., N. Horn, Aequitas in den Lehren des Baldus (1968), Guido Kisch, Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit (1960), Edgar Bodenheimer, (l.c. n. 5) p. 16 ff.
24. Peter Stein and John Shand, Legal Values in Western Society (1974) p. 97 ff., Ralf A. Newman (ed.), Equity in the World's Legal Systems (1973), (samme, l.c. n. 23), Edgar Bodenheimer, (l.c. n. 5) p. 250.
25. Se også G. Eisser m.fl. i »Summum ius summa iniuria« (1963) p. 1 ff. og Johannes Stroux, Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik (1949), Edgar Bodenheimer, (l.c. n. 5) p. 229 ff.
26. The Nichomachean Ethics V, 1129a (Loeb Classical Library 1968, p. 253 ff.)

af et ordnet samfund, en *polis*, og daterer derfor også den distributive retfærdighed til Solon o. år. 600 f. Kr., idet Solon netop ikke byggede på den overleverede sædvaneret (nomos) men netop er kendt som samfundsreformatoren, der tilpassede Athen til den nye pengeøkonomi og definerede indbyggernes retsstilling som statsborgerens, hvor enhver skal gøre sit [27].

Aristoteles siger selv, at han har overtaget ideen om den udlignende retfærdighed for privatretlige forhold fra Pythagoras eller pythagoræerne, der så tingenes væsen udtrykt i tallene. Retfærdigheden er udtrykt i gensidighed og lighed, og da den har så høj en samfundsmæssig værdi, udtrykte man den i tal som det første kvadrattal, nemlig 4 [28].

Den pythagoræiske tankegang havde dog forbindelse tilbage til den dualisme, som beherskede den persiske tænkning i det 6. årh., idet denne efter de sagkyndiges opfattelse specielt påvirkede græsk tænkning i den kreative periode i 500-tallet [29]. Dualismen mellem sjæl og legeme, mellem godt og ondt, mellem frelse og fortabelse, indgik i Heraklits lære om identiteten af modsætningerne god/ond, op/ned, dag/nat, retfærdig/uretfærdig, krig/fred o.s.v. Egenskaber kan kun opleves som sådanne i forhold til deres modsætning, som ikke blot er modsætninger men to sider af samme sag [30].

Den almindeligt accepterede lære om den evige forandring af fysiske ting står i intim forbindelse med denne opfattelse af modsætningernes identitet og med den græske opfattelse af udviklingen som en cyklisk bevægelse.

Hos Pythagoras og pythagoræerne førtes denne dualistiske tænkning videre i en principiel form i modsætningen mellem det begrænsede (*peras*) og det ubegrænsede (*apeiron*), som var altings begyndelse, hvorefter verden udvikledes. Da *peras* samtidig er identisk med god og den kosmiske orden og *apeiron* med det onde, ser man, at verden består i modsætningen mellem godt og ondt, mellem orden og kaos. Enheden af den fuldstændige og perfekte kosmos er guddommelig på grund af sin ordnede, sin harmoniske og sin skønne natur. Det begrænsede udtrykkes i de ulige tal og det ubegrænsede i de lige tal [31].

27. *Politics* II, 1273b (Loeb Classical Library 1967, p. 165.)

28. *Aristoteles* (1.c. n. 26) 1132b (Loeb p. 277 ff.), se *v.d. Waerden* (1.c. n. 4) p. 8 f.; *Guthrie* (infra n. 30) p. 303. Den vidunderlige lære om tal, harmoni og kosmos, *v.d. Waerden* (1.c. n. 4) p. 9.

29. *M. L. West* (1.c. n. 4) p. 213 ff.

30. Se *Guthrie*, *A History of Greek Philosophy* I (1962) p. 442 f., *West*, (1.c. n. 4) p. 111 ff., *Wolf*, (1.c. n. 21) p. 235 ff.

31. Modsætningerne forholder sig således til hinanden: begrænset/ubegrænset — ulige/lige — en/flere — højre/venstre — mandlig/kvindelig — i hvile/i bevægelse — lige/kroget — lys/mørk — god/ond — kvadratisk/aflang. Man ser, at det rette hører til det godes kategori. Etymolo-

Den konsekvente opfattelse af tilværelsen som den harmoniske ligevægt mellem to modsætninger finder man hos Platon i Erosmyten i Symposium og i hans statslære, som netop giver udtryk for den harmoniske ligevægt mellem modsatrettede kræfter såvel i det enkelte individ som i samfundet [32]. Aristoteles forkastede imidlertid Platons idealisme, og grundlagde en empirisk og naturalistisk videnskab. Han accepterede vel pythagoræernes idé om retfærdigheden som det forholdsmæssige, men kun som en enkelt side af retfærdigheden. Den udlignende retfærdighed må suppleres af den uddelende eller distributive retfærdighed [33].

Som tidligere nævnt var det en gammel græsk tankegang, at de kosmiske love afspejledes i såvel det enkelte menneskes skæbne som i samfundets love. Enhver havde fra fødslen og fra naturens side fået anvist sin plads og sin andel og det var stridende mod det tildelte mål (det symmetriske) at skaffe sig mere eller give andre mindre end sin andel, en hybris, som guderne ville straffe. Et omslag i denne opfattelse af rettens oprindelse finder man hos sofisterne i det 6. årh. [34] De mente, at ikke blot guderne men også lovene var menneskeværk, og at retsreglerne og retfærdigheden er udtryk for en konvention, en aftale mellem samfundsborgerne, som derfor til enhver tid frit kan ændre såvel samfundets almindelige indretning som de borgerlige love.

Belært af de bitre erfaringer under den peloponnesiske krig tvivlede såvel Platon som Aristoteles på, at det gode i mennesket ubetinget ville sætte sig igennem i en fornuftig statsforfatning og fornuftige love. Platon opstillede som bekendt en model af en idealstat som et kommunistisk diktatur ledet af filosofferne, forsvaret af soldaterne og holdt i live af borgere og bønder, mens Aristoteles fandt sin inspiration i menneskets natur som et socialt væsen, der har fundet sin væsentlige form som borger i den græske polis. Men Aristoteles tager ikke definitivt stilling til den ideale stats indretning. Vel, siger han, skal enhver have sit, men, noterer han køligt, værdifordelingen i samfund sker i mo-

gisk stammer ordet ret i de fleste sprog netop fra betydningen det rette, det lige. Se *Guthrie* (1.c. n. 30) p. 157 ff. især p. 212 ff., *West* (1.c. n. 4) p. 213 ff., *Pauly* (1.c. n. 5) Bd. 24, sp. 172 ff.

32. *Hartvig Frisch*, *Platons Stat* (1924) p. 51–55. *Reinhold Zippelius*, *Geschichte der Staatsideen* (1971) p. 5 ff., *Flückiger* (1.c. n. 5) p. 125 ff., *Verdross*, (1.c. n. 5) p. 30 ff., *Edgar Bodenheimer*, (1.c. n. 5) p. 6 ff.

33. *Zippelius*, (1.c. n. 32) p. 18 ff., *Stein and Shand* (1.c. n. 24) p. 59 ff., *Flückiger* (1.c. n. 5) p. 163 ff., *Verdross*, (1.c. n. 5) p. 40 ff., *J. Ritter*, *Naturrecht bei Aristoteles* (1961), *Edgar Bodenheimer*, (1.c. n. 5) p. 208 ff.

34. *Erik Wolf*, (1.c. n. 21) II, *Zippelius* (1.c. n. 32) p. 1 ff., *Flückiger* (1.c. n. 5) p. 86 ff., *Verdross* (1.c. n. 5) p. 15 ff.

narkiske samfund i henhold til status og rang, i aristokratiske samfund i forhold til indsats og præstation, og i demokratiske samfund sker fordeling lige-
 ligt, men ligheden er dog kun en lighed inden for de forskellige samfundsgrup-
 per i den græske polis, og slaveriet volder ikke Aristoteles nogen alvorlig be-
 kymring [35]. Det er først de senere stoikere, som udformer tanken om alle
 menneskers lighed, en tankegang, der i det senromerske samfund i forbindelse
 med den kristne menneskeopfattelse fører frem til en principiel lighedsideolo-
 gi, som dog ikke finder nogen konsekvent anvendelse i praksis [36]. I øvrigt gi-
 ver den romerske kultur ikke noget væsentligt tilskud til retfærdighedstænk-
 ningen. Romerne var praktiske folk og ikke filosoffer. Romerne udformede
 dog det praktiske processystem med de to parter og dommeren i midten og
 formulerede senere (Seneca) maximen *audiat et altera pars* (man skal også
 høre den anden part), en tankegang, som fører lige frem til nutidens retsstats-
 lige processystemer [37]. Kvintessensen af den romerske retfærdighedstænk-
 ning var i øvrigt maximen *honeste vivere, neminem laedere, suum quique tri-
 buit* (man skal leve hæderligt, ikke skade nogen og give enhver sit) [38].

Den klassiske romerske forfatning var ligesom den græske principielt et re-
 publikansk demokrati og byggede for så vidt på den kontraktskonstruktion,
 som sofisterne som nævnt antog var hjemmelen for givelsen af menneskelige
 love. Det senere kejserdømme var formelt en fortsættelse af republikken, og
 imperatorens lovgivningskompetence fingeredes da også igennem hele den ef-
 terklassiske tid at være et derivat af en sådan folkelig tilslutning, men realite-
 ten var naturligvis en anden.

Efter kejserdømmets fald i Vesteuropa faldt man tilbage på feudalsystemet
 og sædvaneretten, og efterhånden anerkendtes ingen verdslig lovgivningskom-
 petence, idet kun kirken gennem den kanoniske ret kunne supplere den overle-
 verede sædvaneret. Men Thomas Aquinas antog dog, at Guds lov kun fast-
 satte visse almindelige rammer for menneskenes sociale liv og disse rammer
 måtte så udfyldes af de verdslige myndigheder. Stred de verdslige love mod
 den naturlige guddommelige ret, var den verdslige lov principielt ugyldig, men
 nogen modstandsret anerkendte Thomas dog kun i ekstreme tilfælde. Hensy-
 net til ro og orden gik forrest [39]. I den følgende statsretlige tænkning (Mar-

35. Zippelius (1.c. n. 32) p. 26.

36. Zippelius (1.c. n. 32) p. 31 ff., Flückiger (1.c. n. 5) p. 186 ff., Verdross (1.c. n. 5) p. 46 ff.

37. Max Kaser, Das Römische Prozessrecht (1966) p. 6 ff. (9), Stroux (1.c. n. 25) p. 23 ff.

38. Flückiger (1.c. n. 5) p. 257, Kaser (1.c. n. 8) p. 172 f., A. Hägerström, Minnesskrift för
 1734-års lag (1934) p. 571 ff. (597 ff.).

39. Zippelius (1.c. n. 32) p. 42 ff. og til det følgende især Sten Gagnér, Studien zur Ideenge-
 schichte der Gesetzgebung (1960).

silius fra Padua, Bodinius m.fl.) antog man efterhånden, at menneskene er i besiddelse af en særlig magt til at ordne deres egne forhold, en suverænitæt, som ligger hos hele folket, og som er udelelig. Hvor denne tanke stammer fra, er vanskeligt at sige, men det er den almindelige opfattelse, at inspirationen må søges i den jødiske kultur, som jo netop er baseret på tanken om Pagtens Ark, Jahves aftale med sit folk, 2. Mosebog, kap. 24 og 34 [40]. I hvert fald er det denne Herrens aftale med sit folk, som Hugo Grotius senere tager som model for sin almindelige kontraktslære, der ikke som tidligere omtalt alene angik kompetence til privatretlige aftaler, men også angik aftaler mellem stater, og det var netop udgangspunktet for Grotius' overvejelser over statens egen indretning og lovgivning [41].

Det er dog først hos Hobbes og senere hos Locke, Montesquieu og Rousseau at man ser tanken om folkesuverænitæten og socialkontrakten konsekvent udført [42]. Hos Hobbes, Locke og Montesquieu er samfundskontrakten og den senere tanke om statsmagtens tredeling baseret på antagelsen af menneskets manglende evne til begrænsning. Hos Hobbes førte det til et forsvar for den suveræne kongemagt i høj grad under inspiration af den truende borgerkrig i England, hos Locke og Montesquieu til demokratiet. Rousseau gik som bekendt ud fra menneskets principielle godhed og gik derfor ind for det fuldkomne demokrati.

Såvel den amerikanske som den franske forfatning er baseret på ideen om folkesuverænitæten og den demokratiske lighed mellem borgerne. Men det er klart, at denne lighed som det senere er påpeget af Karl Marx kun er en formel lighed, og at den reelle lighed kun etableres gennem en økonomisk lighed, idet de økonomiske muligheder er forudsætningen for at realisere de formelle lighedsmuligheder. De konstitutionelle demokratiske rettigheder er et udtryk for frihed for undertrykkelse, og lighed over for loven, mere end det er frihed til at gøre lige ting.

Det fælles for de statsteorier, som er baseret på samfundskontrakten, er at de søger deres inspiration i kontraktskonstruktionen, der i hvert fald som udgangspunkt har ideen om, at de enkelte individer som frie, lige og fornuftige væsener er grundlaget for samfundet [43]. Menneskene er ikke viljeløse red-

40. Se også 4. Mosebog, kap. 30 om private løfter til Gud, jfr. 5. Mosebog, kap. 23, vers 23.

41. R. W. M. D(ias) i Encyclopedia Britannica 13 (1973) p. 154, Stig Jørgensen (1.c. n. 18) Grotius' kontraktslære, Rehfeld (1.c. n. 2) p. 262 ff., Zippelius, Allgemeine Staatslehre (3. Aufl. 1971) p. 233.

42. Zippelius, (1.c. n. 41) p. 245 ff., samme, (1.c. n. 32) p. 90 ff., Rehfeld (1.c. n. 2) p. 264 ff., Edgar Bodenheimer, (1.c. n. 5) p. 45 f., 53 f.

43. Se til det følgende bl.a. Stein and Shand (1.c. n. 24) p. 63 ff.

skaber for historien som i de konservative statsopfattelser og ej heller under-sætter under en fyrste eller en diktator.

Hume og Bentham afviste imidlertid samfundskontrakten som konstruktion med den fornuftige begrundelse, at det ikke er folket som tænker og handler men individerne, og at det derfor er en ubegrundet konstruktion at tale om en samfundskontrakt. Bentham ville i øvrigt ikke basere sin samfundsteori på retfærdigheden, men på samfundsnyttens, det gode er det, som fører til den størst mulige lykke for det størst mulige antal. En opfattelse, som står i nær sammenhæng med Adam Smith's økonomiske liberalisme, som var udgangspunktet for den økonomiske vækst i det 19. århundrede i sin forkastelse af den merkantilistiske økonomi, som lagde hovedvægten på handels- og valutabalancens internationale styrke [44].

Kant afviste Bentham's lykke- og nyttemoral samtidig med, at han på ny betonede retfærdigheden som en selvstændig faktor i samfundsfilosofien. I modsætning til den naturretlige tradition afviste han tanken om, at den menneskelige fornuft i sig selv kan give svaret på, hvad der er den rette handling, og hvad der derfor er den rette samfundsindretning. For ham blev det derfor pligten over for medmennesket, som var det afgørende grundlag for moralen og samfundet. Den enkeltes frihed er det højeste gode og begrænses kun af hensynet til andres lige krav på frihed. Han opstillede den »gyldne regel«: Gør mod andre, hvad du ønsker, de skal gøre mod dig [45]. Resultatet bliver en principiel individualisme, og den såkaldte natvægterstat, der så vidt muligt ikke blander sig i borgernes sager [46].

Det blev imidlertid to andre ideer, som beherskede det 19. århundredes udvikling, og som har været dominerende helt frem til nutiden. Hegels tankegang, som gik ud på, at individets frihed kun kan realiseres som en del af en helhed, eftersom mennesket er et socialt væsen [47]. Denne tankegang videreførte Karl Marx kombineret med Bentham's nyttefilosofi [48]. Også John Stuart Mill understregede samfundsnyttens som det bærende element i moral og samfundsorganisation. På trods af den principielle forskel på Marx' socialisme og Mill's liberalisme var der imellem dem enighed om, at hvad der var

44. *Stein and Shand* (1.c. n. 24) p. 69 f., *Stone* (1.c. n. 5) p. 105 ff., *Edgar Bodenheimer*, (1.c. n. 5) p. 84 ff.

45. Jfr. *Matth.* kap. 7.2 (»Med hvad mål I måle, skal der tilmåles jer.«).

46. *Zippelius* (1.c. n. 32) p. 137 ff., *samme*, (1.c. n. 41) p. 126 ff., *Stone* (1.c. n. 5) p. 82 ff., *Edgar Bodenheimer*, (1.c. n. 5) p. 60 ff.

47. *Zippelius*, (1.c. n. 32) p. 153 ff., *Stone* (1.c. n. 5) p. 184 ff., *Edgar Bodenheimer*, (1.c. n. 5) p. 65 ff.

48. *Zippelius* (1.c. n. 32) p. 162 ff., *Edgar Bodenheimer*, (1.c. n. 5) p. 79 ff.

godt for samfundet, var godt for den enkelte, uanset hvilke følger det fik for denne. Det er klart, at en sådan filosofi er velegnet for et samfund under industriel og teknisk udvikling, hvad enten det er statskapitalistisk eller privatkapitalistisk.

Selv om marxismen er bygget på den fuldstændige lighed som et endemål for udviklingen af det kommunistiske samfund, er det alligevel samfundets og helhedens interesser som er afgørende. At man skal yde efter evne og nyde efter behov, er et ideal som er underordnet helhedens interesser. Det er da også tankevækkende, at det er sådanne udviklings- og vækstteorier der dominerer i samfund under en kraftig økonomisk udvikling. Teorien er disharmonisk-asymmetrisk.

Under indtryk af konsekvenserne af den seneste samfundsudvikling har man i stigende grad stillet spørgsmålstegn ved berettigelsen af, at det enkelte individs rettigheder underordnes helhedens krav, og af, at uligheder landene imellem og befolkningsgrupperne og individerne imellem opretholdes af hensyn til samfundsnyttens eller den økonomiske vækst. Spørgsmålet er, om hensynet til væksten kan retfærdiggøre, at alle måske nok bliver rigere, men at ulighederne bliver større. Kan man uden videre acceptere, at de klogeste, de dygtigste og de stærkeste sådan som sofisterne fandt det naturligt, og som det også var en vogue i det 19. årh. skaffer sig væsentligt større goder end de mindre veludrustede, selv om disse måske absolut betragtet har fået det bedre?

Disse spørgsmål er bl.a. taget op af den amerikanske moralfilosof *John Rawls*, der i sin i 1971 udkomne bog: *A Theory of Justice*, både afviser den konservative og den socialistiske udviklingsfilosofi, ligesom han afviser samfundsnyttens som det afgørende grundlag for samfundets moral og politik [49]. Han søger i stedet sin inspiration i den traditionelle teori om sam-

49. *Rawls'* bog har affødt en omfattende diskussion, se anmeldelse af *J. Leon*, *Modern Law Review* 1973 p. 667, *Th. M. Scanlon and D. J. Bentley*, *University of Pennsylvania Law Review* 1973 p. 1020 og 1070, *L. McBride and J. Feinberg*, *Yale Law Journal* 1972 p. 980 ff., *Ch. Fried*, *Harvard Law Review* 1972 p. 1691, *N. McCormick*, *The Law Quarterly Review* 1973 p. 893, *H. Oberdiek*, *New York Law Review* 1972 p. 1012, *G. Meritt*, *Vanderbilt Law Review* 1973 p. 665, *D. Lyons*, *Cornell Law Review* 1974 p. 1064, *A. Schwartz and L. Choptiany*, *Ethics* vol. 83 (1973) p. 294 ff og 146 ff. Se også *Stein and Shand* (l.c. n. 24) p. 71 ff. og følgende artikler i *Philosophy and Public Affairs*: *Brian Barry*, *John Rawls and the Priority of Liberty*, Vol. 2, 1973 p. 274 ff., *Robert Nozick*, *Distributive Justice*, Vol. 3, 1973 p. 45 ff., *Richard Miller*, *Rawls and Marxism*, Vol. 3, 1974 p. 167 ff., *William N. Nelson*, *Special Rights, General Rights and Social Justice*, Vol. 3, 1974 p. 410 ff., *Michael Lessnoff*, *Barry on Rawls' Priority of Liberty*, Vol. 4, 1974 p. 100 ff. Se også *Edgar Bodenheimer*, (l.c. n. 5) p. 157 ff. Se i nordisk litteratur: *Karen Dyekjær Hansen*, *Kan retfærdighed defineres?* TfR 1970 p. 67 ff.

fundskontrakten. Det gælder om at afstemme hensynet til helhedens og individets interesser. Med en bevidst tilslutning til Kant's krav om den lige frihed indfører Rawls sit interessante kunstgreb. Hvordan sikrer man på den ene side den størst mulige individuelle frihed og på den anden side den størst mulige lighed? Han forestiller sig menneskeheden stillet i en hypotetisk valgsituation, hvor de ikke kender deres økonomiske, sociale eller intellektuelle status. Hvilket samfund skulle man så forvente, at de ville blive enige om? Rawls antager, at man ville blive enige om følgende to grundprincipper:

1. Alle har en lige ret til den videste frihed sammenholdt med en lignende frihed for andre.
2. Sociale og økonomiske uligheder kan kun retfærdiggøres på to betingelser:
 - a) de må være begrundet i hensynet til at opnå en større fordel for alle, især de ringestillede,
 - b) de må være knyttet til stillinger og institutioner, som står åbne for alle.

Rawls sammenfatter sine to kriterier i et fairness-princip, som på én gang afviser den ekstreme lighed og en ulighed, som ikke giver alle lige vilkår. Det vil føre for vidt her at komme ind på den omfattende internationale debat om konsekvenserne for retspolitikken, skattepolitikken og den politiske teori, som Rawls' tanker har givet anledning til. Jeg vil nøjes med kort at referere de principielle indvendinger.

Den væsentligste indvending er nok den, at teorien ikke giver nogen forklaring på, hvad man skal stille op med de mennesker, som nægter, at de ville have prioriteret de politiske værdier på samme måde, som Rawls antager, at alle fornuftige mennesker ville gøre.

Og hvad betyder lighed? At det ikke betyder lighed for grupperne i et statsamfund, er indlysende. Men betyder det f.eks. lige løn for samme arbejde, eller betyder det lige løn for alle former for arbejde? Det var jo bl.a. Marx' problem. Det som er dilemmaet er, at en præmiering efter indsats erfaringsmæssigt er nødvendig for at motivere de enkelte individer til at gøre en indsats. Vederlagsforestillingen har som nævnt altid haft en betydelig magt over sindene og en praktisk begrundelse. Men sagen er jo den, at evnen til at præstere en indsats kan være afhængig af forhold, som den enkelte ikke er herre over, såsom medfødte sociale og kulturelle muligheder. Rawls forsøger at retfærdiggøre uligheder med henvisning til, at de skal være til fordel også for de ringestillede og være knyttet til stillinger og institutioner, som står åbne for alle. Denne socialdemokratiske idé om, at lighederne efterhånden udjævnes, så fremt adgangen til uddannelse og andre goder står åben for alle, er utvivlsomt

ikke tilstrækkelig hverken til at begrunde ulighederne eller til at virke for udligning. Hertil må sociallovgivningen og skattelovgivningen yde deres bidrag.

I det hele taget er det nok rigtigst at konkludere, at Rawls ikke med sin teori har fremsat noget endeligt svar på det spørgsmål, han har stillet. Hvorledes begrunder man uligheder mellem individerne? Man må erkende, at en række konkurrerende kriterier må indgå i afvejelsen, og at anvisningen af en særlig procedure for ændringer i samfundet, hvor disse forskellige konkurrerende politiske vurderinger brydes med hinanden, nok er det der bliver tilbage i Rawls' teori bortset fra det centrale element: retfærdigheden som et selvstændigt kriterium, som må konkurrere med samfundsnyttens [50].

Med denne illustration og dokumentation af, at retfærdigheds- og ligevægtstænkningen kombineret med kontraktskonstruktionen er levende også i den seneste tids samfundsteoretiske debat, vil jeg slutte denne vidtløftige og summariske oversigt over symmetribegrebet i rets- og samfundsvidenskaberne.

50. Se også *Ota Weinberger*, Gleichheitspostulate (l.c. n. 1), *A. M. Honoré*, Social Justice. i *R. S. Summers*, Essays in Legal Philosophy (1968) p. 61 ff., *R. S. Summers*, Evaluating and improving legal processes. A plea for »process values«, *Cornell Law Review*, Vol. 60 p. 1 ff. (1974), *H. E. Kiefer and M. Munitz* (ed.), Ethics and Social Justice (1968), *John Wilson*, Equality (1966), *H. M. Drucker*, Just Analogies?: The place of analogies in political thinking. *Political Studies*, 18 (1970) p. 448 ff., *C. E. Baker*, Utility and Rights. Two Justifications for State Action Increasing Equality, *Yale Law Journal* 84 (1974) p. 39 ff., *R. Dworkin*, Taking Rights Seriously. Is Law Dead? ed. by *E. Rostov* (1971) p. 176 ff.

Weinberger sonderer mellem

1) *logisk lighed*: den retlige bedømmelse skal følge generelle regler = formel retfærdighed,

2) *lighed for loven*: ulighed i den retlige behandling skal begrundes,

3) *indholdsbestemt lighed*:

a) diskriminationsforbud

b) lighed i h.t. målestok (f.eks. den »gyldne regel«)

c) egalitet (social udligning).

Weinberger anser ligesom Rawls den *absolutte lighed* for utopisk, men anser på den anden side samfundets effektivitet, der er undergivet hensynet til belønning af færdighed, fortjeneste og modydelse, for at være underordnet hensynet til menneskets værdighed, der tilsiger en tilnærmelse til egaliteten i det omfang, hensynet til effektivitet og frihed tillader.

Han anser lighed for at være en nødvendig men ikke tilstrækkelig betingelse for retfærdighed, men anviser ikke som Rawls en bestemt model for løsning af dilemmaet, idet han henviser til en kritisk værdidiskussion i henhold til en demokratisk politisk proces. — *E. Bodenheimer*, Power, Law and Society (1973) sonderer mellem: 1) Equality of rule classification. 2) commutative equality, 3) equal treatment of equals. 4) equality of fundamental rights. 5) equality of need satisfaction; se også *samme* (l.c. n. 5) Ch. XI. Se endvidere *Ch. Perelman*, Über die Gerechtigkeit (1967) og *Karl Larenz*, Gerechtigkeit als Leitbild der Justiz? Meyers Enzyklopädisches Lexikon p. 277 ff., *samme*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (3. Aufl. 1975) p. 366 ff.