

RET
FÆRDIGHED
OG
RET

*Hvis noget skulle eksistere, kunne man ikke
vide det. Hvis noget eksisterede, og nogen
vidste det, kunne denne viden ikke overføres
til andre. For den, der ved noget, kan ikke
beskrive det for andre.*

*Et tegn er forskelligt fra det, det forestiller.
Hvordan skulle nogen kunne overføre idéen
om farve ved hjælp af ord, eftersom
øret ikke hører farver men kun lyde?
Og hvordan kan to forskellige personer
have den samme idé.*

Fragment af Gorgias (ca. 483-375 f k).

Stig Jørgensen

RET
FÆRDIGHED
OG
RET

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1990

Retfærdighed og ret

© 1990 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
eller mangfoldiggørelse af denne bog
eller dele heraf
er uden forlagets skriftlige samtykke
ikke tilladt ifølge
gældende dansk lov om ophavsret.

Tryk: Narayana Press, Gylling
Printed in Denmark 1990
ISBN 87-574-5830-8

Vignetten på forsiden forestiller Maāt,
kendetegnet ved den fjer, hun bærer på hovedet.
I Ægypten var Maāt gudinden for sandhed og ret,
symboliseret ved en fjer.
I dødsriget blev den afdødes hjerte
i den ene vægtskål
vejlet op mod retfærdighedens fjer
i den anden.

FORORD

Denne bog er skrevet med henblik på den nye juridiske studieordning. Selvom alle studerende på grunduddannelsens 1. og 2. studieår gennemgår kursus i Ret og Samfund og i Retshistorie, Retslære og Retssociologi, er der behov for på overbygningsuddannelsen at fordybe sig i de retsfilosofiske spørgsmål med særligt henblik på forståelsen af retsdogmatikkens og retsanvendelsens grundlag.

Det var i sin tid mit mål at indføre de retsteoretiske, retshistoriske og retssociologiske elementer i analysen og beskrivelsen af de retsdogmatiske problemer. »Fire obligationsretlige afhandlinger« var en overgang pensum ved undervisningen i obligationsret ved Aarhus Universitet. Mine senere fremstillinger af erstatningsretten og kontraktsretten blev imidlertid overhalet af udviklingen, som vendte tilbage til den traditionelle juridiske dogmatik, og som udskilte de ikke-dogmatiske fag til undervisning inden for en særlig institutionel ramme.

Det er min opfattelse, at den ateoretisk juridiske dogmatik udmønter sig i en principløs retspraksis, som ikke har noget afklaret forhold til de idéer og de praktiske behov, som er rettens grundlag. Med den fragmentering af samfundet, som har fundet sted i løbet af dette århundrede, er der sket en tilsvarende fragmentering af retsreglerne, som ikke længere opfattes som dele af et sammenhængende system. Store dele af retssystemet er derved blevet overladt til selvstændig lovgivning og praktisk behandling af fagfolk ud fra professionens egne forudsætninger.

Der har dog vist sig en voksende forståelse for betydningen af at opfatte de enkelte retsspørgsmål og de specielle retsområder som dele af en større teoretisk helhed. Det er min hensigt hermed at skabe grundlag for en undervisning med det formål for øje at styrke og udvikle denne forståelse.

Indhold

Indledning	9
I. Erkendelsesteori og retsteori	17
II. Tolkning og beskrivelse	27
III. Alf Ross' teori	36
IV. Regler og principper	45
V. Model og analogi	54
VI. Pluralis juris	67
VII. Retlige skøn	72
VIII. Naturret og retfærdighed	76
Konklusioner	83
Litteratur	89

Indledning

Det er snart 40 år siden *Alf Ross'* (1899-1980) hovedværk: *Om Ret og Retfærdighed* (1953) udkom. Værket, som var et kvalificeret forsøg på at forsvare en realistisk og videnskabeligt begrundet retsteori, var baseret på sin tids fremtrædende videnskabsteori, den såkaldte logiske positivisme eller logiske empirisme. Dennes grundtesis var, at kun påstande om logiske eller empiriske fænomener kan være videnskabens genstand. Såkaldt metafysiske og vurderende udsagn har ingen »semantisk referens«, d.v.s. intet påviseligt modstykke i virkeligheden. Om en påstand er sand eller falsk afgøres gennem en verifikationsprocedure, hvorved man ved hjælp af særlige måleprocedurer sammenligner det sproglige/semantiske indhold i påstanden med virkeligheden. Falder disse »størrelser« sammen, er påstanden sand, falder de ikke sammen, er påstanden falsk. Er der intet måleligt modstykke til påstandens indhold i virkeligheden, er påstanden »meningsløs« (nonsense).

Det var en stiltiende forudsætning for denne videnskabsteori, at det var en ukompliceret proces at omsætte virkeligheden til sproglige begreber, idet det ellers ikke var muligt at sammenligne en sproglig påstand med en usproglig virkelighed. Det var denne »naive« virkelighedsopfattelse, som prægede alle erkendelses- og videnskabsteorierne i årene efter århundredskiftet, da man havde forkastet de idealistiske teorier, som på forskellig måde forudsatte, at virkeligheden var »fornuftig« eller »sprogligt« og »logisk« struktureret. I stedet for i lyset af denne antagelse at analysere forholdet mellem sprog og virkelighed antog de fleste retninger inden for nyere filosofi, at mennesket har en slags »intuitiv« evne til umiddelbart at omsætte virkeligheden til sprog. Den tyske fænomenologi kaldte denne evne »Wesenschau«, medens den engelske analytiske filosofi byggede på den traditionelle *common sense* (»almindelig sprogbrug«), den amerikanske pragmatisme og den skandinaviske realisme forudsatte en sådan omsætnings-

evne, medens den logiske positivisme forsøgte at reducere problemet til et minimum ved at udvikle et formelt videnskabssprog.

Resultatet af denne erkendelses- og videnskabsteori for retsvidenskaben blev på den ene side en skarp sondring mellem erkendelse og vurdering, som gjorde en væsentlig del af den traditionelle dogmatiske fortolkning til subjektive vurderinger eller politiske udsagn. På den anden side anså den juridiske tolkning i lyset af hypotetiske eller faktiske »retsfakta« for at være en intuitiv proces, som bagefter blev forsynet med en passende begrundelse. En konsekvens heraf var det, at retsvidenskabens opgave udelukkende var at »beskrive« og systematisere retskildematerialet: love og afledede formelle retsnormer, retspraksis, sædvaner, medens »subsidiære« retskilder som »retsdogmatikken« og »forholdets natur« måtte forkastes som retskildemateriale.

Det var især »uvidenskabeligt« at henvise til »retfærdighed«, »billighed« og andre umiddelbare vurderinger, hvorfor det blev almindeligt i stedet at henvise til »hensigtsmæssigheden« ud fra en generel forudsætning om de »fremadrettede« (teleologiske) vurderingers større videnskabelighed end de »bagudrettede« normative vurderinger. Tidens almindelige tro på at visse værdier var mere saglige end andre hang sammen med tidens almindelige tro på, at en politik kunne være saglig, fordi den forudsatte, at samfundets ubestridt højeste mål var maksimeringen af de materielle goder, og at »samfundsnyttens« uden konkurrence derfor måtte være den overordnede værdi.

Som antydte var den vigtigste svaghed ved den logiske positivisme og de andre erkendelses- og videnskabsteorier i første halvdel af dette århundrede, at de forudsatte muligheden af en »objektiv beskrivelse«, hvilket fik de nævnte konsekvenser. Senere har den hermeneutiske sprogfilosofi afgørende gjort op med denne teori og påvist erkendelsens og dermed beskrivelsens »intentionale« karakter, med henvisning til at vore sproglige begreber med uomgængelig nødvendighed ligesom alle *redskaber* er udsprunget af vore interesser og vore behov. For retsvidenskaben har det særlig interesse, at »beskrivelsen« i princippet bliver en »fortolkning« og dermed en vurdering, som dog ikke kan være

rent »individuel«, idet sproget derved ville blive uegnet som kommunikationsmiddel. Sproganvendelsen må basere sig på »inter-subjektive« vurderinger, som gør det muligt at overføre et meningsindhold fra afsenderen til adressaten. Det er en anden vigtig konsekvens af denne indsigt, at »sandhedskriteriet« derfor ikke kan være »monistisk«, men må være »pluralistisk«, idet det må afhænge af forudsætningerne i de »fora« og de relationer, i hvilke begreberne anvendes.

Det er altså hverken objektive eller subjektive vurderinger, som bestemmer den sproglige tolkning af retskilderne i lyset af de hypotetiske tilfælde, eller »beskrivelsen« af de faktiske forhold, som skal underordnes en retlig »subsumption«. Der er tale om intersubjektive vurderinger, som foretages af jurister i overensstemmelse med »juridisk metode«. Det afgørende element i retsavgørelsen og retsdogmatikken er altså ikke »fortolkningen« af det normative retskildemateriale, men den sproglige »beskrivelse« af de til bedømmelse liggende »fakta«. I realiteten er der tale om en dialektisk proces, idet retsreglerne jo skal præciseres i forhold til »typiske situationer« og derefter sammenlignes med de faktiske omstændigheder, inden man endeligt præciserer retsnormen og kvalificerer fakta i en sproglig form, som gør det muligt at udlede en formelt deduktiv »retsfølge«. Retsdogmatikken og retsanvendelsen arbejder i princippet med samme metoder, omend dogmatikken tager stilling til hypotetiske og retsanvendelsen til faktiske problemer.

Denne nyere indsigt i sprogets funktion og forholdet mellem sprog og virkelighed får naturligvis stor betydning for retsvidenskaben og dermed også for retspraksis. Den realistiske retsteori er god nok, idet den går ud fra, at det er muligt at fremsætte kontrollerede virkelighedsudsagn, men den må korrigeres med henblik på at bringe den i overensstemmelse med den nye indsigt i sprogets redskabskarakter. Herved opnår man det gode, at virkelighedens omsætning til sprog ikke overlades til en irrationel intuition under objektivitetens maske, men gøres rationel ved, at den erkender og redegør for de formål og intentioner og de interesser og konsekvenser, som styrer realiteternes verden.

En retsteori må derfor, hvis den ikke skal blive »ateoretisk« og dermed principløs, forholde sig til en erkendelses- og retsteori, som bygger på den herskende samfundsopfattelse og dens ideologiske udtryk i kultursituationen og det politiske system. Kun herigennem kan fortolkningen hente sin baggrund eller sit udgangspunkt for de »juridiske vurderinger«. Retsvidenskaben må bygge på realitetsprincippet og rationalitetsprincippet, på kendskab til de interesser og problemtyper, som behandles, og på de principper, normer og hensyn, som må indgå i den retlige vurdering. I de følgende kapitler vil jeg nærmere redegøre for de konsekvenser for erkendelsesteorien, retsvidenskaben og retsanvendelsen, som den her omtalte sprogfilosofi har medført, og hvordan man efter min opfattelse kan korrigere den traditionelle opfattelse af retsdogmatikken og retsanvendelsens metoder.

*

Lige så længe menneskene har forsøgt at finde videnskabelige i stedet for mytologiske svar på spørgsmålet om virkelighedens tilstand, har man søgt »det evige i det foranderlige« (*απειρον*). Derfor har man siden den joniske naturfilosofi i 500-tallet søgt de grundlæggende principper (Anaximander 610-547 f.Kr.). Siden ledte man efter de principper og begreber, som kunne forene erfaringen med tanken og sproget. Myten siger, at Pythagoras (578-510 f.Kr.) ofrede 200 okser til guderne, da det lykkedes ham med den pythagoræiske læresætning at forene tallene med den geografiske udstrækning.

Platon (427-347 f.Kr.) skelnede mellem idéerne, som repræsenterede den »virkelige«, abstrakte virkelighed, mens erfaringen kun var ufuldkomne konkrete udslag af eller repræsentanter for virkeligheden, men det var først *Aristoteles* (384-322 f.K.), der i sin almindelige videnskabsteori systematiserede den videnskabelige erkendelse og dens forbindelse med virkeligheden. *Aristoteles* skelnede mellem *analytika priori* og *analytika posteriori*. I den første, som vi kalder logikken, redegør han for, hvordan man foretager sikre slutninger (deduktioner) fra sikre præmisser ved hjælp af nogle slutningsregler (syllogismer). Syllogismen kan båd-

de bruges til at undersøge konsekvenserne af hypotetiske præmisser (apodiktiske slutninger, d.v.s. at finde konklusionen ud fra to sikre præmisser) og forudsætningerne for givne antagelser (dialektiske, d.v.s. at finde en præmis ud fra en præmis og en slutning).

Inden for de givne præmisser er slutningerne sikre, men de grundlæggende principper må forudsættes ved en ikke-logisk mental proces, som Aristoteles udleder af en mental evne, som kaldes *nous*, og som nærmest kan oversættes til intuition. I analytika posteriori behandler han forholdet til virkeligheden, og hvordan man sætter antagelser om virkeligheden ind som præmisser i syllogismen, og trods nogen uklarhed er det troligt, at Aristoteles var opmærksom på erkendelsens induktive karakter og intuitionens betydning for den sproglige kvalifikation af den empiriske erkendelse. Det usikre er, hvorfra man får sine »virkelighedspræmisser«, det sikre er de slutninger, man kan drage fra sine præmisser, når de er formuleret i begreber, som er defineret (afgrænset) i overensstemmelse med reglerne i *Kategoria*; i *Topika* redegør han for de andre kategorier, hvori man kan kvalificere et problem, f.eks. genus/species, væsentlig/uvæsentlig. En vigtig sætning er, at hvad der er i species med nødvendighed er i genus, men ikke omvendt. Har vi fastslået, at noget er »rødt«, kan vi med nødvendighed slutte, at det er »farvet«, men vi kan ikke af begrebet »farvet« slutte os til farven »rød«. Denne præmis må afhænge af materielle og ikke af logiske overvejelser, hvilket er udtryk for det centrale kvalifikationsproblem ved al sproglig bearbejdelse af virkeligheden. Når den sproglige kvalifikation er foretaget, er det en enkel sag at foretage både induktive og deduktive slutninger inden for et hierarkisk genus/species relationssystem.

I Topikken interesserede Aristoteles sig især for, hvordan man træffer sikre slutninger fra præmisser, som ikke er sikre, men som er udtryk for almindelige anskuelser på et bestemt område, hvor sikre præmisser er vanskeligt opnåelige, især inden for moral og politik. Det usikre er, hvor vi får præmisserne fra, det sikre er de slutninger, vi drager fra dem. I sin *Retorika* opstiller han forskel-

lige kategorier af argumenter, som kan anføres i politiske diskussioner og retlige processer: argumenter ad hominem, saglige argumenter, argumenter vedrørende normer og konsekvenser o.s.v.

I 1600-tallet, da man frigjorde sig fra det skolastiske videnskabsbegreb, blev det klart, at der forelå et dilemma, som *Descartes* (1596-1650) forsøgte at overvinde ved at fastholde en sikker erkendelse og holde sig til tankens verden (rationalisme). Problemet herved er, at der ikke er sikkerhed for, at erkendelsen er sand, hvad empirismen (induktiv slutning fra erfaringen) opnår, men på bekostning af sikkerheden. I det 19. århundrede forsøgte man at forene de adskilte kategorier ved idealistiske erkendelsesteorier, der ophævede den sproglige kvalifikations dilemma ved at ophæve det. Man gik ud fra, at virkeligheden var struktureret i en sproglig-fornuftig form, som gjorde det muligt at få umiddelbar indsigt i virkeligheden, enten som projektion af bevidstheden ud i virkeligheden eller refleksion af virkelighedens fornuftige og logiske struktur (Natur der Sache, sachlogische Strukturen). Med idealismens sammenbrud omkring århundredskiftet genopstod kvalifikationens dilemma, se nedenfor kap. II.

Et af midlerne til at afhjælpe dilemmaet var den hermeneutiske sprogfilosofi, som understregede sprogets funktionelle og intentionale karakter, og som på én gang kunne afvise den objektive og den intuitive »beskrivelse«. For den juridiske fortolkningslære var det vigtigt at understrege forbindelsen med den retoriske og hermeneutiske tolkningslære, som blev genoplivet af *Wilh. Dilthey* (1833-1911). Hermeneutikkens og den juridiske tolknings hovedsynspunkter (canones) er analoge: 1. Fortolkningsobjektets autonomi: teksten taler for sig selv, uden at der lægges noget ind i den, 2. Objektets enhed: de enkelte dele forstås ud fra helheden, 3. Objektets oprindelse: a) subjektiv teleologi og b) objektiv teleologi, henholdsvis ophavsmandens (lovgiverens) subjektive vilje og tekstens objektive betydning. I sidstnævnte henseende er det betydningsfuldt, at sproget har en »generativ« betydning, idet det altid har en »overskudsbetydning« på grund af begrebernes åbne karakter. Et ords og en teksts »mening« er altså ikke det, det »betyder«, men det, det »kan betyde«. Teksten

kan derfor anvendes på senere opdukkede sagforhold, som ingen havde forestillet sig ved en lovs redaktion. Endelig kan man anvende 4. Den komparative (sammenlignende) canon, d.v.s. sammenligning mellem forskellige tekster fra samme ophavsmand, i.e. den systematiske sammenhæng mellem flere dele af en lov og forskellige love.

Den juridiske fortolkningsvirksomhed kan imidlertid ikke nøjes med disse 4 canones. Man kan endvidere nævne de retoriske figurer: analogi/modsætning, generel/speciel, ældre/ynge, højere/lavere, og de forskellige synspunkter og argumenter må indgå i en dialektisk proces, jfr. ndfr. kap. II. Det afgørende for os er imidlertid det almindelige videnskabsteoretiske problem, at virkeligheden skal omsættes til en sproglig form, for at »erkendelsen« kan bearbejdes i en videnskabelig form, og for at vi kan træffe videnskabelige og praktiske afgørelser ved en kombination af henholdsvis en typologisk tolkning af et regelsystem og en sproglig kvalifikation af en til bedømmelse udleveret faktisk begivenhed.

Hvis sproget skal have betydning som socialt kommunikationssystem, må det være i stand til at indeholde sande oplysninger om »virkeligheden«. Var der kun en tilfældig overenstemmelse med kendsgerninger, ville det ikke være muligt at fæste lid til sproglige meddelelser, og dermed ville enhver forudberegnelighed og ethvert organiseret samarbejde støttet på sproget være umuligt.

Vi har antaget, at sproget er en biologisk betinget evne, der har udviklet sig som et redskab for menneskets sociale behov. Vi har også antaget, at sproget er struktureret på en måde, som viser, at anvendelsen ikke blot er en tillært proces, idet grammatiske og syntaktiske regler samt konteksten tillægger ordenes placering, form og sammenhæng en særlig betydning, således at et begrænset antal ord kan indeholde et uendeligt antal betydninger.

Der er derfor også grund til at tro, at det er den samme biologiske udvælgelsesproces, der har udviklet sproget, som samtidigt betinger mulighederne for, at det på en »sand« måde repræsenterer virkeligheden. Det er på denne måde vore øvrige sanser funge-

rer på en for artens og individets overlevelse nødvendig måde. Synssansen ville f.eks. være nytteløs, hvis ikke man kunne stole på, at der befandt sig et glas vand, hvor det så ud til at være, når man er tørstig. Luftspejlinger, fata morgana, er nytteløse eller farlige hallucinationer.

Ved at gå ud fra at sproget og dets evne til at repræsentere virkeligheden er resultatet af en biologisk udviklingsproces, har vi ikke samtidigt antaget, at sproganvendelsen er en rent »intuitiv« proces, som ikke kan gøres til genstand for en efterfølgende rationel analyse. Mennesket er også et fornuftsvæsen, hvis handlinger er underkastet en rationel kontrol. Inden for meget vide rammer af det samlede erkendelsesapparats grænse, er det muligt efterfølgende at analysere den strategi, som har ført frem til en handling, herunder en sproglig formulering.

Den faktiske motivationsproces, som fører frem til et sprogligt udtryk, er, som alle menneskelige aktiviteter fra de mere elementære til de mest raffinerede, resultatet af en kombination af dispositioner og tillærte reflekser. Sådan som vi ser det ved analysen af retsafgørelsen, er denne i væsentlig grad resultatet af en spontan anvendelse af en indlært professionel juridisk metode. På den anden side er den, og skal den være, modtagelig for en efterfølgende retlig analyse og begrundelse, hvis den skal have karakter af en retsafgørelse. På samme måde må den spontane sproganvendelse efterfølgende kunne gøres til genstand for en analyse og begrundelse for den anvendte sprogbrug.

I. Erkendelsesteori og retsteori

Efterkrigstidens retsteori var, som rimeligt er, præget af tidens almindelige afideologisering.

Opgøret med de totalitære politiske systemer førte i Tyskland til en tilbagevending til naturretlige idéer ud fra den opfattelse, at det var den positivistiske retsopfattelse med dens identifikation af ret og stat, som var ansvarlig for det »retsmisbrug«, »Det tredje Rige« havde gjort sig skyldig i. Ophævelsen af borgernes retssikkerhed derved, at føreren stod uden for systemet og vilkårligt kunne tilsidesætte retsreglerne gennem »konkrete forordninger«, blev af nogle tilskrevet den strenge adskillelse af ret og moral, som var idealet for den såkaldte »rene retslære«.

Denne retsteori var en anvendelse af den »logiske positivisme«, der opstod som almindelig videnskabsteori i mellemkrigstidens wienske kulturmiljø. Formålet hermed var at rense videnskaben for vurderinger, for at den kunne gøres til genstand for en eksakt kvantitativ beskrivelse, der kunne give et sikkert grundlag for prognoser. Derfor kunne kun to typer af påstande benyttes i videnskaben: påstande om genstande i den fysiske virkelighed, der kan »verificeres« eller »falsificeres« ved hjælp af »objektive« kontrolmetoder (syntetiske påstande), og påstande om logiske meningssammenhænge, f.eks. matematiske udtryk (analytiske påstande). Metafysiske påstande om forhold, der ligger uden for virkelighedens kontrol, og vurderinger mangler »semantisk referens«, fordi der ikke er »noget« i virkeligheden, som svarer til det sproglige indhold i sådanne påstande.

Den logiske positivismes sandhedskriterium for syntetiske påstande var nemlig overensstemmelsen mellem det sproglige indhold i påstanden (f.eks. luften er 20°C) og det objektive måleresultat (aflæsning af et termometer). Den del af læren om sprogets betydning, som angår dets indhold, kaldes nemlig »semantik« (afledt af det græske ord for »tegn«), og begrebet »semantisk referens« har derfor kun mening inden for en sprog- og videnskabs-

teori, som bygger på den logiske positivismes (eller empirismes) identifikation af »sprog« og »måleresultat«. Den logiske positivisme forudsætter, at det er muligt at foretage en »objektiv« beskrivelse af virkeligheden, eller at videnskaben begrænser sig til »måleresultaterne«.

Den logiske positivisme er herigennem beslægtet med de traditionelle rationalistiske og idealistiske teorier, som forudsætter, at virkeligheden er »fornuftig«, eller at videnskaben må begrænse sig til det »fornuftige«, d.v.s. tanken eller idéen om virkeligheden. Platon og Aristoteles gik på hver sin måde ud fra, at »virkeligheden« var udslag af nogle evige principper, som videnskaben skulle søge i den kalejdoskopske erfaringsverden. Platon kaldte dem for »idéer«, medens Aristoteles talte om tingenes »væsen«, d.v.s. de (væsentlige) egenskaber, som identificerer en ting, og som gør, at tingene »stræber« efter at opnå en bestemt tilstand.

Den klassiske erkendelsesteori var altså »teleologisk« (formålsbestemt), idet den gik ud fra, at alting havde et formål, som den stræbte efter at realisere. Denne opfattelse passede udmærket ind i middelalderens »teologiske« (skolastiske) videnskab, der forudsatte, at alt skete efter Guds vilje, som det gjaldt om at finde.

Den nominalistiske erkendelsesteori i 1300-tallet (*William Ockham* (ca. 1290-1349)) forkastede den aristoteliske påstand om, at begreberne er egenskaber ved tingene, og antog, at begreber er navne man giver dem (nominere). Herved frigøres erkendelsen fra spekulationer over tingenes formål og kan i stedet rette opmærksomheden enten mod iagttagelsen af virkeligheden (empirisme) eller tanken om virkeligheden (rationalisme). Ockham selv valgte en intuitiv empirisme, idet han gik ud fra, at en iagttagelse af enkeltfænomenerne ville give anledning til almindelige begrebers dannelse. Denne opfattelse demonstrerer styrken og svagheden i empirismen, nemlig at den vel er »sand«, forsåvidt som den handler om virkeligheden, men »usikker«, forsåvidt den forudsætter en intuitiv induktion fra enkelttilfælde til generel begrebsdannelse eller regel.

Derfor gik Descartes den modsatte vej og tog sit udgangspunkt

i tanken, som var det eneste »sikre«, idet alt andet kunne betvivles. Ikke alene Guds, men også ens egen eksistens kan betvivles, men derimod ikke menneskets tanke, som er bevis på eksistensen (cogito ergo sum), og tanken om Gud er tegn på Guds eksistens. Svagheden er på den anden side, at det ikke er lige så sikkert, at det er sandt. Styrken er den sikkerhed, hvormed man kan drage deduktive slutninger fra de aksiomer, som tanken er gået ud fra.

I det 18. århundrede videreudvikledes denne rationalisme og forsynedes med en matematisk præcision, som gjorde det muligt for videnskaben at bearbejde komplicerede data præcist og hurtigt. Netop tømningen af begreberne for alt materielt indhold og reduktionen til ren form gør det muligt at skabe et universelt redskab, men også kun et redskab til bearbejdelse af data, ikke af virkeligheden selv.

I slutningen af 1700-tallet brød denne rationalistiske erkendelsesteori sammen over for den skotske *David Humes* (1711-1776) fundamentale erkendelseskritik. Hans tese var den i og for sig ikke nye, at generaliseringen ikke induktivt kan afledes med sikkerhed af den enkelte iagttagelse, men kun »intuitivt«. Derfor, siger han, kan vi ikke bevise årsagsloven, lige så lidt som vi kan bevise, at værdierne er egenskaber ved tingene, sådan som den antikke, den middelalderlige og den rationalistiske moralfilosofi havde antaget. »Godt« og »ondt« er altså ikke egenskaber ved tingene, men derimod udtryk for den vurderendes følelser.

Den tyske *Immanuel Kant* (1724-1804) anerkendte rigtigheden af Humes kritik, men drog nogle andre konsekvenser, idet han antog, at menneskene var nødt til at »forudsætte« visse nødvendige betingelser for deres erkendelse. Disse forudsætninger fandt han i det menneskelige erkendelsesapparat i videste forstand: sanserne og hjernen, der bearbejder sansernes indtryk af virkeligheden.

Han delte erkendelsen op i en »teoretisk« og en »praktisk« erkendelse. Den første handler om den ydre virkelighed, som kun kan »forstås«, hvis vi forudsætter bl.a. årsagslovens eksistens; hvis ikke, vil virkeligheden falde sammen i en kaotisk ansamling af begivenheder, som ikke kan forklares og forudses. Til at kunne

»forstå« i denne forstand, som er nødvendigt for mennesket som fornuftsvæsen (i modsætning til »naturligt« væsen), må mennesket forudsætte årsagslovene.

Når det derimod gælder menneskets handlinger, er vi på den anden side nødt til at forudsætte handlefriheden, idet det i modsat fald ville være umuligt at anvende begrebet »ansvar«, som kun er muligt, når mennesket har en valgfrihed. Kant er derfor enig med Hume i forkastelsen af den rationalistiske naturretsteori, som gik ud fra, at der eksisterer en »objektiv« moral baseret på den fornuftige indsigt i menneskets natur, som forudsattes at være evig og uforanderlig. Det er rigtigt, at det ikke er »menneskeheden«, men enkeltmennesker, der tænker og føler, hvorfor der ikke er noget grundlag for en materiel moral, der gælder for alle mennesker til alle tider.

Men Kant mener dog ikke, at man kan forkaste enhver objektiv moral, idet logikken på grundlag af nogle almindelige principper kan udlede nogle moralske grundsætninger. Det grundlæggende postulat, som Kant går ud fra, er, at alle mennesker som fornuftsvæsener har den handlefrihed, som nævnt ovenfor, og at denne i sin universelle form betyder, at alle menneskers handlefrihed må respektere de andres tilsvarende handlefrihed efter almindelige love, som positivt fastsættes af staten, som var ved at fremstå som europæisk organisationsform. Revolutions- og Napoleons-tiden var netop udtryk for den dynamiske samfundsudvikling, som fulgte i kølvandet på den teknologiske revolution, og som ideologisk fandt sin legitimation i nationen og dens historie.

Den på grundlag af Kants erkendelsesforudsætninger udviklede »idealisme« begrænsede videnskaben til den del af virkeligheden, som sanserne og erkendelsesapparatet kan behandle. Den romantiske filosofi, der skilte jeg'et fra ikke-jeg'et, drog den konsekvens heraf, at det er det enkelte individ, som »projicerer« sine idéer ud i omverdenen, som dermed konstitueres. *G.W.F. Hegel* (1770-1831) antog omvendt, at virkeligheden i forvejen er logisk konstitueret, og at den derfor af sig selv »reflekteres« i den menneskelige bevidsthed. (»Det virkelige er det fornuftige, og det fornuftige er det virkelige«).

Den idealistiske erkendelsesteori beherskede det 19. århundrede og gjorde forsåvidt erkendelsen uproblematisk, som den forudsatte en korrespondance mellem menneskets erkendelsesapparat og virkeligheden, som enten var en projektion af individets idéer eller en refleksion af logiske strukturer. Beskrivelsen i sprog var derfor en ukompliceret logisk proces.

Omkring århundredskiftet brød idealismen imidlertid sammen forskellige steder på én gang. Derigennem opstod en ny spaltning af virkeligheden og sproget, som søgtes genetableret på forskellige måder. I England var det *G.E. Moore* (1873-1958), der afviste tanken om, at virkeligheden er af logisk karakter eller en projektion af den subjektive bevidsthed. Moore antog, at den »objektive« virkelighed i sig selv umiddelbart indgår i bevidstheden og i kraft af *common sense* omsættes til et sprogligt udtryk. Også i moralfilosofien antog Moore, at der ikke findes nogen logisk forbindelse mellem faktum og pligt, således at et »bør« aldrig kan udledes af et »er«. Han afviste både naturalistiske og utilitaristiske begrundelser for moralen. I stedet for som konsekvens heraf at antage en subjektiv pligtteori, fastholdt han, at værdierne har en objektiv karakter, som individerne kan få indsigt i gennem deres intuition. Der er altså en nøje forbindelse mellem *common sense* i erkendelsesteorien og intuitionen i moralfilosofien derved, at den sproglige forbindelse mellem bevidsthed og virkelighed søges genetableret ad intuitiv vej.

Det er også intuitionen, som *Henri Bergson* (1859-1941) anvendte som redskab i opgøret med idealismen. Ligesom Moore antog han, at menneskenes bevidsthed har en »objektiv« struktur, som gør det muligt for individet umiddelbart at optage virkeligheden i sig i kraft af intuitionen. På den anden side antog han, ligesom *J.G. Fichte* (1762-1814), at enhver filosofi er afhængig af et af den enkelte filosof valgt udgangspunkt. »Wesenschau« kom det til at hedde i den heraf udgåede fænomenologiske filosofi, som især udvikledes af *Edmund Husserl* (1859-1938). Husserl var imidlertid også påvirket af Franz v. Brentano, der dels afviste en forbindelse mellem logik og fysisk virkelighed, dels genopli-

vede den klassiske og skolastiske sondring mellem væsentlige og ikke-væsentlige egenskaber og tankens »intentionalitet«.

Ligesom den romantiske filosofi var intuitionismen baseret på antagelsen af en principiel sondring mellem »jeg« og ikke-jeg«, forskellen var blot den, at den subjektive idealisme (romantikken) betragtede virkeligheden som konstitueret af den subjektive bevidsthed, medens såvel den engelske som den franske og tyske intuitionisme omvendt »troede« på virkeligheden, men i modsætning til den »objektive idealisme« (Hegel) også afviste virkelighedens logiske struktur og dermed dens »sproglike« karakter. I stedet forestillede man sig, at den »subjektive« bevidsthed optager den »objektive« virkelighed i kraft af en intuitiv mekanisme, som unddrager sig videnskabelig kontrol. »Common sense« er det redskab, som anvendes i engelsk teori, medens »Wesenschau« tilsvarende benyttes i den tyske teori.

I USA gik de »pragmatiske« filosoffer, f.eks. *William James* (1842-1910) en anden vej, idet de i stedet omdefinerede sandhedsbegrebet. Det afgørende for erkendelsen skulle ikke være deres sandhed, men deres brugbarhed. Problemet for en pragmatisk erkendelsesteori, der vel går ud fra virkelighedens eksistens, er at afgøre, hvornår en handling er »nyttig«. Ligesom fænomenologiens »intentionalisme« forudsætter pragmatismens »instrumentalisme« en fælles overindividuel målestok (konsensus), som er vanskelig at etablere objektivt.

Den »skandinaviske realisme« tog konsekvensen af denne usikkerhed og afviste enhver tanke om videnskabeligt at beskæftige sig med »metafysiske« fænomener og værdier. Videnskaben kan ifølge *Axel Hägerström* (1868-1939) kun beskæftige sig med den fysiske virkelighed, som eksisterer i den forstand, at den kan indpasses i en »erfaringsverden« i tid og rum, idet den (gennem iagttagelse og induktion) kan beskrives, fortolkes og systematiseres. Da metafysiske fænomener og værdier ikke hører til denne erfaringsverden, kan de ikke erkendes objektivt og videnskabeligt, men indgår kun i den subjektive bevidsthed. Den logiske positivism er som nævnt ovenfor ikke en erkendelsesteori, men en videnskabsteori, der begrænser videnskabens opgave til påstan-

de om »verificerbare« fænomener. For moral- og retsfilosofien er resultatet det samme som den »skandinaviske realisme«, nemlig at metafysiske og vurderende påstande er »meningsløse«, fordi de ikke har nogen »semantisk referens«, d.v.s. ingen målestok for korrespondens med det semantiske indhold i påstanden.

Hverken den skandinaviske realisme eller den logiske positivisme gør sig nogen nærmere forestillinger om forholdet mellem sprog og virkelighed, selvom man antager virkelighedens eksistens. Medens den logiske positivisme forsøger gennem sproglige analyser at udvikle et præcist videnskabeligt sprog, der forudsættes entydigt at svare til de behandlede fænomener, tager den skandinaviske realisme sit udgangspunkt i dagligsproget. Erfaringsverdenen, der er et vigtigt begreb, er nærmere beslægtet med den ældre *L. Wittgensteins* (1889-1951) og *Martin Heideggers* (1889-1976) »*Lebenswelt*« og dermed med den hermeneutiske sprogteori, men i sin uanalyserede form havde den mere til fælles med den intuitive common-sense-teori.

Vi er tilbage ved udgangspunktet: Efterkrigstidens filosofi og videnskab havde behov for at lægge distance til ideologierne, som blev identificeret med de totalitære ideologier. Derfor var det forståeligt, at den logiske positivisme vandt en stærk position, idet den dels var udviklet med dette formål for øje, dels reflekterede den skepsis, som krigstidens erfaringer havde fremkaldt, dels egnede sig godt som filosofi i en tid, hvor der forelå en almindelig konsensus om, at det var den materielle genopbygning af Europa, som var målet for efterkrigstidens politik. Det var derfor forståeligt, at ledende politikere kunne udtale sig om, hvad der var en »saglig« politik i modsætning til en usaglig. Også den amerikanske pragmatisme fremhævede »hensigtsmæssigheden« som kriterium for den rette handling i modsætning til »retfærdighed« eller »rigtighed«.

Også den engelske common-sense-filosofi tog sit udgangspunkt i de faktiske forhold og de faktiske afgørelser, som entydigt afgjorde, hvad der var en rigtig erkendelse og en rigtig handling. Den »almindelige sprogbrug« kunne legitimere en intuitiv truffet afgørelse, uden at det blev anset for problematisk,

at det i realiteten blev umuligt at kontrollere afgørelserne ad rationel vej.

Det fælles resultat af den »amerikanske realisme«, den engelske »analytiske filosofi«, den »skandinaviske realisme« og »den logiske positivisme« blev for retsvidenskabens vedkommende, at det var domstolenes faktiske afgørelser, som blev kriteriet for, hvad der er gældende eller gyldig ret i samfundet. Enhver kritik af retsafgørelsen bliver meningsløs, og retsvidenskabens opgave bliver i princippet blot at referere og systematisere love med de afledede kilder og retsafgørelser.

Når tyske retsteoretikere omvendt søgte at genoplive den traditionelle naturretsteori, var det ud fra den formodning, at den positivistiske retsteori var hovedansvarlig for nazismens succes, eftersom juristerne i Det tredje Rige måtte opfatte retten som statens redskab og sig selv som de saglige forvaltere af statens retsregler. En »modstandsret« mod uretfærdige og »naturretsstridige« love anerkendes ikke af retspositivismen; ret og moral hører til forskellige kategorier.

Nu kan der stilles spørgsmålstejn ved denne påstand, idet »magtovertagelsen« skete i overensstemmelse med Weimarforfatningen, og »førersystemets« resultater først viste sig efterhånden; hertil kommer, at juristerne i kraft af deres uddannelse og deres administration længe forsinkede og forhindrede de værste misbrug, som derfor blev overladt til særlige »folke-domstole«. Alvorligere er den kritik, som er rejst mod efterkrigstidens tyske naturretsteorier, at de på en indirekte måde legitimerer tidligere nazistiske tilbøjeligheder ved at forkaste en »rationalistisk« og »positivistisk« teori og i stedet forsvare en anden irrationalistisk teori. Den nazistiske retslære forkastede ligesom den romantiske og historiske retsskole fornuften som retskilde. Ligesom denne søgte sin begrundelse i »folkeånden«, fandt nazismen sin hjemmel i »folkefællesskabet; »Treu und Glauben« i BGB § 242 blev uden vanskelighed og uden ændring af en paragraf i loven omfortolket til »gesundes Volksempfinden«.

Ikke alene nynaturretlige teorier kan anfægtes med henvisning til deres irrationalistiske begrundelse. Også nyere teorier, der ta-

ger deres udgangspunkt i »samtalet« (diskursive, *Jürgen Habermas*) og »institutioner« (institutionalistiske), søger deres begrundelse i tilsvarende fiktive begreber som »samfundskontrakten« (*Grotius, J. Rawls*), »faktische Verhältnisse«, »Rechtsverhältnisse« og andre »institutioner« (*O. Weinberger, N. MacCormick*).

Den ideologikritiske videnskabsteori, som formuleredes i 60'erne, var en tvivlsom teori, fordi den var i principiel modsætning til den videnskabsetiske grundsætning, at man bør tage andres meningstilkendegivelser for deres pålydende, indtil det modsatte er sandsynliggjort gennem begrundede indvendinger. En af videnskabskritikkens egne fædre, *Th. Adorno* (1903-1969), vendte sig mod dens overdrivelse, når han talte om »argumentative« kritikere, som forlangte et maksimum af argumenter for indlysende sandheder og et minimum af argumenter for egne provokerende meningstilkendegivelser og kritik.

En videnskabs- og samfundskritik, som ikke er baseret på en kvalificeret beherskelse af en eksisterende videnskab eller den bestående samfundsorden og et sæt af velbegrundede argumenter for en anden teori eller en anden samfundstilstand, er ikke udtryk for kritik, men for utilfredshed. Den ideologikritiske videnskabsteori er også senere blevet karakteriseret som »mistankens hermeneutik«, og den »frigørende« funktion er blevet betvivlet, idet erfaringen fra opbruddet i Østeuropa har dementeret marxismens evne til at bibringe borgerne i disse lande en følelse af frihed.

Hermed være ikke sagt, at videnskaben ikke skal være kritisk, kun at videnskabsteorien ikke må komme i åbenbar strid med videnskabsetikken. Retspolitikken er som nævnt nedenfor kap. III og VI også en del af retsvidenskaben, men den praktiske (»dogmatiske«) retsvidenskab kan ikke principielt være kritisk i den forstand, at den indeholder gode råd til lovgivningsmagten kamufleret som udsagn om den gældende retstilstand (de lege ferenda). Derimod er det en tilladelig (og nødvendig) del af retsdogmatikken at udtale sine velbegrundede »fortolkninger« af den gældende ret i form af velbegrundede råd til retsanvendelsen om, hvilken løsning i tilfælde af flere muligheder man bør fore-

trække ud fra en afvejning af formål, følger og andre retshensyn
(de sententia ferenda).

II. Tolkning og beskrivelse

Det, som var svagheden i de omtalte erkendelsesteorier, var deres uafklarede forhold til forbindelsen mellem sproget og virkeligheden. En idealistisk teori forudsætter, at virkeligheden enten er en projektion af den enkeltes bevidsthed eller en fornuftig (logisk) struktur, som umiddelbart kan reflekteres i menneskets bevidsthed. En realistisk teori forudsætter en intuitiv mekanisme, som umiddelbart (ubevidst) omsætter den objektive fysiske virkelighed til bevidsthed («Wesenschau», »common sense«, »bevidsthedsstruktur«). Den logiske positivisme forsøger at undgå problemet ved at reducere sproget til et videnskabeligt formelt tegnsystem (tal og symboler).

I de forskellige teorier var der imidlertid elementer, som pegede fremad mod en klarere forståelse af sprogets selvstændige og kreative natur. Allerede den fænomenologiske teori havde i tilslutning til Fichtes subjektive idealisme fremhævet sprogets *intentionalitet*, d.v.s. sprogets instrumentale karakter. Heidegger søgte tillige inspiration i Diltheys *hermeneutik* og fremhævede sprogets funktion som *budskab*, der kun har mening inden for en tids- og forståelsesramme. Kun den, der kender denne forståelsesramme og fænomenets funktion, er i stand til at *forstå* en meddelelse. Ethvert sprogligt begreb og enhver meddelelse skal altså *tolkes* på baggrund af et sådant begrebssystem, der er udgået af historien og menneskets situation i verden. Heraf kommer den hermeneutiske cirkel, der består i, at man ikke kan forstå enkeltdelene uden at kende helheden, og at man ikke kan forstå helheden uden kendskab til enkeltdelene. Forståelsen bliver dermed en dialektisk proces mellem betragtning af enkeltdele og helheden.

Både den engelske analytiske filosofi og den skandinaviske realisme indeholdt elementer af en sådan almindelig hermeneutik. Wittgenstein, som oprindeligt tilhørte Wienerkredsens logiske positivisme, var under sit ophold i England blevet påvirket af

common-sense-filosofien (*G.E. Moore, B. Russell* (1872-1970)) og opgav idéen om, at sproget er et billede af virkeligheden i kraft af en fælles logisk struktur. Han udviklede en ny teori, som var beslægtet med den hermeneutiske, for så vidt som han opfattede sproget som et redskab, der antager sin betydning under hensyntagen til forskellige omstændigheder og forskellige formål (»form of life«), en teori som videreudvikledes af *J.L. Austin* (1911-1960) (»how to do things with words«).

Også Hägerström mente, at virkeligheden måtte beskrives i forhold til et system af principper, men hans teori om beskrivelse af virkeligheden var mindre klar, idet han ligesom den engelske common-sense-filosofi henholdt sig til almindelig sprogbrug. Derimod tilsluttede Alf Ross sig den logiske positivisme og dens teori om virkelighedens og sprogets fælles logiske struktur, som muliggør en objektiv beskrivelse (semantisk referens). Medens det for en naturvidenskabelig metode kan tage sig mindre problematisk ud, at virkeligheden objektivt kan beskrives i et formaliseret videnskabeligt symbolsprog, bliver det problematisk at hævde det samme, når man har at gøre med tolkning af tekster, der er affattet i normalsproget, eller beskrivelse af fakta i forhold til et sådant normalsprog. Specielt for den juridiske funktion, hvad enten den går ud på en dogmatisk beskrivelse af et normsystem, eller den går ud på at anvende normsystemet i praktiske retsafgørelser, administrative og judicielle, drejer det sig om at kvalificere en faktisk begivenhed i forhold til et abstrakt normsystem, eller sagt med andre ord at konkretisere et abstrakt normsystem i forhold til en faktisk begivenhed.

Det er altså ikke muligt at adskille fortolkningen af normerne fra kvalifikationen af fakta, og den største vanskelighed er ikke at tolke et retligt retskildemateriale, når det er udvalgt af det samlede materiale, men at kvalificere den faktiske begivenhed. Når denne tolkning af retskildematerialet er afsluttet med præcisering af den bestemte regel, og den faktiske begivenhed er blevet kvalificeret i forhold til denne regel, er det en simpel *deduktion* at drage de retlige konsekvenser. Men retsafgørelsen *i sig selv*, d.v.s. i den virkelige verden, er ikke en logisk, men en psykologisk

proces, der består i en række vurderinger, hvorved man tager stilling til, hvilke dele af normsystemet, som kan komme til anvendelse og prioriteres, og hvordan de sproglige begreber skal fortolkes under hensyn til formålet med det normative materiale. Derefter – eller i et dialektisk forløb – skal der af de faktiske omstændigheder udvælges de retligt relevante fakta, som derefter skal kvalificeres i forhold til det normative materiale.

Mens retsdogmatikkens opgave er i en systematisk form at beskrive og fortolke det normative materiale, er retsafgørelsens opgave at bestemme, hvilke retsvirkninger, man skal tilskrive et faktum eller et faktisk forløb. Men i princippet drejer det sig i begge tilfælde om at afgøre, i hvilke hypotetiske eller faktiske enkelttilfælde disse retsvirkninger skal udløses.

Tolkningen (betydningen) af sproglige udtryk må afhænge af udtrykkets *formål*. Derfor er der forskel på tolkning af litterære og autoritative tekster. Litteraturtolkningen må tage sit udgangspunkt i adressatens bevidsthed, idet kunstens opgave er at fremkalde en kunstnerisk oplevelse. Tolkningen af autoritative tekster må derimod tage sit udgangspunkt i autoritetens hensigter med udtrykkene, eftersom det er *formålet* med teksten at fremkalde bestemte virkninger. Teologien og juraen har det til fælles, at det gælder om at afgøre, i hvilke tilfælde den autoritative tekst giver anledning til hvilke konsekvenser. For retsreglerne gælder det særligt, at formålet er at påvirke den sociale adfærd ved at knytte visse retsvirkninger til overensstemmelse med eller afvigelse fra det tilsigtede.

Den retlige tolkningsvirksomhed må altså både indeholde *teleologiske* og *pragmatiske* elementer. Udgangspunktet må – i hvert fald i et retssamfund – tage sit udgangspunkt i »den almindelige sprogbrug«, idet *retssikkerheden* kræver, at individerne kan forudse og kalkulere med konsekvenserne af deres handlinger. Dette ville ikke kunne lade sig gøre, såfremt der ikke forelå en slags »objektivt« indhold i det sproglige budskab i reglerne. En kommunikation af et sprogligt indhold er kun vellykket, såfremt afsenderen og modtageren har det samme bevidsthedsindhold knyttet til meddelelsen. En sådan objektiv betydning har sproget imidlertid

ikke, derimod er det muligt at operere med en »intersubjektiv« betydning eller forskellige »intersubjektive« betydninger, efter hvilken »forståelseshorisont«, hvilket »forum« eller hvilket »miljø« subjekterne hører til.

Ved den præciserende tolkning er det imidlertid nødvendigt at inddrage overvejelser over reglernes formål, d.v.s. hvilke virkninger i samfundet reglerne tilsigter at fremkalde, og i tilfælde af flere tolkningsmuligheder, hvor godt de forskellige virkninger modsvarer de antagne formål og hensynet til retssikkerheden (reale hensyn).

Formålet fremgår ikke længere så klart af lovene som i tidligere tiders forordninger, der ofte i en »præambel« udtalte sig i almindelighed om suverænenes hensigter. Med det anonyme demokratis parlamentariske lovgivningsvirksomhed blev formålet ikke udtrykt i teksten selv, men i dens forarbejder. Formålet er imidlertid ikke en del af reglen i det omfang, det ikke kan realiseres inden for den almindelige ordgrænse, medmindre loven selv definerer begreberne på en særlig måde, eller der kan blive tale om anvendelse af en analogi eller en udvidende fortolkning.

Af hensyn til retssikkerheden er analogislutninger normalt forbudt i strafferetten, medmindre der er tale om en »fuldstændig analogi«, og øjemedet ellers ville forspildes. Det samme vil normalt være gældende også inden for skatteretten og den almindelige forvaltningsret i det omfang, der er tale om fortolkninger til skade for borgerne. Tidligere i århundredet da »velfærdsstaten« endnu blev betragtet som en positiv faktor, var der en større tendens til umiddelbart at acceptere forarbejdernes tilkendegivelser om formålet med en administrativ lov og en i tilslutning hertil etableret administrativ praksis. I den senere tid, da den offentlige sektor har vokset sig stor, betragtes staten ikke ubetinget som en velgører, hvis gode hensigter skal gennemføres på retssikkerhedens bekostning, men som en mægtig modstander, hvis magt skal begrænses så meget som muligt. Denne udvikling forklarer både den voksende tendens til, at retsafgørelserne henviser til lovenes forarbejder og administrativ, praksis og den stigende af-

standtagen herfra, hvis de ikke utvetydig er i overensstemmelse med lovens ord.

Inden for den traditionelle privatret er der imidlertid et større behov for analogiske og udvidende fortolkninger, eftersom der her er større behov for en tilpasning til de praktiske behov og udviklingen i samfundet, og hensynet til retssikkerheden ikke taler så stærkt som de »reale hensyn« (parternes gennemsnitlige interesser). Det er da også inden for privatretten, at sædvaneretten traditionelt har haft betydning som retskilde. I førstatalige samfund er sædvanen den eneste retskilde, og her er privatretten den altdominerende faktor, idet såvel reaktionsretten som processystemet er en del af privatretten, eftersom retsforfølgning i det hele taget er et privat anliggende.

I et naturreligt og idealistisk retssystem er retfærdigheden en grundforudsætning og billigheden et selvfølgelig krav til rets anvendelsen. Omvendt er sådanne argumenter utilladelige i positivistiske og især realistiske retsteorier. Derfor bliver sådanne argumenter i dogmatikken afløst af utilitaristiske udtryk såsom »hensigtsmæssig« eller »reale grunde taler for« o.lign., hvis der ikke i almindelighed henvises til »samfundsnyttens« eller »det levende livs krav« o.lign. Det siger sig selv, at en handling ikke kan være mere eller mindre hensigtsmæssig uden en bestemt hensigt, lige så lidt som »reale hensyn« har nogen mening uden realiteter. »Samfundsnyttens« og »det levende livs krav« kan, som Alf Ross fremholdt mod *Vilh. Lundstedt* (1882-1955) og *F. Vinding Kruse* (1880-1963), retfærdiggøre hvad som helst og er i virkeligheden en skjult henvisning til den retfærdighed eller billighed, som man har lukket ud af fordøren, men som blot kommer ind ad bagdøren.

På samme måde er henvisninger til hensigtsmæssighed og reale hensyn uden nærmere redegørelse for den talendes vurderinger sådanne skjulte eller fortrængte henvisninger til umiddelbare vurderinger som billighed og retfærdighed. Det er interessant at bemærke, at nyere retspraksis i stigende grad igen er begyndt at anvende denne type argumenter, samtidig med at man forholder sig kritisk til utilitaristiske argumenter – (i sager om den administrative lovgivning) – til fordel for retssikkerheden.

Mens der altså er vanskeligheder med udvælgelsen og fortolkningen af det autoritative retskildemateriale, før man kan komme til præciseringen af en bestemt retsregel, er der endnu større problemer forbundet med den sproglige kvalifikation af de fakta, som foreligger til retlig bedømmelse. Af disse fakta skal man først udvælge de retligt relevante (væsentlige) fakta, d.v.s. de fakta, som har betydning for formuleringen af en almindelig regel, i modsætning til de omstændigheder, som er uden betydning for formuleringen af den abstrakte regel, man vil anvende. Ved udvælgelsen af disse fakta er det naturligvis af afgørende betydning, hvilken regel eller hvilke regler der kan blive tale om at anvende. Er det en strafferetlig regel, man vil søge at anvende, vil det økonomiske tab være af mindre betydning, hvorimod dette vil være af afgørende betydning i en erstatningssag. Derimod vil fakta, som angår den udviste adfærd, være relevant både for anvendelsen af en straffe- og en erstatningsregel (culpa, forsæt, uagtsomhed).

Når de således udvalgte fakta nærmere skal beskrives, må man huske, at sådanne »rå fakta« ikke kan indgå i en sproglig bevidsthed uden selv at blive omsat til sprog. Ved at anvende en af de ovenfor omtalte »intuitive« erkendelsesteorier eller »common-sense-teorier, risikerer man at fortrænge de vurderinger, som indgår i den sproglige kvalifikation af »fakta«, og forfalde til en fortsættelse af tidligere tiders »begrebsjurisprudens«.

»Begrebsjurisprudens« er det øgenavn, som *Rudolph v. Jhering* (1818-1892) gav den tyske konstruktive retsvidenskab i første halvdel af forrige århundrede. Formålet med denne var af hensyn til retssikkerheden at opbygge et sammenhængende system af generelle retsbegreber, som tilsigtede at give en udtømmende og modsigelsesfri fremstilling af retssystemet. Fordelen var sikkerheden i anvendelsen, som forudsattes at bero på simple logiske deduktioner og i tilfælde af tvivl på udvidelse af begreberne i stedet for en afvejning af de praktiske hensyn.

Svagheden var som antydte den samme som ved tidligere tiders rationalisme, at sikkerheden modsvarede af en tilsvarende mangel på sandhed, d.v.s. overensstemmelse med reglernes praktiske formål. Sagen var den, at »begrebsjuraen« havde overtaget den

forudsætning, som lå bag al rationalisme, såvel den rationalistiske naturretsteori som dens forudsætninger i den skolastiske moralfilosofi, der byggede på Aristoteles' metafysik. Den grundlæggende tesis i denne var nemlig, at de samme grunde (principper), der konstituerer tingenes og handlingernes væsen, også bestemmer deres konsekvenser. Da det er fornuften, som er menneskets væsen, er det altså de fornuftige forventninger, som overalt skal bestemme de retlige og moralske konsekvenser af menneskelige handlinger.

Disse »rationalistiske« grundforudsætninger gennemtrænger ethvert system, som unddrager sig erkendelsen af sprogets instrumentale karakter og redegørelsen for og hensynet til de praktiske problemer, som det er det politisk-retlige systems formål at løse. Sikkerheden opnås på bekostning af praktisk anvendelighed. Forestillingen om, at de retlige løsninger fremstår som resultat af en »deduktiv« logisk proces, hænger sammen med den erkendelsesteoretiske opfattelse af virkelighedens logiske struktur.

En efterklang af denne rationalisme er den endnu i nutiden rådende tendens til at aflede konsekvenserne og begrænsningerne i disse af de private retsstiftende kendsgerninger. I kontraktsretten har man villet udlede begrænsningerne i parternes viljeserklæringer af deres »forudsætninger«, ligesom begrænsningerne i ansvaret for følgerne af skadegørende handlinger er søgt i »forudseligheden«. Derved undgår man at tage stilling til de meget komplicerede praktiske vurderinger, som indgår i disse intuitivt trufne afgørelser om udstrækningen af retsvirkningerne, hvad enten de udledes af »forudsætningslæren« eller »årsagsbegrebet« i henhold til »common sense«.

I engelsk retspraksis er dilemmaet mest åbenbart kommet til udtryk i Overhusets modstridende domme om »remoteness of damages« (*Richard Kidnar* i *Legal Studies* 1989, s. 1). I den ældre *Re Polemis* antog Overhuset, at direkte skader var omfattet af ansvaret, hvad enten de var forudselige eller ikke. I *Waggon Mound* antog Overhuset senere, at det afgørende kriterium alligevel var »foreseeability«; men senere retspraksis har paradoksalt nok statueret, at »foreseeability« ikke betyder det samme i sager om per-

sonskade, – hvor begrebet strækkes videre –, som i sager om tingskader. Også i andre lande gør man denne sondring, utvivlsomt ud fra hensynet til at beskytte den personlige integritet stærkere end den tinglige. Det er imidlertid misvisende at fortrænge denne vurdering ved i stedet at fastholde et rationalistisk, men indholdsløst kriterium.

Det principielle udgangspunkt for begrebsjurisprudensen er imidlertid rigtigt. Det er rigtigt, at enhver ny erfaring, man gør, gøres »begribelig«, ved at den tillægges et navn og derigennem indpasses i vort sprog og begrebssystem. Når der fødes et barn, siger forældrene heller ikke: Se, der kommer Peter! Barnet får et navn, og tingene giver vi navne alt efter, hvilke tidligere erfaringer, de *ligner* mest. Udvidelsen af vor erfaring består altså ikke i en logisk, men i en *analogisk* proces, hvorved vi afgør ud fra vore erfaringer, hvilke tidligere begrebsbestemte erfaringer, vi vil vælge at henføre den til. Vore begreber i dagligsproget er nemlig ikke klart definerede almenbegreber, som er bestemt af præcist afgrænsede og angivne elementer, men derimod *typebegreber*, som er mere vage og bestemt i højere grad af elementernes intensitet end af deres relationer. Derfor er de åbne for nye erfaringer, og de er tillige vage således, at det ikke på forhånd er afgjort, hvilke ting og situationer de omfatter.

Det følger af den hermeneutiske sprogteori, at vore begreber er »intentionale« (interessebestemte) og får deres betydning i forhold til et individuelt eller »intersubjektivt« idésystem, en ideologi i videste forstand. Derfor lægger vi vore interesser og vurderinger ind i vor begrebsanvendelse, der således afspejler det »værdisystem«, som den talende har indbygget i sin bevidsthed. Juristerne har i kraft af deres uddannelse fået indbygget en doktrin og en metode (den juridiske metode), som disponerer dem for – i modsætning til ikke-jurister – at tage stilling ud fra en generaliserende tendens til at træffe afgørelser, som både tager hensyn til den konkrete situations forhold, men tillige til behovet for, at afgørelsen kan tjene som mønster for fremtidige afgørelser. Juristerne reagerer altså intuitivt ud fra hensyn til retssikkerhed og formel retfærdighed, på samme måde som kunstkere og

håndværkere spontant reagerer ud fra hensynet til deres opgave, som de er trænet til at løse.

Derfor er det, som Illum udtrykte det, ikke mere ejendommeligt, at en trænet jurist umiddelbart når frem til en plausibel løsning på en retlig konflikt, end at en dygtig kunsthandler eller håndværker umiddelbart er i stand til at bedømme kunstværker eller at bygge huse.

Denne spontane psykologiske proces må derimod ikke forveksles med den færdige retsafgørelse, som senere fremtræder som en velargumenteret beslutning med fuld logisk overensstemmelse mellem 1) oversætning: den præciserede retsregel, 2) undersætning: det sprogligt i forhold til reglen kvalificerede retsfaktum, og 3) konklusion: den logiske slutning: Domsafgørelsen og de retlige konsekvenser. Den psykologiske beslutning er den motivationsproces, som *fører frem til* (forårsager) beslutningen; den senere beskrevne retsafgørelse er den retligt kontrollerede slutning, som *legitimerer* afgørelsen ved at vise, at den kan begrundes med et autoritativt, gyldigt regelmateriale. Mens de to processer, den psykologiske og den logiske, ikke må forveksles med hinanden, er der heller ingen grund til at adskille dem fra hinanden; vi har ret – og måske pligt – til at forudsætte, at de to processer er to sider af samme sag, og at redegørelsen for de retlige grunde er identisk med de psykologiske motiver, som fører frem til afgørelsen. Vel kan retsafgørelsen misbruges til ud fra uvedkommende hensyn at legitimere bestemte interesser. Men indtil det modsatte sandsynliggøres, må vi af hensyn til samlivets tillidskrav gå ud fra, at motiv og begrundelse falder sammen, og at beslutningstageren taler sandt.

Til gengæld må vi forlange, at den juridiske skribent, hvad enten han udtaler sig hypotetisk som dogmatiker eller konkret som beslutningstager, åbent redegør for sine valg og vurderinger både i sit udvalg og i sin fortolkning af det retlige materiale såvel som i sin udvælgelse og beskrivelse af de retlige fakta. Der er da også i nyere retspraksis en tiltagende tendens til åbent at anføre de hensyn, som fører retten til at foretage sin prioritering og kvalifikation af det retlige og det faktiske materiale.

III. Alf Ross' teori

Alf Ross' retsteori var en fascinerende intellektuel og moralsk kraftpræstation. Som nævnt ovenfor er enhver filosofi bestemt af en bevidst eller ubevidst ideologi. Ligesom de øvrige skandinaviske og amerikanske realistiske teorier var den udtryk for en bestemt politisk ideologi: Velfærdsstatens instrumentale retsopfattelse. Retten er det styringsmiddel, som staten anvender til fremme af borgernes velfærd. Medens den amerikanske realisme anvendte en sociologisk model for sin teori, var den skandinaviske realisme i det store og hele kopieret efter en psykologisk model, selvom behaviorismen kan siges at udgøre en psykologisk teori kopieret efter en sociologisk model. Den skandinaviske realisme tog derimod socialpsykologien som eksempel og anskuede retten som et middel til at »internalisere« visse socialt »ønskværdige« holdninger, medens den amerikanske attitude ud fra en ekstern betragtning tilstræbte at måle sandsynligheden for en bestemt adfærd (»respons«) på grundlag af visse påvirkninger (»stimuli«).

Den amerikanske realisme var som nævnt udgået af den pragmatiske filosofi, hvis sandhedskriterium var det vellykkede resultat inden for den valgte referensramme. Kriteriet for rettens eksistens var derfor resultatet af retsoperatørernes funktion, hvorfor det for en angelsaksisk betragtning måtte være dommeren som hovedaktør, der bestemte, hvad der var den eksisterende ret (»law in action«, ikke »law in books«). *Oliver Wendell Holmes* (1841-1935), der hørte til kredsen omkring William James og T. Dewey, psykologiens og pragmatismens pionerer, definerede da også retten som »profetier om, hvad dommeren vil gøre« i den konkrete sag. Den mest ekstreme opfattelse af retsafgørelsen findes til gengæld hos *Jerome Frank* (1889-1957), der betragter alle motiver, retlige som ikke-retlige, som relevante for tolkningen af »rettens« indhold. Ved at lægge hovedvægten på den enkelte afgørelse og forudsigelsen af resultatet af motivationssammen-

hængen, bliver modellen for beskrivelsen af retten »the bad man's law«, d.v.s. advokatens perspektiv, når han skal vurdere udsigten til at vinde en sag.

Ligesom den amerikanske realisme politisk-ideologisk hørte hjemme i et liberalt-instrumentalt miljø og kulminerede under 30'ernes »New Deal«-politik, som byggede på statsintervention, kulminerede den skandinaviske realisme med den socialdemokratisk ledede opbygning af velfærdsstaten i 30'erne. Det, det gjaldt om, var at anvende retsreglerne som pædagogisk middel til at skabe en almindelig *følelse* af pligt. Retsreglerne opfattedes ikke som resultatet af en forud eksisterende moral, men som årsagen til dannelsen af moralske holdninger.

Samme ideologi kom senere til at præge eftertidens socialistiske regimer i Østeuropa, som grundlovfæstede *Hans Kelsens* (1881-1973) rent instrumentale retsbegreb, som identificerede ret og stat i den grad, at undervisningen i retsteori måtte foregå under titlen »rets- og statsteori«. Kelsen, der som nævnt udgik af den logisk-positivistiske kreds i 20'ernes Wien, definerede rent ud retten som befalinger, der understøttes af statens monopoliserede tvangsapparat.

Den engelske »Oxford-filosofi« eller »analytiske« filosofi tog som nævnt sit udgangspunkt i den traditionelle engelske »common-sense«-filosofi og betragtede som følge heraf retsteoriens opgave som den at analysere retssproget, og det ville for en engelsk – ligesom for den amerikanske – naturligt blive dommernes afgørelser. *H. Hart* og *A. Honorés*: *Causation in the Law* (1959) er prototypen på den teori, som analyserer eller definerer »årsagsbegrebet« ved at registrere og systematisere dommerens afgørelse af ansvarets udstrækning. Det domstolene *faktisk gør eller siger* er udtryk for, hvad der er gyldig ret. »Rule of recognition« er for Hart et sociologisk faktum, som for hver enkelt retsorden sætter kriterierne for produktionen af retlige pligter, og i England er det primært domstolene. På den anden side er retten at ligne ved de spilleregler, som forklarer aktørernes adfærd, og som derfor bliver et tydningskema for den retlige adfærd.

Alf Ross' retsteori, som den er fremstillet i »Om Ret og Retfær-

dighed» (1953), må ses på den tredobbelte baggrund af Hans Kelsens statslige imperativ- og sanktionsteori, den skandinaviske realismes socialpsykologiske teori om den »fælles ideologi« og den engelske analytiske teori om spillereglerne som »tydnings-skema«. Også den amerikanske realisme spiller en rolle, men snarest i den negative forstand, at den behavioristiske »prognosemodel« forkastes med henvisning til, at hans egen prognosemodel ikke har en konkret, men en »generel«, karakter og ikke sidestiller alle for dommeren motiverende faktorer. Han anerkender, at retlige pligter har betydning, men da det er en realistisk teori, er det »følelsen af pligt«, som bliver afgørende, og da det er en generel teori, ikke den enkelte dommers følelser, men en »fælles dommerideologi«. Den »fælles dommerideologi« indeholder de regler, som gør det muligt i almindelighed at forudsige dommernes adfærd og dermed tjene som tydnings-skema for den retlige adfærd.

Retten er altså kombinationen af retlig adfærd og retlig ideologi, og da man ikke kan få oplysning om den retlige ideologi på anden måde end ved at læse dommenes begrundelse, bliver disse den eneste oplysningskilde til den gældende ret. Derfor er det af afgørende betydning, at man kan stole på dommenes begrundelse, hvad Ross imidlertid ikke er sikker på, at man kan, fordi begrundelsen ifølge regelskeptikerne kan være en »facade-legitimation« af beslutninger, som er truffet ud fra andre motiver.

Værre endnu for hans teori er det, at den er baseret på et begreb, som kaldes »fælles dommerideologi«, et begreb, som kommer i strid med hans videnskabsteori. Man må nemlig erindre sig, at »Ret og Retfærdighed« ikke er en generel teori om retten eller en analyse af retsbegrebet som henholdsvis Kelsens »Rene Retslære« og Harts »Concept of Law«.

Ross ville skrive en bog om retsvidenskab, og om hvordan man afgør videnskabeligt, hvad der er »gældende«, d.v.s. faktisk eksisterende dansk ret. Han tilslutter sig den logiske positivismes videnskabsteori, som er en teori om sproglige påstande og om deres sandhedsbetingelser. Som nævnt ovenfor gik denne teori ud

fra, at »virkeligheden« eksisterede og direkte omsatte sig ad intuitiv vej i sproglige begreber, som kunne give muligheder for en direkte sammenligning af den sproglige påstand og virkeligheden gennem en målemetode, som gør det muligt at »verificere« eller »falsificere« det semantiske indhold i påstanden. En påstand kan være »meningsløs«, hvis den savner »semantisk referens«, d.v.s. at der ikke i virkeligheden findes noget, som kan bruges til sammenligning. Påstande om »metafysiske« fænomener (Gud, engle) og vurderinger, der ikke udtrykker egenskaber ved tingene, men den vurderendes følelser, har ingen »semantisk referens«. De er meningsløse, nonsens, som Ross siger.

Det, som Ross især er på jagt efter, er »retfærdigheden« som argument for en retlig stillingtagen. »Retfærdighed« er et levn fra den gamle idealistiske retslære, som ikke kunne kontrolleres »videnskabeligt«, fordi den jo var en projektion i virkeligheden af subjektets idéer og vurderinger. Derfor, siger Ross, har »retfærdighed« og »den fælles danske retsfølelse« ingen »semantisk referens«, de er »nonsensargumenter«, »slag i bordet« som andre følelsesudbrud. Hvad Ross ikke bemærker er, at han herved trækker tæppet væk under sit eget retsbegreb, som identificeres med den danske »fælles dommerideologi«. Det siger sig selv, at der her ikke er tale om de danske dommers faktiske oplevelse af, hvad der er dansk ret. Alene eksistensen af dissenser og ændrede domme viser med tydelighed, at en sådan »fællesideologi« er en fiktion. I hvert fald kan den kun »verificeres« gennem regulære sociologiske undersøgelser og ikke gennem det verifikationsapparat, som Ross opstiller: sandsynligheden (over 50%) for, at en sag vedrørende en bestemt regel falder ud til fordel for reglen. Hvordan afgør man, om sandsynligheden er over 50%? Er der ikke snarere tale om, at den vurderende umiddelbart vurderer retskildematerialet og ikke sandsynligheden for udfaldet af dommerens afgørelse? Er det i det hele taget en realistisk beskrivelse af dogmatikkens arbejdsmetode?

Det er klart, at Ross' teori er uholdbar. Ud fra hans videnskabsteoretiske forudsætninger falder den til jorden, både fordi begrebet »fælles dommerideologi« ifølge denne teori er »meta-

fysik«, og fordi man ifølge samme teori ikke kan være sikker på, at præmissernes angivelse af dommernes »følelse af pligt« er sandfærdig. Retsafgørelsen er jo ifølge teorien resultatet af vurderinger, som ikke kan kontrolleres, medmindre man går ud fra en etisk forudsætning om, at der er overensstemmelse mellem motiv og begrundelse, og det gør Ross netop ikke.

Det er lige så klart, at der intet grundlag er i teorien for at måle sandsynlighedsgraden for udfaldet af retsafgørelsen. Endelig er det, som især Illum har fremhævet, et »overflødigt omsvøb« at prognosticere dommernes afgørelse. For det første kan man vanskeligt skelne mellem prognose og retskildevurdering, for det andet er der ingen særlig grund til at mene, at dommerne er bedre til at vurdere retskildematerialet end retsvidenskaben. På Kontinentet har dommerne generelt ikke højere status end andre jurister, i Frankrig er parlamentets jurister »honoratiores«, fordi parlamentet er det retlige centrum og i Tyskland og i Skandinavien har universitetsjuristerne traditionelt en høj status. Hertil kan føjes, at Ross selv i sine dogmatiske værker fulgte den traditionelle, direkte retskildebehandling, uden at følge sin egen videnskabsteori.

Den største svaghed ved teorien må altså ses som udslag af den logisk-positivistiske videnskabsteori og dens naivt-realistiske verifikationsapparat, som kan have nogen mening i naturvidenskab og logikken med dens strengt formaliserede symbolsystemer. For videnskaber, der som retsvidenskaben handler om fænomener, der udtrykkes i et tillempet »dagligsprog«, er det umuligt at tale om en »objektiv beskrivelse«, der jo er en forudsætning for verifikationssystemet.

Foran har vi set, hvordan den hermeneutiske sprogfilosofi flytter grænserne for beskrivelse og vurdering med henvisning til, at al beskrivelse indeholder en tolkning under hensyn til begrebernes intentionale (funktionelle) og værdiladede (ideologiske) karakter. Man »beskriver« ikke, men »askriberer«, d.v.s. henfører eller kvalificerer, fænomenerne i sproglige begreber ud fra analoge (sammenlignende) fremgangsmåder.

Derfor ligger grænserne for dogmatikken og retspolitikken ik-

ke, som Ross antager, mellem »beskrivelse« og »fortolkning«, udsagn de sententia ferenda (råd til domstolene), men mellem sidstnævnte og udsagn de lege ferenda (råd til lovgivningen). Retsdogmatikken kan altså ikke begrænses til en »beskrivelse« og »systematisering« af retsreglerne; fortolkningen er et nødvendigt led i dens metode.

Dogmatikken er en praktisk videnskab, som skal rådgive den juridiske praksis – ikke blot dommere, men også administrationsjurister og andre retlige beslutningstagere. Retsdogmatikeren, som i sine teoretiske analyser finder systematiske eller indholdsmæssige mangler ved regelsystemet, har også til opgave at udøve en *kritisk* funktion som rådgiver for lovgivningsmagten, idet det ikke er muligt at komme med kvalificerede råd om retsændringer, medmindre man har et præcist formuleret begreb om den eksisterende retstilstand.

En vigtig funktion er det dog stadig at rådgive domstolene, som på den ene side ikke kan være specialister, men som på den anden side til stadighed præsenteres for grænsetilfældene, som vanskeligt kan »beskrives« (henføres) til det overleverede system. Domstolene vil derfor ofte skulle indpasse nye erfaringer eller en ny udvikling i det eksisterende retssystem, og vil derfor til at begynde med have vanskeligt ved at finde en dogmatisk figur, som sprogligt kan legitimere afgørelsen i forhold til dogmatikken.

Det er i sådanne tilfælde dogmatikkens opgave at være »kreativ« og finde den formel, som er i stand til at indpasse de nye afgørelser i systemet. Det er dette samarbejde mellem teori og praksis, som er karakteristisk for den »nordiske realisme«, der har sine rødder i A.S. Ørstedes (1778-1860) virksomhed i begyndelsen af 1800-tallet, som videreudvikledes af A. Aagesen (1826-1879), A.C. Evaldsen (1841-1912) og C. Goos (1835-1917) og senere Julius Lassen (1847-1923), C. Torp (1855-1929) og Viggo Bentzon (1861-1937), som er en anden linie i de faktorer, som påvirkede Ross' realisme.

Ligesom Viggo Bentzon anerkendte Ross ikke nogen »normativ«, men hævdede en »deskriptiv« retskildeteori. Det måtte være dommenes præmisser, som også på dette punkt skulle give op-

lysning om, hvad dommerne anerkendte som retskildefaktorer, d.v.s. argumenter og prioriteringen af argumenter, der er acceptable til støtte for en retsafgørelse. Retskildeteorien kan naturligvis mødes med de samme principielle indvendinger som retsteori- en. Hertil kommer den indvending, at der er behov for en platform for kritik af de afsagte domme. Derfor må man antage en normativ retskildelære i en eller anden forstand, hvis man ikke vil afskære sig fra en kritik af dommenes begrundelser.

Det kan altså ikke være dommerne alene, der som »autoritativt forum« fastsætter kriterierne for rettens »gyldighed«. Som Illum har fremhævet, indgår samtlige jurister i den profession, som i kraft af en fælles uddannelse og indlæring af en »juridisk metode« i fællesskab kan og skal fastsætte »sandhedskriterierne« for påstande om rettens og retskildernes gyldighed. Derfor kan »retten« heller ikke reduceres til at være et empirisk fænomen, adfærd eller følelse (ideologi). Retsbegrebet indeholder et normativt element, begreberne »ret« og »pligt«, hvis eksistens som nævnt er forudsætningen for, at man kan anvende begreber som »ansvar« og »rettigheder« som led i *judicielle* procedurer.

Selvom domsbegrundelserne ikke kan definere, hvad der er »gyldige retskilder«, er dommene dog en vigtig oplysningskilde om den eksisterende retskildeopfattelse, og et studium af domsbegrundelserne kan derfor også indeholde oplysninger om, hvordan synet på retten og samfundsforholdene udvikler sig gennem tiderne.

Efter at domstolene i århundredets begyndelse havde anvendt en formalistisk begrundelsesteknik sammenhængende med retssikkerhedens høje status i det »borgerlige demokrati«, fandt man i tiden før og efter 2. Verdenskrig flere og flere henvisninger til lovmotiver og administrativ praksis, der blev accepteret som gode argumenter. Udviklingen hænger sammen med »velfærdsstatens« vækst og dermed også væksten i den administrative lovgivning.

I de seneste decennier har man omvendt set en tiltagende tendens til igen at anerkende normative vurderinger, – ikke alene i form af henvisning til retssikkerheden, – men også til at anvende

mere direkte vurderinger, såsom rimelighed og billighed, ved siden af de teleologiske og pragmatiske vurderinger. Man vil i øvrigt også finde henvisninger til tidligere domme og til retsdogmatikken, som tidligere var henvist til redaktionsnoterne eller Højesterets egne kommentarer.

Man må ikke af den her foretagne beskrivelse og kritik af Ross' retsteori forledes til at tro, at der var tale om en »dårlig« teori. Tværtimod var Ross vel nok den retsteoretiker i nyere nordisk historie, som mest indtrængende har insisteret på nødvendigheden af en retsfilosofisk analyse som grundlag for samtidens retsvidenskab, og som på et så selvstændigt grundlag har formuleret sin egen tids retsfilosofi. Han måtte ligesom enhver videnskabsmand være bundet af sin egen generations forståelseshorison. Han var talsmand for sin tids mest kvalificerede videnskabsteori og overførte den med indædt konsekvens og elegance på retsvidenskabens.

Den logiske positivisme blev indhentet af udviklingen i videnskabens. Dens hovedfejl lå i dens naive og ukomplicerede teori om forholdet mellem sprog og virkelighed. Denne reduktion var oprindeligt dikteret af ædle hensyn til at beskytte videnskabens mod ideologernes misbrug, og det var derfor skæbnens ironi, at den blev hovedfjenden for en ny generation, som ville indføre den »kritiske fornuft« i videnskabens, der blev beskyldt for i sin »værdifrihed« at være reaktionær, d.v.s. politisk.

En anden svaghed var det, at Ross ville overføre den logiske positivismes naturvidenskabeligt indrettede verifikationsprocedure på et område, hvor det i eminent grad var umuligt at reducere sproget til abstrakte symboler, som det er i retsvidenskabens. Resultatet var da også, at dogmatikerne, herunder Ross selv, fortsatte med at anvende sine årtusindgamle tolkende metoder, som bedre passer med den senere tilkomne hermeneutiske sprogfilosofi og videnskabsteori.

Det er enhver generations pligt at afklare sit eget filosofiske og videnskabsteoretiske fundament. Derfor kan det heller ikke være rigtigt, at retsdogmatikken snart 40 år efter, at Ross lancerede sin teori om »gældende ret«, bliver ved med ureflekteret at anvende

fragmenter af denne teori, såsom »semantisk referens«, »hensigtsmæssighed«, og fortsat ureflekteret forudsætte, at domstolene autoritativt fastlægger, hvad der er »gældende ret«. Allerede fordi det for dommerne selv ikke er til megen hjælp at få at vide, at de skal gøre det, de gør. Dommerne er, som det fremgår af den nyere begrundelsespraksis, villige til at lade sig belære også af retsdogmatikken.

IV. Regler og principper

Med anerkendelsen af sprogets hermeneutiske karakter falder enhver mulighed for en »objektiv« beskrivelse. Virkeligheden er altså ikke »fornuftig«, d.v.s. struktureret i en logisk-sproglig form, og erkendelsen ikke begrænset til projektioner af vor fornuft eller vore idéer, men den er eksisterende forud for erkendelsen.

Vi må derfor enten gå ud fra, at mennesket har en »intuitiv« evne til umiddelbar omsætning af virkeligheden til sproglige begreber, eller antage, at sproget er en evne, såsom evnen til at gå oprejst, der er medfødt, men som skal udvikles ligesom andre evner. Det er også den indsigt, som psykologien og neurologien har givet os. *J. Piaget*, som er udviklingspsykolog har påvist, at sproget ikke blot er en tillært rutine, og at bevidstheden ikke blot er et tomt kar, som fyldes gennem erfaringen. Ved at studere børns sprogudvikling kunne Piaget konstatere, at evnen til »korrekt« sprogbrug udvikles normalt, selvom børnene »øver sig« i at tale sammen med andre børn. *Noam Chomsky* har heraf draget den konsekvens, at sproget må indeholde en »dybdegrammatik«, som er fælles for alle sprog, og som forklarer, at menneskene er i stand til at danne abstrakte begreber og indsætte dem i en bestemt struktur, som giver »mening« til et budskab, som kan overføres fra individ til individ.

Grammatikken og syntaksen indeholder de logiske regler for sproget, som gør, at vi med et begrænset antal ord kan udtrykke et ubegrænset antal meddelelser. Denne »dybdegrammatik« gør det også muligt at »oversætte« fra sprog til sprog, selvom de enkelte sprog eller sproggrupper har forskellig »overfladegrammatik«.

Der er f.eks. en principiel forskel på de »analytiske« sprog, hvortil de indoeuropæiske hører, som bygger på en sondring mellem subjekt og objekt, og de »syntetiske« sprog, som angiver grammatikken ved at føje enkeltdele til ordenes stamme. Det er

en plausibel teori, at denne strukturelle ejendommelighed har været medvirkende til dannelsen af en »instrumental« bevidsthed i den europæiske kultur, idet sproget på forhånd indicerer, at nogen kan gøre noget ved noget. Muligvis forklarer denne ejendommelighed også udviklingen af et analytisk skriftsprog (»bogstavskrift«) i det europæiske område, mens de asiatiske kulturer også har udviklet et syntetisk skriftsprog (»billedskrift«). I renessancen udviklede Vesteuropa dels en teknologisk videnskab, dels en teori om en menneskelig lovgivningskompetence. I for- ening kan disse udviklinger ses som et resultat af den menneske- opfattelse, som kaldes individualismen, og som går ud på, at mennesket er herre over både sin fysiske og sociale virkelighed.

For juristerne er det en påmindelse om, at teknologi og menne- skerettigheder har en indre forbindelse. Den individualistiske menneskeopfattelse må opfatte individerne som udstyret med »rettigheder«, d.v.s. interesser, som kan hævdes gennem judicielle procedurer, medens en kollektivistisk menneskeopfattelse (symbiose af subjekt og objekt) opfatter helheden som det pri- mære og individet som en del heraf, der derfor kan behandles ef- ter »administrative« procedurer, hvor helhedens interesser er ud- slagsgivende (samfundsnyttens, idéens, folket, fællesskabet). Hvis denne teori er rigtig, må man antage, at der er en »logisk« forbin- delse mellem teknologi og demokrati (rule of law), således at f.eks. Japan ikke i længden kan udvikle en højteknologisk og samtidigt bevare en kollektivistisk samfundsorganisation.

Neurofysiologien har påvist, at sprog-evnen er knyttet til et be- stemt område i hjernens venstre tindingsregion, og at en beskadi- gelse heraf får konsekvenser for evnen til rationel tænkning og handling. At sprog og tanke er to sider af samme sag, udtrykte Esajas Tegner, da han for mere end 150 år siden sagde, at det dun- kelt sagte er det dunkelt tænkte. Sammenhængen er dog kompli- ceret og omstridt, dog ikke så meget, at der er uenighed om sprog-evnens »organiske« karakter, d.v.s. sammenhængen med andre evner, som har til opgave at opretholde den enkelte organis- me, og som derfor står til rådighed som redskab for de »formål«, som organismen sætter. Ad denne vej får vi en tentativ bekræftel-

se på Aristoteles' opfattelse af mennesket som »zoon politikon« (socialt dyr), idet sproget ligesom signalsystemerne hos andre dyrearter har til formål at formidle den kommunikation, som er nødvendig for et organiseret gruppesamarbejde.

De senere års videnskab har altså bestyrket den filosofiske antagelse af, at sproget har en instrumental karakter, og derfor som bundet til vort øvrige handlingsliv naturligvis må være underlagt vore ubevidste følelser og interesser. Der er derfor ikke noget mærkeligt i, at »lys«, »varm«, »blød« og »rund« normalt er plusord, medens »mørk«, »kold«, »hård« og »kantet« normalt er minusord. De respektive værdier, ordene tillægges, afspejler fundamentale menneskelige behov eller antibehov. At vore interesser indlægges i de valgte udtryk, fremgår også af den måde, hvorpå vi karakteriserer en modstandsmand, når vi henholdsvis kalder ham en »frihedskæmper« og en »terrorist«, eller når vi vælger udtrykket »individualist« eller »egoist« for at karakterisere en person, som enten er »anarkist« eller »asocial«, hvilket er henholdsvis det græske og det latinske ord for en person, som sætter sig uden for samfundet.

I Gullivers rejse fortæller Jonathan Swift om, hvordan lilliputterne ransager den fangne Gullivers lommer, og hvilket besvær de har med at beskrive pibe og tændstikker, idet de ikke er bekendt med tobaksrygning. I sin disputats: Om oplevelse af andres adfærd (1953) viser Franz From umuligheden af at beskrive en situation uden at give den »mening«, d.v.s. forudsætte bestemte formål hos de implicerede, idet der ellers bliver tale om en uendelig redegørelse for bevægelser i tid og rum uden nogen sammenhæng. Skal vi definere et »bord« eller en »stol«, kan vi heller ikke undgå at inddrage møblets formål, idet »bordet« er til at stille noget på, mens »stolen« er til at sidde på og »sengen« til at sove i.

Sprogets åbne og dermed »generative« (d.v.s. nyskabende) karakter står i forbindelse med den ejendommelighed, at begreberne kan have forskellig betydning i forskellige sammenhænge. Et »hus« kan f.eks. være et beboelseshus, hundehus, kernehus, penalthus o.s.v. De associationer, som knytter sig til begreberne, kan overføres til nye betydninger, når vi som nævnt gør nye erfaringer.

ger, som da gennem en analogisk sammenligningsproces henføres til et begreb i kraft af en overvejende »lighed«. Begreberne i dagligsproget er oftest »typebegreber« i modsætning til videnskabens, som er »defineret«, d.v.s. afgrænset præcist i forhold til virkelighedens kontinuum, og typebegreberne er derfor specielt egnede til at angive de normaltilfælde, som er kernen i vore interesser, medens de gennem en tentativ vurderende proces kan bringes til at omfatte en ubestemt kreds af fænomener gennem fortolkning. Et velkendt eksempel er begrebet »skov«, der ikke angiver, hvor mange træer der skal være, og i hvilken sammenhæng og tæthed, de er placeret.

Det følger af det sagte, at sproget og dermed retssproget naturligvis må indrettes i forhold til den del af virkeligheden, vi er interesseret i, og at den bør tage sit udgangspunkt i de »livsforhold«, især vore sociale behov, som vi har etableret i kraft af vore kulturskabende evner. *Carl von Savigny* (1776-1861) forkastede som nævnt den rationalistiske naturrets system, idet han ville begynde med de foreliggende (prælegale) fakta (*Lebensverhältnisse*) og de hertil knyttede retlige institutioner (*Rechtsverhältnisse*). Som vi så, vendte nissen senere tilbage og bidrog til skabelsen af en logisk systematiseret »begrebsjurisprudens«.

Selvom vi som sagt skal vare os for at benytte irrationelle begreber som »institution« som grundlag for en almindelig retsteori, skal vi ikke fortrænge det faktum, at den retlige regulering må tage sit udgangspunkt i de »præretlige« fakta, som mennesket som art og kulturskaber er interesseret i at benytte sig af. Vi må blot ikke uanalyseret gå ud fra, at de »eksisterende« institutioner uden videre skal være grundlaget for reguleringen. Denne indstilling var netop udtrykt i den middelalderlige og primitive opfattelse af retten som en »refleks« af sædvanen, der er al rets kilde. Siden renæssancen har vi anerkendt menneskets lovgivningskompetence og rettens karakter af redskab for samfundsstyring og -ændring. Den nyere såkaldt »refleksive« retsteori er i virkeligheden ikke en retsteori, men en del af retssociologien, som ideologisk udtrykker en bestemt opfattelse af forholdet mellem statsstyret og selvstyrende organer eller mekanismer, med større

vægt lagt på »nærdemokratiske« end på »markedsøkonomiske« mekanismer.

Det er klart, at den omtalte sproglige erkendelse betyder, at retten ikke blot er og kan være et system af »normer« eller »regler«, der beskrives og fortolkes i overensstemmelse med et defineret sprogligt indhold.

Som vi har set, er retsreglerne ligesom andre sproglige udtryk knyttet til almindelige interesser og funktioner, men retsreglerne har som sagt det særlige formål autoritativt at påvirke virkeligheden, d.v.s. den menneskelige adfærd, på en bestemt måde eller i en bestemt retning. Men retssystemet er derudover en del af det politiske system og dermed også af den herskende ideologi og den underliggende kultur og menneskeopfattelse. Når vi skal »fortolke« retsreglerne, må det derfor være på grundlag af dette almindelige system af idéer (ideologi), som ligger bag vort sprog- og retssystem.

Vi har allerede bemærket, at de »vestlige« landes menneske- og samfundsopfattelse er individualistisk, idet individerne betragtes som samfundets mindste enheder, som hver især kan være formål, men ikke middel for samfundet. Menneskerettighederne er udledt af denne opfattelse af individerne som suveræne borgere, der i kraft af deres individuelle frihed har ret til at deltage i samfundsorganiseringen (samfundskontrakten, demokrati) og organiseringen af deres »private« forhold (kontraktsprincippet, privatautonomien).

I konkurrence med dette frihedsprincip optræder »lighedsprincippet«, der i form af den formelle ligheds princip, skal beskytte individernes »rettigheder« og afgrænse de enkelte individers frihed med andres lige ret til frihed (Kant). Den formelle lighed sikrer, at individerne behandles ens uden hensyn til rang, stand og ideologi – inden for rammerne af den retlige kategorisering –, og at retssikkerheden i form af forudberegnelighed betrygges. Den judicielle procedure har til formål at sikre, at disse idealer eller principper realiseres derved, at afgørelserne i konflikter mellem stat og borger og mellem borgerne indbyrdes afgøres af uafhængige og upartiske opmænd, som skal følge bestemte

fremgangsmåder: offentlighed, kontradiktion (audiatur et altera pars), fri bevisbedømmelse, umiddelbarhed, mundtlighed og kravet om en autoritativ begrundelse støttet på gyldige argumenter hentet i »anerkendte retskilder« og »anerkendt retlig metode«.

Hele dette netværk af processuelle garantier sikrer en »judiciel« procedure, som i modsætning til »administrative« procedurer beskytter de enkelte borgeres »rettigheder«. Ved anvendelsen af de materielle retsregler må de bag konstitutionen og processystemet liggende grundliggende værdier naturligvis medtænkes som udgangspunkt for reglernes fortolkning. »Retsbeskyttelsesinteressen« er en grundliggende værdi, som til stadighed må konkurrere med »samfundsnyttens« eller »statsræson«, der er grundlaget for det materielle indhold i lovgivningen i den moderne velfærdsstat.

Statsretten må forstås og fortolkes på baggrund af det politiske system og kan ikke være uberørt af den herskende ideologi. Ross og andre retsrealister var som nævnt primært lovpositivister og var derfor tilbøjelige til at tolke grundloven indskrænkende, hvor den begrænsede lovgivningens kompetence, især i forhold til ejendomsrettens beskyttelse; Ross fandt ikke andre grænser end umuligheden af uden grundlovsændring at afskaffe den private ejendomsret. I nutiden er der, ligesom i tidligere »liberaldemokratiske« eller »konservative« perioder, en tilbøjelighed til at trække snævrere grænser for indgreb i »menneskerettighederne«. Hensynet til klarhed og autoritet spiller stadig en rolle for det udgangspunkt, som må tages ved tolkning af den statsretlige del af retssystemet.

Også de øvrige dele af den offentlige ret må respektere kravet om fasthed og konsekvens, medens der som nævnt i nutiden kan spores en større skepsis i domspraksis over for hensynet til forvaltningens effektivitet, idet henvisninger til administrativ praksis og administrationens formål i stigende grad må vige for hensynet til den »legale forvaltning«. Magtfordrejning, d.v.s. misbrug af administrative beføjelser til uvedkommende formål, fører til ugyldighed, ligesom fejl i administrative procedurer også kan få denne konsekvens. Lighedsprincippet supplerer i stigende

grad legalitetsprincippet, således at de administrative procedurer nærmer sig de judicielle også i tilfælde, hvor der skal udøves administrative skøn.

Konkursretten bygger på lighedsprincippet, således at der ved fortolkningen af reglerne om konkursprivilegier må tages udgangspunkt i, at sådanne kræver en særlig hjemmel. Beslægtet hermed er reglen om analogiforbud i strafferetten, der er udslag af det almindelige princip om individualisme, som er grundlaget for vor politiske ideologi. Ingen kan straffes uden udtrykkelig lovhjemmel (*nulla poena sine lege*), og ingen er skyldige, før anklagemyndigheden har ført bevis herfor.

Privatretten er også udtryk for denne principielle individualisme, der tager sit udgangspunkt i en privat ejendomsret, der kun vilkårligt kan indskrænkes mod erstatning, og en kontraktsfrihed, der er begrundet i privatautonomien. I nyere tid har man af hensyn til den materielle ligheds princip anerkendt en stigende offentlig begrænsning af de privates frihed, og med opbygningen af en stor offentlig sektor dels hævet beskatningsniveauet, dels fået midler til at kontrollere den private sektor.

Alligevel må partsviljen være udgangspunktet for fortolkningen af parternes løfte, mens den dog som nævnt ikke nødvendigvis kan være afgørende for udstrækningen af parternes rettigheder og pligter. Her må objektive retshensyn supplere aftalens uforudselige konsekvenser – f.eks. misligholdelse – der ofte udmøntes i udfyldende retsregler eller private retsdannelser i form af standardvilkår (*agreed documents*, autoriserede vilkår og til dels ensidigt fastsatte vilkår). Retsdannelsen må, i det omfang der er tale om individer i en i princippet jævnbyrdig strategisk position, i det hele taget være friere, således at der i højere grad kan blive tale om bl.a. analogiske slutninger ud fra antagelsen af, at de kontraktsretlige love, f.eks. Aftaleloven, Købeloven m.v., er udtryk for almindelige retsprincipper, som kan anvendes også på ulovbestemte områder. Aftalelovens motiver udtaler udtrykkeligt, at ugyldighedsreglerne ikke er udtømmende, og Købelovens regler kan i vidt omfang anvendes på køb af fast ejendom, selvom begge forudsætninger i nutiden ikke er så sikre som tidligere.

Derimod er de tingsretlige regler, der vedrører forholdet til udenforstående personer, som regel ufravigelige, idet parterne i modsat fald kunne få mulighed for en privat »magtfordrejning«, da de kunne misbruge deres magt til skade for tredjemand. Også sociale hensyn kan naturligvis begrænse muligheden for analogi og partsdisposition i det omfang, det netop er samfundsinteressen at beskytte parterne mod at sælge deres førstefødselsret for en skål linser.

Vi har set, at også den »materielle retfærdighed« er blevet rehabiliteret i nutiden, hvor man ikke behøver at anse sig for at være af »logiske« grunde afskåret fra at anvende den slags fundamentale vurderinger. »Billighed« og »rimelighed« er udtryk, der i stigende grad har vundet indpas i lovgivningen (Aftl. § 36) og i domsbegrundelserne, selv uden for de lovbestemte tilfælde. Man skal naturligvis være forsigtig med den slags ukontrollable begreber, men man skal på den anden side heller ikke fortrænge sådanne vurderinger og skjule dem under dække af objektive udtryk, såsom »hensigtsmæssighed«, »reale grunde«, »formentlig« og den slags retoriske kneb, som dækker over egne vurderinger. Vurderingerne bør i videst muligt omfang analyseres og verbaliseres og desuden underkastes en typologisk opdeling i overensstemmelse med sædvanlig dogmatisk retsmetode.

Der er altså ingen grund til, som visse nyere retsteorier, at sondre mellem »regler« og »principper« som to forskellige kategorier af normer. Sondringen går ud fra de analytiske og realistiske teories naive sprogopfattelse, som var baseret på idéen om sprogets objektive karakter og derfor muligheden for en objektiv beskrivelse af reglerne og af fakta. Konsekvensen af denne misforståelse blev, at man måtte antage, at der var »huller« i regelsystemet, som dommerne måtte lukke med mere eller mindre frie beslutninger. Formålet med teorierne om principperne som en særlig retskilde var at lukke systemet, således at regelsystemet blev udtømmende, med det resultat at der altid var én og kun én »rigtig« løsning på en retskonflikt.

Bortset fra den uanalyserede sproganvendelse er det utilfredsstillende, at sådanne teorier forsøger at benægte eksistensen og

nødvendigheden af vurderinger i retsanvendelsen og retsdogmatikken. Tværtimod vil en tilstrækkelig sproganalyse føre til det resultat, at tolkningen og retsanvendelsen altid indebærer et vurderende element, derved at en sproglig »beskrivelse« altid er en tolkning på baggrund af en livssituation, herunder den bag retssystemet liggende politiske, ideologiske og kulturelle virkelighed.

V. Model og analogi

Som nævnt ovenfor kan erkendelsen ikke optage nye erfaringer i bevidstheden, uden at de gennem en analogisk (sammenlignende) mental proces henføres til et af de allerede indarbejdede begreber eller begrebssystemer.

Ordet »begreb« udtrykker også den idé, at dele af virkeligheden »gribes« og fastholdes af bevidstheden i en bestemt form, således at dette bevidsthedsindhold kan hentes ud af hukommelsen og kan træde i funktion i en senere analog situation, hvori »begrebet«, ligesom andre »redskaber«, kan anvendes i flere »lignende« situationer. Forskellen mellem et »hjælpemiddel« og et »redskab« er, som psykologien fremhæver, netop dette »bevidsthedsindhold«, som gør det muligt at opbevare et egnet hjælpemiddel til fremtidig brug, således at individet ikke hver gang skal udsøge og tildanne sit hjælpemiddel.

En sådan overgang fra »hjælpemiddel« til »redskab« forudsætter *identitetsfølelsen*, d.v.s. individets bevidsthed om at være det samme individ fra tid til tid og fra sted til sted. Identitetsfølelsen forudsætter således også tidsfornemmelsen, for at identitetsfølelsen kan blive til identitetsbegrebet og tidsfølelsen til tidsbegrebet. Derfor anser den moderne psykologi *redskabsanvendelsen* for at være det afgørende kriterium for menneskebegrebet, idet adskillige dyrearter, ikke mindst de os nærtstående chimpanser, har evnen til at anvende hjælpemidler til at opnå en behovstilfredsstillelse, men ikke til at anvende »redskaber«.

Vor begrebsdannelse er altså funktionel og må derfor være afhængig af de til enhver tid eksisterende behov, som ændrer sig med den ændring i kulturen, som er en følge af menneskets evne til at ændre sine omgivelser i kraft af sin billeddannende bevidsthed. Mens dyrene lever i overensstemmelse med deres instinktive adfærd, som sikrer artens overlevelse, må mennesket, der i konsekvens af sin bevidsthedsgrundede frihed til at tilpasse omgivelserne til sine formål er ekstremt instinktfattig, udvikle nye

bevidsthedsformer: regler som surrogat for de tabte instinkter.

Alt efter hvor hastigt »udviklingen« i kulturen skrider frem, vil menneskene have forskellige associationer knyttet til organisationsreglerne. Går udviklingen relativt langsomt, vil den model eller analogi, som man griber til, blive associeret til *sædvanen*, som forudsættes at udtrykke den evige og naturlige moral eller ret som oftest af guddommelig oprindelse. De oprindelige primitive samfund skelner ikke mellem moral og ret. Det græske ord »etik« og det latinske »moral« er begge afledt af betydningen: sædvane. Går samfundsudviklingen hurtigere, ændres også retsforestillingen, idet begrebet efterhånden udskilles af moralen i takt med den forestilling, at mennesket selv har suverænitet uden Guds hjælp til at ændre samfundet, hvorfor retsbegrebet omdannes til at betyde: *styringsredskab* som følge af en instrumental menneskeopfattelse. Retten associeres med enten en viljesakt (befaling) eller en kontrakt (samfundskontrakt).

Udover den *statuskonstaterende* og *styrende* funktion har retten traditionelt en *konfliktløsende* funktion. Den model for retsbegrebet, som udgår af en analogi med denne funktion, er, at retten er enten proceduren eller resultatet af proceduren for konfliktløsning i det givne samfund.

Det karakteristiske for primitiv samfunds- og retstænkning er, at den er *kollektiv*, *objektiv* og *kasuistisk*. Samler- og jægerkulturen er knyttet til mindre kollektive enheder, som fordeler det indsamlede udbytte efter bestemte fordelingsnormer, som sikrer de enkeltes status, men som også sikrer de individer, som ikke deltager i indsamlingen, men har andre opgaver i henseende til at passe børn og gamle. Børnene repræsenterer den fremtidige forsørgelse; de gamle har en høj status, fordi de repræsenterer en stor erfaring, der har stor værdi i statiske samfund. Disse status- og værdifordelingsregler sikrer freden indadtil og beskytter gruppens medlemmer kollektivt udadtil. Forholdet til andre grupper bestemmes af samarbejde eller konkurrence og sanktioneres kollektivt, idet der ikke eksisterer andre muligheder for *retshåndhævelse* end den kollektive reaktion, enten i form af en

trussel eller en hævnaktion, der i princippet kan ramme ethvert individ i gruppen, uden hensyn til individuel skyld.

Det gamle Testamentes Moselov repræsenterer overgangen fra en primitiv kultur til en højere nomade- og agrarkultur, hvor territoriale interesser skaber behovet for et nyt begreb for »ejendomsret«, der ikke har nogen væsentlig betydning i samfund, der ikke er bofaste, og hvor huse og redskaber er af mindre blivende værdi. Derfor får også slægts- og arveretten stigende betydning med en større bofasthed og akkumulation af værdier i jord og besætning. Det indoeuropæiske ord for »ejendom« er afledt af samme ord som »æt«.

Det gamle Testamente afleder retten fra Jehova, som Moses møder på Sinaibjerget, hvorfra Moses bringer loven, indhugget i stentavler. I modsætning til andre middelhavskulturer, f.eks. ægyptisk og mesopotamisk ret, bliver loven ikke overgivet til menneskene, men bliver aftalt i en pagt, som er forpligtende både for Gud og mennesker. Slægten er nu blevet samfundets grundlag. Ansvar er kollektivt, idet det nedarves til syvende led, og det er objektivi, idet den ubegrænsede hævnret er indskrænket til *talion*, d.v.s. den *lige* gengældelse, og i mange tilfælde afløst af bøder.

Kontraktselementet er dog indbygget i jødisk tankegang, et element, som får stor betydning for eftertidens tænkning, da middelhavskulturerne udvikler en *urbaniseret* kultur, knyttet til væksten i arbejdsdelingen gennem udviklingen i håndværk, handel og søfart. I de jødiske bysamfund udvikler sig på dette grundlag en ny samfunds- og retsopfattelse bygget på en *individualistisk* menneskeopfattelse, hvis værdi måles ikke efter en sædvanebestemt status, men efter resultaterne af individets indsats. Børnene, de ældre og de svage mister deres værdi, hvorfor man er nødt til at udvikle en ny etik baseret på næstekærlighed og individuelt ansvar. Denne nye ideologi udvikles gradvis i årene efter det babylonske fangenskab o. 450 f.Kr. og kulminerer med den radikale etiske fordring i Det nye Testamentes kristendom.

Samtidig sker en tilsvarende vending i de øvrige middelhavskulturer. De homeriske helteedigte afspejler historiske begivenhe-

der o. 1000 f.Kr. (Moses' tid), men er resultatet af en mundtlig tradition, som er fikseret i en eller flere skriftlige versioner med skriftens introduktion i Grækenland i midten af det første årtusinde før vor tidsregning. I hvert fald i slutningen af 600-tallet f.Kr. bliver Drakons love nedskrevet på styler af sten på Athens agora, og de repræsenterer overgangen mellem en objektiv og en subjektiv menneskeopfattelse ved at tillægge uagtsomhed betydning for reaktionen for manddrab og ved at udvikle *asy*/byer eller -steder, sådan som Det gamle Testamente. Asyl kommer af ordet *συλον*, som betyder rov, tempelrov, *ασυλον* betyder et fristed for rov. Formålet er som led i civilisationsprocessen at dæmpe aggressions- og hævnberedskabet en tid, indtil der kan forhandles om en afløsning (komposition) til bøder.

På Solons tid i begyndelsen af 500-tallet f.Kr. revideres Athens forfatning og retssystem, idet den gamle landadels gældsbyrde til byens købmand afløses, og personaleksekutionen afskaffes. Udbredelsen af pengeøkonomien har medført en inflatorisk udvikling, som har udhulet jordejernes formue som følge af mangel på arbejdskraft til dyrkning af jorden. Penge er blevet målestok for samfundets værdi i modsætning til status og ære i det overlevede aristokratiske samfund.

Aristoteles fortæller senere, hvordan Solon udvidede det overlevede retfærdighedsbegreb bygget på ydelseslige vægten (den kommutative) med den uddelende retfærdighed (den distributive), altså har det *organiserede* samfund ressourcer til at omfordele samfundsskabte værdier ud fra en vurdering af individernes betydning for samfundet (samfundsnyttens). Denne samfundsvurdering er en anden end i det primitive *organiske* samfund, som bygger på *statusrelationer* og ikke som det organiserede samfund på »*kontraktsrelationer*«. Aristoteles redegør for sammenhængen mellem kontraktsrelationerne og demokratiet, d.v.s. folkestyret på Solons tid og i eftertiden, som finder sin model i *samfundskontrakten*. Sofisterne, som i 400-tallet udviklede en rationalistisk og analytisk filosofi og argumentationsteknik, forkastede idéen om guderne som skabere af mennesket. De mente omvendt, at menneskene skabte guderne i deres eget billede, og

på samme måde ud fra deres fornuft skabte samfundets organisation og love. Denne individualistiske og instrumentale retsopfattelse førte til en absolut demokratisk samfundsstyring, der overlod til *folkeforsamlingen* ikke alene at vedtage love, men også at afgøre retskonflikter.

Denne instrumentale retsopfattelse førte efter Aristoteles' opfattelse til kynisme og egoisme, og efter nederlaget i den peloponnesiske krig o. 400 argumenterede først Platon og efter ham Aristoteles for en *etisk* begrænsning i lovgivningskompetencen. Platon ville opnå dette resultat gennem et oplyst enevælde, medens Aristoteles i stedet krævede, at demokratiet skulle begrænses gennem en begrænsning af friheden ved almindelige love, som ikke skulle kunne ændres vilkårligt af folkeforsamlingen. Aristoteles antog nemlig, at mennesket ikke bare er et fornuftsvæsen, men også et socialt væsen (*zoon politikon*), med en særlig *naturlig* tilbøjelighed for en fornuftig orden. Denne klassiske naturretsteori fik stor betydning for eftertiden.

Medens grækerne udviklede såvel politikken som moralen og retorikken, skabte de ikke som romerne særlige procedurer for privat konfliktløsning og dermed en juristprofession. Ganske vist findes der i Iliaden elementer, som viser, at konflikter mellem slægterne afgøres gennem særlige mæglingsmænd; i hvert fald findes der på et skjold en afbildning af Dike, der kaster sin stav imellem Achilleus og Hektor og dermed lægger sig imellem parterne og er med til at mægle. Men det blev romerne, der udviklede de professionelle (private) voldgiftsinstitutter, som krævede professionelle juridiske rådgivere til afgivelse af responsa. På basis af disse responsa udviklede der sig en juridisk fortolkning og udfyldning af De 12 Tavlers Lov, som ifølge myten blev opsat på Forum Romanum o. 450 udformet efter græsk forbillede. Disse oprindelige love står ligesom den græske dramatiske digtning i midten af 400-tallet på overgangen fra Aischylos' Orestien til Sofokles' Antigone, midt imellem et kollektivt og objektivet slægtsansvar og et individuelt og subjektivt ansvar med naturretlig baggrund.

I midten af 400-tallet f.Kr. udvikles altså en fælles middelhavs-

kultur, der bygger på en individualistisk og instrumental menneske- og retsopfattelse. Mens den græske model er politisk bygget på en analogi fra kontrakten (samfundskontrakten), er den romerske model procesorienteret og knyttet til en professionel tolknings- og argumentationsteknik, som hentedes fra den græske filosofi. Med den dobbelte indflydelse af stoisk og kristen ideologi udvikledes det romerske procestypesystem i den klassiske og efterklassiske tid til et veludviklet juridisk begrebsarsenal, som kulminerede i Justinians kodifikation (529 e.Kr.) efter sammenbruddet af det vestromerske rige (476 e.Kr.).

Med de germanske folkeslags mindre udviklede kultur forfaldt også retten og retsopfattelsen, idet romerretten vulgariseredes, idet der i den agrariske økonomi og den feudale samfundsstruktur ikke var behov eller forståelse for den tidligere højere urbaniserede kulturs mere forfinede regler og begreber. Der er f.eks. ikke behov for en handelsret, hvor der ikke findes nogen handel! Corpus Juris gik i glemmebogen, men fandtes formentlig stadig i de norditalienske byer, hvor handel og søfart igen tog fart i århundrederne op mod 1000-tallet e.Kr. I hvert fald udviklede der sig en særlig lombardisk handelsret, som efterhånden skærpede forståelsen for en særlig juridisk teknik.

Hvorom alting er, indledtes ved universitetet i Bologna o. 1100 e.Kr. et egentligt juridisk studium på grundlag af Corpus Juris. Modellen for dette studium var den *skolastiske* metode, som var udviklet gennem kirkens trivialskolers retorisk-dialektiske undervisning, som var blevet fortsat gennem hele middelalderen. Kirken var det eneste samlende organiserede kulturelement, som havde overlevet Romerrigets sammenbrud, og kirken forsøgte da også at udnytte denne stilling til at overtage Romerrigets autoritet i såvel åndelige som verdslige, herunder retlige, anliggender. Kirken repræsenterede især skrivekunsten, som kunne udnyttes til »autentiske fortolkninger« ved nedskrivningen af sædvaneretten, som vi kender det fra de nordiske landskabslove, men man påberåbte sig også direkte kejserens retsstiftende kompetence, som hævdedes at være overdraget til paven i Rom, da Konstantin forlagde residensen til Konstantinopel.

De første kirkefædres menneske- og retsopfattelse afspejlede dog den hårde virkelighed, som fulgte med sammenbruddet. *Augustinus* (354-430) udtrykte denne i *Civitas Dei* (gudsstaten), hvori han gik ud fra menneskets syndige natur, som skulle tuges af Guds lov, der er baseret på næstekærlighed, barmhjertighed og beskyttelse af de svage. *Gelasius* (pave 492-496) udviklede læren om de to sværd: Det gejstlige, som tillod kirken at skabe og håndhæve ret, og det verdslige, som var overladt kejseren, der havde sin autoritet fra Gud, for at han kunne beskytte de forsvarsløse, herunder kirkens folk, og håndhæve den verdslige sædvaneret.

Middelalderens retsmodel var faldet tilbage på forestillingen om den guddommelige sædvaneret, som ikke skabes, men findes af de verdslige fyrster. I højmiddelalderen (1100-1200-tallet) fik europæerne gennem kontakt med araberne i Spanien påny kendskab til Aristoteles' rationalistiske filosofi, og dermed også til hans naturretsteori. De nye universiteter forenede den skolastiske videnskab og den kanoniske (kirkeretlige) retsteori med Aristoteles' filosofi i studiet af den justinianske lovbog. *Thomas Aquinas* (1225-1275) forenede Aristoteles' rationalisme med kirkens lære, idet han antog, at Guds lov var den primære, men at den kun var angivet i principper, som kunne udmøntes af de verdslige autoriteter i den positive ret, som vel ikke måtte stride mod den naturlige ret, men dog ikke gav ret til ulydighed, medmindre den også var stridende mod Guds lov. Også Thomas gik – i modsætning til Augustin – ud fra, at mennesket har en social natur, som gør den kirkelige og verdslige tugt mindre påtrængende.

I de følgende århundreder udvikledes dels en kirkelig moralfilosofi, dels en verdslig romanistisk retsvidenskab. Fælles for disse skoler var deres udgangspunkt i det på Aristoteles støttede videnskabsideal, som hang sammen med hans *teleologiske* metafysik: Det drejede sig om at udfinde tingenes væsen og dermed formålet for deres bevægelse. Det naturvidenskabelige ideal blev dermed autoritativt og dialektisk, og derfor antog den tidligste retsvidenskab en tilsvarende dialektisk og dogmatisk metode. De første glossatorer bestræbte sig for gennem tekstanmærkninger (glosser) at bringe konsekvens og sammenhæng ind i *Corpus Ju-*

ris, hvorved de som nævnt anvendte trivialvidenskabernes overleverede teknik. Man søgte at bortfortolke uoverensstemmelser og udfylde tomrum gennem systematiske overvejelser. Denne rent teoretiske dogmatik beherskede videnskaben fra Irnerius (o. 1100) til Glossa Ordinaria (o. 1250) og havde sit grundlag i dialektikkens sic et non (pro et contra).

Postglossatorerne eller konsiliatorerne (o. 1300-1400) havde et andet mål med deres videnskab og anvendte derfor også til dels andre metoder. Med renæssancens tiltagende urbanisering voksede arbejdsdelingen og pengeøkonomien, og der kom påny gang i en samfundsudvikling, som krævede nye organisationsformer. En individualistisk og instrumental menneskeopfattelse satte gang i de fysiske og de sociale videnskaber, idet det blev klart, at menneskene havde magt til at ændre deres fysiske og sociale omverden.

William af Ockham forkastede Aristoteles' teleologiske metafysik, idet han antog, at begreberne ikke er egenskaber ved tingene, men navne vi giver dem (nominalisme). Herved blev naturvidenskaben frigjort fra spekulatoren over tingenes »væsen« og kunne gå i gang med at udvikle en funktionel og mekanisk naturvidenskab. *Marsilius af Padua* (1270-1340) antog samtidig, at menneskene har den egentlige lovgivningskompetence udgået fra den oprindelige forestilling om folkeforsamlingen som øverste suverænitæt (*J. Bodin* (1530-1596)). Det var derfor også naturligt, at retsskolerne nu fik som opgave at uddanne praktiske jurister, der kunne indgå som tekniske rådgivere (konsiliatorer) for de verdslige myndigheder. Den juridiske metode bestod derfor i højere grad i at fortolke den romerske ret i lyset af den moderne (feudale) sociale virkelighed, bl.a. blev det romerske ejendomsrets-begreb omdannet, så det indeholdt såvel en »overejendomsret« som en »underejendomsret« (dominium directum og dominium utile).

Medens de to glossatorskoler fortrinsvis anvendte dialektiske (matematiske) metoder (mos italicus), anvendte den »humanistiske« retsvidenskab, der havde sit tyngdepunkt i Frankrig, i højere grad mekaniske og fysiske analogier (mos gallicus). Efter at Ko-

pernikus og Kepler i slutningen af 1500-tallet og begyndelsen af 1600-tallet havde ændret det kosmiske verdensbillede og påvist de fysiske love, som styrer astronomien, blev også retsvidenskaben præget af årsagsbegrebet. Den rationalistiske naturretsteori, som grundlagdes af *Hugo Grotius* (1583-1645), gik netop ud fra, at den naturlige ret er evig og uforanderlig, men også at lovene har deres årsager (motiver), der ikke er de samme som deres grunde. De er udtryk for lovenes fornuftige principper, som skyldes menneskets fornuftige natur, der altså er i stand til umiddelbart at erkende disse fornuftsprincipper, som gennemtrænger (den rigtige) retsordning.

Medens Grotius, som tilhørte det velhavende nederlandske borgerskab, ud fra en positiv menneskeopfattelse tilsluttede sig den aristotelisk-thomistiske lære om menneskets sociale natur, og dermed samfundskontrakten som retsmodel, gik hans samtidige *Thomas Hobbes* (1588-1679) ud fra en pessimistisk menneskeopfattelse og udviklede en naturret, som legitimerede den fyrstelige enevælde, idet han gik ud fra, at mennesket i naturtilstanden er et asocialt og egoistisk væsen, som må have en stærk samfundsmagt til at tugte sig til lydighed. Samfundskontrakten bliver i hans version ikke alene en fiktion, men også en tom fiktion, idet den går ud på i fælles interesse at overlade hele suveræniteten til fyrsterne. Det var denne filosofi, som senere bl.a. legitimerede den danske Kongelovs enevælde (1660).

Disse to modeller af samfundskontrakten afspejlede det voksende borgerskabs interesser, og i forskellige blandingsforhold fører de dels til en politisk udvikling af menneskerettighederne og demokratiet som styreform (*J. Locke* (1632-1704), *J.-J. Rousseau* (1712-1778)), som kulminerede med den franske revolution i 1789, dels til en fortsat udvikling i den romanistisk-naturretlige videnskab, som både forfinede den retlige begrebsdannelse og udviklede en i forbindelse hermed stående logisk systematik, som kunne tjene til logisk-deduktive slutninger og som mønster for en lovkodifikation (*S. Pufendorf* (1632-1694), *C. Thomasius* (1655-1728), *C. Wolff* (1679-1754)).

I det 19. århundrede ændrede situationen sig radikalt. Den al-

mindelige videnskabs model blev *udviklingen*, som den fremtrådte i biologien og i elektricitetslæren. Også åndsvidenskaberne tilsluttede sig en biologisk *organismeteori*, og retsvidenskabens tyngdepunkt forskød sig til Tyskland, hvor Carl von Savigny som nævnt afviste en kodifikation med henvisning dels til praktiske, dels til ideologiske forhold.

De praktiske var dels manglen på enhed i den tyske nation, dels manglen på en videnskabelig bearbejdelse af den tyske ret. De ideologiske var knyttet til modsætningen til den franske radikalisme, som havde fremkaldt Code Napoleon, og den konservative »reaktion«, som beherskede de sejrende magter efter 1814. Den historiske metode fremhævede dels udviklingsperspektivet i retten og dennes sammenhæng med den almindelige kulturudvikling dels det »nationale«. Det er tilhørsforholdet til et kultur- og folkefællesskab, man er født ind i (*natio*), der er grundlaget for samfundslivet. Derfor er hjemmelen for retten denne »folkeånd«, der gennem historien udvikler såvel sproget som retten. Savigny søger oprindeligt tilbage til de overleverede »livsforhold« eller »institutioner«, som giver anledning til de »retsforhold«, som udgår af de »rapports nécessaires«, som *Charles Montesquieu* (1689-1755) havde antaget forelå mellem tingene og reglerne (*nature de chose*).

Det var denne romantisk-idealistiske teori, som både dikterede Savignys og A.S. Ørsteds lære om »forholdets natur« (*Natur der Sache*), som ifølge begges retsvidenskab var den egentlige hjemmel til retten. Mens Savigny ironisk nok fandt den tyske folkeånd klart udtrykt i de romerske retskilder, fandt Ørsted den fornuftigvis i praktiske behov, som han fandt udtrykt i praksis.

Bag denne forskydning af retsvidenskaben ikke alene fra Frankrig til Tyskland, men også fra rationalisme til idealisme, lå imidlertid en samfundsudvikling, som allerede var i gang i alle landene under overfladen. Den teknologiske revolution i slutningen af 1700-tallet var især et fransk og engelsk fænomen, mens Tyskland endnu var et splittet og tilbagestående landbrugs- og borgersamfund.

Mens kontraktsmodellen er en velegnet analogi for et borger-

ligt samfund, ideelt bestående af oplyste og fornuftige mennesker i samme strategiske position, er det klart, at et kapitalistisk samfund dels kræver store kapitalinvesteringer, råstoffer og markeder til afsætning af masseprodukterne, dels en større styring og regulering af samfundet. Kapitalinvesteringer kræver et kreditvæsen, især en velfungerende realkredit, og forrentningen af disse kræver en langsigtet planlægning og sikre forventninger om afsætning og dermed profitering af investeringerne. Det er nationalstatens opgave at sikre denne opgave, og det bliver retsvidenskabens opgave at rense retsbegreberne, reglerne og systemet, således at retten bliver et velegnet redskab til at muliggøre denne tekniske og økonomiske proces.

Den første opgave er at adskille ret og moral, hvilket sker gennem accepten af Kants formelle moralbegreb, som overlader til staten fuldt ud at skabe den positive ret. På den anden side må det offentlige holde fingrene fra privatretten, der må udvikle sig frit gennem »folkeånden«, hvilket er det konservative politisk-ideologiske indhold i Savignys historiske retsopfattelse. Derfor er der ikke noget mærkværdigt i, at Savigny og hans elever efterhånden udvikler en »begrebsjurisprudens«, som finsliber de retlige begreber og retssystemet, så lærebøgerne kan bruges som model for den kodifikationsproces, der sættes i gang, efter at Tyskland fra midten af århundredet har udviklet sig til Europas stærkeste militære og politiske magt.

Staten træder nu stærkere og stærkere ind til beskyttelse af de svage gennem arbejder- og socialbeskyttelseslove, efter at det har vist sig, at kapitalismen radikalt har ændret på borgernes strategiske position. Samfundskontrakten er ikke længere en egnet samfunds- og retsmodel, idet det står klart, at samfundet ikke er organiseret som en fornuftig debat blandt oplyste personer, men som en kamp mellem interesser. Retten bliver netop mødestedet for de stridende interesser (Jhering, Goos).

Interessejurisprudensen fører videre til forskellige »sociologiske« friretsopfattelser omkring århundredskiftet, som igen fæster opmærksomheden på dommeren som konfliktløser, sådan

som det traditionelt har været tilfældet i den angelsaksiske retsopfattelse.

I dette århundrede har vi som nævnt set eksempler på alle disse tre typer af retsteorier, som hypotetiserer den ene af de forskellige funktioner: styringen, statuskonstateringen og konfliktløsningen. Fælles for de realistiske og analytiske teorier indtil de seneste decennier, er deres funktionelle styringsmodel. Den mest ekstreme er de befalings- og sanktionsteorier, som er udviklet på grundlag af den logiske positivisme og den skandinaviske realisme. Alle disse teorier har ligesom de folkesocialistiske et autoritært præg, som sætter statens interesser og samfundsnyttens forud for individets retssikkerhed. De analytiske teorier er mindre autoritære i deres »regelkarakter«, som understreger den formelle retfærdighed, men de er ligesom den pragmatiske amerikanske realisme instrumentale, omend det er mindre åbenbart, fordi det skjules i en sprogteori, som overlader til dommeren at omsætte virkeligheden til sprog- og retsbegreber i kraft af en intuitiv proces, som unddrager sig kontrol. De analytiske teorier udmærker sig netop ved ikke at interessere sig for retsafgørelsens og retsdogmatikkens problem.

Nutidens procedureorienterede teorier (*Ronald Dworkin*), »refleksive« teorier (*Gunther Teubner*) og »diskursive« teorier (*Jürgen Habermas*, *Niklas Luhmann*), »institutionelle« (*O. Weinberger*, *N. McCormick*) søger nye analogier eller modeller for at legitimere deres retsteori. Som nævnt må disse nye »modeller«, ligesom alle andre modeller, opfattes som hypotetiseringer af en af rettens funktioner og som sådan en ideologisk begrundet teori, som ikke kan have krav på almen gyldighed. Ligesom tidligere modeller indeholder de elementer af mytens funktion som retfærdiggørelse af en bestemt ideologi eller menneskeopfattelse. De nazistiske og marxistiske teorier, der åbenlyst refererer til »ideologiske« forhold, såsom »folkefællesskab« og »folket«, er på en måde mindre farlige.

Den bedste måde at anskue retten på er efter min mening dels at fastholde en »pluralistisk« opfattelse, der betoner, at retten

kan opfattes på forskellig måde, alt efter hvilket spørgsmål vi stiller, i kraft af den relation hvori »retten« indgår som begreb (kap. VI). Dels er det nødvendigt at undgå den irrationalitet, som følger af den intuitive sprogopfattelse, der enten kunstigt skelner mellem erkendelse og vurdering eller overlader hele erkendelsen til intuitive »beskrivelser«.

VI. Pluralis Juris

De fleste teorier om retten og retsvidenskaben er som sagt udsprunget af en accentuering af en af rettens traditionelle funktioner: statuskonstaterende, konfliktløsende og styrende. De to førstnævnte typer af teorier er almindelige i mindre udviklede samfund og i samfund, som (endnu) er behersket af en privatretlig tænkning, medens styringsmodellen falder sammen med statens intervention i den private økonomi.

Retsopfattelsen i førstatalige samfund er knyttet til forestillingen om en gammel, hellig sædvane som model for rettens autoritet («Kong Valdemars Lov»). Retsopfattelsen i et borgerligt liberalt samfund benytter kontrakten (samfundskontrakten) eller domstolenes afgørelser som model, som det er tilfældet henholdsvis på Kontinentet og i England. Det er først med vilkårene for dannelsen af den moderne velfærdsstat, at den administrative styringsmodel bliver aktuel. Retten har imidlertid også andre funktioner end at fastsætte kompetence- og procesregler, at løse konflikter og at styre samfundsprocesser.

Rettens hovedopgave er endda snarere at forebygge end at løse konflikter. Ved at rette opmærksomheden mod de »syge« eller »hårde« tilfælde, kan man få et forkert perspektiv på retten, på den anden side er det i marginalpositionerne, retten skal vise sin værdi, idet der ikke er noget behov for pligter, så længe parterne har interesse i at opfylde hinandens forventninger. Retsreglerne skal stå deres prøve, når forholdene udvikler sig anderledes end forventet, f.eks. når parterne mister interessen i at opfylde en kontrakt eller ønsker at komme ud af et ægteskab. Procesreglerne skal ikke først og fremmest beskytte de gode og ansete, men snarere dem, der ikke har omverdenens sympati.

Ikke desto mindre har retsreglerne en vigtig konfliktbesparende funktion, og det er en væsentlig samfundsmæssig værdi at undgå menneskelige og økonomiske omkostninger ved den politiske og retlige organisation. Retssociologiske og retspolitikologiske

ske retsmodeller er som nævnt almindelige i nutidens retsteori. Systemteorier og kybernetiske modeller har lagt vægt på at undertrykke konfliktrisikoen i det moderne komplicerede samfund gennem »feed back« og tilpasningen til andre samfundssystemer. Problemet ved disse systemteorier er, at de ligesom »eksistentialistiske« teorier opfatter retsreglerne blot som forslag til løsning af en eventuel konflikt og ikke som en normativ forpligtelse.

Det samme gælder såkaldte »diskursive« teorier, der tager deres ideologiske udgangspunkt i demokratiets ideelle princip: »Den fornuftige debat blandt oplyste personer« (Habermas), og »refleksive« retsteorier (Teubner), der afspejler en politisk stillingtagen til fordel for »nærdemokratiske procedurer« eller »selvforvaltning«. Retspolitologiske teorier, der i almindelighed opfatter retten som en vigtig institution i den moderne statsdannelse, diskuterer i hvilket omfang, man kan opnå på én gang at opretholde en »retsstat« og en »velfærdsstat«. Her er »selvforvaltning« én metode, medens »privatisering« er en anden metode. I førstnævnte henseende kan man hente inspiration i »refleksiv ret« som model, medens man i sidstnævnte henseende kan hente inspiration i en »kontraktsmodel«. Det ændrer ikke i den omstændighed, at de politologiske modeller er ideologiske omskrivninger for den politiske ideologi, man tager som udgangspunkt for en kritik af den moderne udartning af »velfærdsstaten« til en »korporativ stat« eller et »folkedemokrati«.

Det fælles for den »korporative stat« i Vest og de nu smuldrende folkedemokratier i Øst har været, at man har forestillet sig, at en overordnet »totalitær« samfundsideologi kan løse samtlige opgaver: at skabe værdier, fordele værdier og finansiere samfundsopgaverne. Ved at indbygge normative eller moralske kriterier i stedet for kvalitet, har man i vidt omfang svækket effektiviteten og udbygget bureaukratiet.

De retssociologiske, retspolitologiske og retspolitiske perspektiver på retten er vigtige, men ikke centrale »retsperspektiver«, idet retten i denne sammenhæng opfattes som en »samfundsfunktion« på linie med andre samfundsfunktioner. For den

strengt »juridiske« funktion er det normative, pligten, et centralt element i retten. For advokaten er det naturligvis et vigtigt perspektiv at overveje sandsynligheden for udfaldet af en konkret retssag, når han skal rådgive sin klient. Men for dommeren er det som sagt irrelevant at få at vide, at »retten« er identisk med det, han efter al sandsynlighed vil gøre. Og for den dogmatiske videnskab er den slags prognoser tilsvarende irrelevante.

Det, det drejer sig om for den retlige konfliktløser og den dogmatiske videnskab, er at finde gyldige argumenter, der logisk kan begrunde konkrete og hypotetiske retskonflikter, således som retsnormerne kan præciseres, og »retsfakta« kan kvalificeres i en med normindholdet overensstemmende typologi.

I denne henseende må udgangspunktet være det »sproglige indhold«, idet *retssikkerheden* i et liberalt demokratisk samfund må være udgangspunktet for tolkningen af det retlige materiale. »Sædvanlig sprogbrug« er den accepterede betegnelse for den betydning, som parterne har »føje« til at gå ud fra (love skal være bekendtgjort). Semantiske, syntaktiske og systematiske elementer indgår naturligt i denne tekstanalyse. Retspraksis er af stor betydning til illustration af denne typologi i betragtning af, at retens struktur som regel understreger den *formelle* »retfærdighed«, at »lige tilfælde behandles lige«.

I privatretten er »viljesprincippet« og »forventningsprincippet« konkurrerende ved opstilling af de deklatoriske retsregler, som »gennemsnitligt tjener parternes interesser«, men må sammenlignes med hensynet til »omsætningens sikkerhed« og andre hensyn, som har til formål at betrygge den private omsætning og sikkerhed. Men i den forvaltningsretlige lovgivning, som styrer og kontrollerer de private retsforhold, kommer lovgivernes motiver, d.v.s. de historiske forarbejder, ind som en vigtig faktor ved fastlæggelsen af den mål-middel relation, som er følgen af den teleologiske og pragmatisk afvejning af »reale hensyn« i tilfælde af et fortolkningsalternativ.

Ved den videre argumentation anser domstolene sig i nutiden berettiget til at anvende en række normative (rimelig, billig) og »retoriske« (analogi, modsætning) argumenter og prioriteringer

(lex superior/lex inferior, speciel/generel lov, yngre/ældre lov), uden at det er muligt at give bestemte regler for prioriteringen. Men som nævnt må man tage sit udgangspunkt i det politisk/kulturelle systems *almindelige principper*, ligesom man må tage sit udgangspunkt i de *specielle principper* på de specielle retsområder. Dette almindelige tolkningsprincip følger af, hvad der er sagt om sprogets almindelige hermeneutiske karakter. Selvom enhver beskrivelse i sprog betyder en tolkning, og selvom den sproglige tolkning af en regel må sættes i relation til bestemte typer af faktiske situationer, er denne sproglige kvalifikation hverken en »intuitiv« proces, som kan omsættes til »almindelig sprogbrug« eller »rimelighed«, eller et »åbent« retssystem, som tillader en subjektiv vurdering i de vanskelige tilfælde.

Ligesom ved enhver sproganvendelse er det både muligt og nødvendigt at søge vejledning i en systematisk sammenhæng med det herskende kultursystems værdier, herunder det politiske og parlamentariske system, men også i de forskellige delsystemers grundliggende værdier. I sidste ende må man søge en *inter-subjektiv* konsensus med den juridiske profession i almindelighed og den dogmatiske retsvidenskab i særdeleshed, den *inter-subjektive faglige konsensus*, som er det eneste kriterium for, hvad der til enhver tid er god videnskab.

Rationalitetsprincippet må konkurrere med realitetsprincippet. Rationalitetsprincippet kan føre på afveje, som det er sket med »begrebsjurisprudensen« og »common-sense«-teorien og med dogmatikken i almindelighed, ved ureflekteret at overtage antikkens spekulative metafysik, som antog, at tingenes videre gestaltning måtte følge samme princip som deres konstituering.

På den anden side må realismen ikke udvikle sig til en teori-fremmed »pragmatisme«, så den mister forbindelsen med fornuften og den rationelle kontrol og udvikler sig til en »principløs realisme«.

Og retsteorien må opgive tanken om at spore »retsbegrebet« ind i en monistisk teori og må acceptere den moderne relativitetsteoretiske og liberale anerkendelse af, at sagen har flere sider og sandheden flere ansigter. Alle begreber kan optræde i forskellige

relationer og må ændre betydning efter de spørgsmål, som har interesse i de forskellige relationer, og må besvares med de metoder, som er relevante for hver enkelt relation.

VII. Retlige skøn

Det er åbenbart, at »fortolkningen« af begreber eller kvalifikation af fakta som »retsstridig« tvang i Aftalelovens § 29, »retsstridig« svig i Aftalelovens § 30, »åbenbart ubillig« i § 31, samt »almindelig hæderlighed« i Aftalelovens § 3 for ikke at tale om »ubillige« vilkår i § 36 ikke på samme måde som »et andet indhold end tilsigtet« i § 32 er en sproglig fortolkning. Det er som nævnt forbundet med vurderinger at kvalificere enhver faktisk situation i sproglig form, men de nævnte udtryk indebærer en anden type af vurderinger. Der er her tale om en moralsk vurdering, men alligevel ikke en fri individuel eller endda »almindelig« vurdering, men en »juridisk« vurdering, som indebærer en afvejning af forskellige retshensyn: hensynet til retssikkerheden på den ene side og hensynet til kontraktsfriheden, tilliden til den almindelige kontraktsfrihed samt »omsætningens sikkerhed« på den anden side; desuden hensynet til en forskellig strategisk position med hensyn til informationsniveau, styrkeposition, afhængighedsforhold og indflydelse på kontraktsvilkårenes formulering samt andre konkrete omstændigheder.

Retspraksis har ud fra en afvejning af disse forskellige hensyn afvejet hvem af parterne, der må bære risikoen i de forskellige situationer, en praksis, som også har været forudsat som grundlag for den fortolkning, som bør lede udviklingen af rimelighedsklausulen i § 36. Kun gennem en sådan typologisk, juridisk vurdering kan man forhindre, at »generalklausuler« fører til uforudsigelighed og usikkerhed i retsforholdene, hvilket må være grundsætningen for enhver regelanvendelse. Men naturligvis ændrer fortolkningen sig i takt med den almindelige opfattelse af vurderingen af de forskellige hensyn.

På samme måde er »væsentlig misligholdelse« som betingelse for ophævelse af kontrakter en vurdering, som må bero på tilsvarende overvejelser af juridisk generaliserende karakter, for at den ikke skal åbne adgang for en af parterne til at benytte sig af en

misligholdelse som påskud for at komme ud af en kontrakt, som han af andre grunde ønsker at blive frigjort fra. Misligholdelsesreglerne er i det hele taget en arv fra den katolske middelalderlige moralfilosofi og den rationalistiske naturretsteori fra 1700-tallet og dens lære om det »retfærdige vederlag«, som sikrer den gensidighed (synallagma), som fra antikken gennem Aristoteles er fremstillet som retfærdighedens primære materielle indhold.

I arbejdsretten opererer man med et begreb som »saglig begrundelse« for opsigelse af en arbejdskontrakt. Det er et omtvistet »politisk« spørgsmål, om f.eks. udmeldelse af en bestemt fagforening er en sådan saglig begrundelse, hvis der ikke foreligger en eksklusivaf tale, eller der er tale om en offentlig ansættelse. Det er en vurdering, der hænger sammen med en række forskellige hensyn til fagorganisationernes organisationsinteresser på den ene side og hensynet til den personlige frihed på den anden, hensyn, som kan prioriteres forskelligt fra én tid til en anden, men som må indgå i en generel juridisk vurdering.

I forvaltningsretten kender man et begreb som »lighedsgrund-sætningen«, der kræver, at forvaltningens skøn skal udøves ud fra »saglige« kriterier, men også her må »lighed« og »saglig« forstås ud fra en tilsvarende generel vurdering af de forskellige kriterier for »lighed« og »saglighed« i henseende til forvaltningens formål. Det forvaltningsretlige skøn er ikke et frit skøn, men et juridisk skøn.

Erstatningsretten og strafferetten anvender begreber som »uagtsomhed« og »grov uagtsomhed« som betingelse for at pålægge nogen et ansvar. Begreberne har ikke det samme indhold på de to områder, idet der vel kan blive tale om at pålægge erstatningsansvar og frifinde for strafansvar i samme sag. Når uagtsomheden kvalificeres til »grov« uagtsomhed, er det åbenbart, at der er tale om en mere dadelværdig adfærd, men det er kun gennem en juridisk vurdering og praksis, at disse begreber får indhold. Grov uagtsomhed er ofte en tilflugt for domstolene til at ramme et sandsynligt forsæt.

Fastsættelse af straffen inden for lovens strafferammer er en anden vurdering, som ikke i retfærdighedens navn kan foretages

konkret og vilkårligt, men som gennem retspraksis gradvis udfyldes i en fast typologi. På samme måde er skadesbegrebet og erstatningsberegningen afhængig af faste begrænsninger, idet kun bestemte typer af skader erstattes, og kun bestemte poster indgår i erstatningsberegningen. I tilfælde af tingsskade tager man udgangspunkt i genanskaffelses- eller reparationsudgifterne, medens omsætningsværdien kun i undtagelsestilfælde kommer i betragtning. Affektionsværdien erstattes slet ikke, og driftstab kun i visse tilfælde. I tilfælde af personskade foretages en »rimelighedsvurdering« af afholdte udgifter, medens indtægtstab erstattes, det fremtidige og »ikke-økonomiske« tab dog kun efter visse takster.

Årsags- og adækvansbetingelsen anvendes til legitimation af denne risikoafvejning, som praksis har udviklet til en vis grad af typologi. »Forudselighed« eller »påregnelighed« eller lignende udtryk anvendes ofte for at retfærdiggøre begrænsningerne i forhold til de principper, som ligger bag erstatningsretten som retsinstitut, men som ovenfor nævnt er der tale om en fiktion, som ikke har noget psykologisk indhold, idet »påregneligheden« kan have forskelligt indhold i forskellige typer af skade. Ved personskade må man i de fleste lande »påregne« flere skadefølger end ved tingsskade.

Selv når det drejer sig om »bevisbedømmelsens frihed«, som er et grundprincip i procesretten, er det åbenbart, at beviskravene er forskellige i forskellige typer af tilfælde. I straffesager kræves der normalt et højt mål af sandsynlighed for den tiltaltes skyld, mens man i privatretlige og erstatningsretlige tilfælde ofte kan slække på sandsynligheden såvel for culpa som for årsagsforbindelse for på denne måde at lette partens mulighed for at opnå kompensati-on. Bevisbyrderegler og beviskrav varierer med de materialretlige hensyn i de forskellige relationer. F.eks. falder bevisbyrden for en forpligtelses udstrækning normalt på den, der fremsætter kravet, hvilket harmonerer med den almindelige subsidiaire fortolkningsregel, der begrænser skyldnerens forpligtelse (minimums-reglen). Beviskravet for årsagsforbindelse i erstatningsretten slækkes, såfremt skadevolderen har handlet groft uagtsomt, hvor

der foreligger anonyme fejl eller ved personskade, især når der foreligger konkurrence med ukendte årsager. Undertiden opereres der med omvendt bevisbyrde for den urigtige adfærd såvel i kontraktsretten som i erstatningsretten for at opnå en materiel skærpelse af ansvaret.

Overalt i retssystemet opereres med den slags begreber, som tilsyneladende er objektive, men som indeholder det skøn, som er nødvendigt for, at abstrakte regler kan anvendes på konkrete tilfælde, en almindelig »billighedsgrundsætning«. Den går tilbage til den ældste sprogvidenskab hos sofisterne i Athen, og den understreges af Platon og overtages af romerne i betydningen »aequitas«, den kontinentale og engelske middelalderret (equity) og den rationalistiske naturretsteori. Disse skøn er imidlertid ikke individuelle eller »intuitive« (common sense), men resultatet af en anvendelse af principper, som i praksis er udgået af en omhyggelig afvejelse af de i de forskellige livssituationer optrædende konflikterende retshensyn. Dogmatikkens opgave er at bistå de retsanvendende myndigheder med at fremdrage og analysere disse hensyn, at sætte dem ind i en systematisk sammenhæng, så de kan harmonere med hinanden, og til slut sammenfatte dem i juridiske begreber, maksimer og regler for fortolkning og retsanvendelse.

VIII. Naturret og retfærdighed

Forestillingen om retfærdighed er nært forbundet med forestillingen om en naturret. Naturretsforestillingen har igen betydning for rettens *formelle* gyldighed, d.v.s. for rettens begrundelse, for rettens *materielle* gyldighed, d.v.s. rettens moralske indhold (modstandsret), og for rettens *udfyldningsproblem*, d.v.s. afledning af retsregler i konkrete ulovbestemte tilfælde af »forholdets natur« o.lign.

Som nævnt afviste de nyere realistiske teorier retfærdigheds- og naturretsbegreberne med henvisning til deres mangel på objektiv eksistens og afhængighed af subjektive vurderinger. Med forkastelsen af den »naive realisme« er det ikke meningsløst at tale om retfærdighed og naturret i betydningen: Begreber, som afspejler almenmenneskelige tankestrukturer, som til alle tider har levet, og som stadig har magt over sindene i deres appel om accept af væsentlige følelser og indstillinger. Vore følelser er som nævnt knyttet til vor biologiske naturs behov og reaktioner på indtryk. I denne tilstand er mennesket et artsvæsen med identiske fysiske og psykiske behov og krav til omgivelserne, og det er heller ikke mærkværdigt, at menneskene fra de ældste tider har forestillet sig, at de har fælles »sociale behov«, d.v.s. naturlige krav til den samfundsmæssige organisation. De ældste teorier er kosmologiske og guddommelige og betragter verdensordenen som styret af guddommelige kræfter, som igen styrer menneskenes skæbne. De såkaldte sofister i antikkens Athen begrundede for første gang en menneskelig frihed til uhæmmet af guddommelige kræfter at organisere samfundet vilkårligt ved en overenskomst, som forudsatte også en folkelig medbestemmelsesret i »politiske«, og det ville i vores forstand også sige de fleste retlige afgørelser, som blev truffet på folkeforsamlingen.

Efter demokratiets sammenbrud udkastede Aristoteles sin lære om menneskets »sociale natur«, som disponerer dem for fornuftigt at organisere samfundet på den måde, som skaber »det

gode liv«. Aristoteles grundlagde også teorien om retfærdigheden, som han delte op i den forholdsmæssige (kommutative) og den uddelende (distributive), hvoraf den første var den ældste, mens den sidste hang sammen med bystatens dannelse. Læren om menneskets sociale natur blev af stoikerne forsynet med en »lighedsgrundsætning« og en forestilling om individets egenverdi som følge af deltagelsen i den guddommelige fornuft. I forening med den kristne individualisme fik naturretten indpas i Rom, hvor den formuleredes i tre punkter: 1) leve hæderligt, 2) ikke skade andre, 3) give enhver sit.

Den første katolske kirke i folkevandringstiden afviste idéen om menneskets »gode« natur, og ud fra samtidens erfaringer appellerede man til Guds uransagelige vilje, som skulle tugte det syndige menneske til lydighed. I højmiddelalderen efter genopdagelsen af Aristoteles' skrifter genoplivedes teorien om det sociale menneske, der vel må respektere Guds love, men tillige de med menneskets natur forenelige naturretsprincipper, der dog kunne suppleres med en positiv verdslig lovgivning. Modstandsret har man kun mod love, som strider mod Guds lov.

Den kirkelige moralfilosofi byggede videre på denne socialteori og på retfærdighedsbegrebet især i betydningen »retfærdig gengældelse« og »retfærdigt vederlag«. Maksimalpriser og forbud mod åger var et fast led i den kanoniske ret. Denne lære blev af Grotius ført videre og omformet til en verdslig moral- eller naturretsteori begrundet i en almindelig kontraktsteori, som videreførtes af Samuel Pufendorf og andre tyske forfattere, medens Thomas Hobbes samtidig ud fra en pessimistisk menneskeopfattelse lod samfundskontrakten indskrænke sig til i fredens interesse at overlade al suverænitæt til kongen.

Siden har der været et skisma mellem en katolsk menneske- og samfundsopfattelse, som taler for et minimum af lovgivning, og en protestantisk, som ud fra Luthers af Augustin bevirkede menneskeopfattelse taler for et større mål af kontrol gennem lovgivning. Til gengæld har borgerne ifølge Calvin en vis frihed til at gøre modstand mod »uretfærdige« love i almindelighed.

I nyere tid har især den tyske retsfilosofi i efterkrigstiden vendt

sig til naturretten ud fra en teori om, at retspositivismen var forklaringen på, at juristerne ikke gjorde »oprør« mod nazismens undertrykkelse af menneskerettighederne. Sådanne materielle naturretsteorier kan dog vanskeligt forsvares, eftersom det efter Humes og Kants kritik o. 1800 ikke er muligt at operere med en »verdensfornuft«, der giver os et objektivt indblik i evige og uforanderlige værdier. Det er også indvendt, at man ikke bør kunne legitimere en tidligere irrationalistisk retsteori indirekte ved at kritisere en »rationel« teori med henvisning til en ny irrationalisme.

Derimod har man i nyere tid forsøgt at gå en empirisk vej til retfærdiggørelse af en ny naturretsteori. Man har søgt inspiration i etologien (dyrepsykologien) og etnologien (læren om primitive samfund) for at finde inspiration for »deduktioner« fra menneskets biologiske natur. Med anerkendelse af den principielle umulighed af fra empiriske fakta at udlede en normativ naturret og med anerkendelse af, at mennesket med sin fornuft er uafhængig af sine omgivelser og kan skabe kultur, er der dog ikke noget i vejen for, at man i disse videnskaber kan søge inspiration for en teori om det »rette samfund« (naturret som socialteori). Teorien kan dog korrigeres gennem den politiske proces, som er samfundets eksperimentale scene.

De politiske ideologier må dog tage deres udgangspunkt i en menneskeopfattelse. Er mennesket et kollektivt væsen med behov for tryghed, som socialisterne og de konservative hævder, eller er mennesket et individuelt væsen med behov for frihed, som liberalisterne hævder? At menneskene nødvendigvis må leve i samfund og derfor er et »socialt væsen« er indlysende, idet de nyfødte er hjælpeløse i mange år, men heraf kan intet udledes konkret om samfundets indretning. I de ældste retsforfatninger og frem til nutiden findes der dog et »minimum content of law«, som Herbert Hart fremhæver: kravet om sandhed og beskyttelse af den personlige og tinglige integritet: du må ikke lyve, du må ikke stjæle, du må ikke slå ihjel! Det kristne kærlighedsbud kommer først senere.

Disse krav og andre: loves bekendtgørelse og forbud mod tilba-

gevirkende kraft, forståelighed, mulighed og sammenhæng mellem regel og adfærd er betingelser for, at samfundet kan fungere (*Lon Fuller, The Morality of Law*, 2nd ed. 1969, Ch. 3).

Hvorom alting er, kan man ikke have en kvalificeret mening om samfundsordningen og retssystemets indretning og funktion uden en menneskeopfattelse, som må baseres på det dobbelte behov for frihed og tryghed. På samme måde som vi må acceptere et naturretsbegreb som begrebsstruktur med et vekslende indhold, må vi kunne tale om retfærdighed som en af de almenmenneskelige tankestrukturer. Den formelle struktur er identisk med regelstrukturen: At lige tilfælde skal behandles lige! Den materielle struktur indeholder en idé om en eller anden form for lighed såvel i henseende til gensidighed som i henseende til behandling af individer i større eller mindre almindelighed. Den »samfunds-skabte« retfærdighed (distributive) må ligesom naturretsbegrebet have et vekslende indhold og afhænge af samfundets kultur.

Den seneste udvikling i Østeuropa har dementeret den socialistiske, *marxistiske* myte om, at det gode samfund ville fremstå som et resultat af ejendomsrettens afskaffelse. Tværtimod har det vist sig, at statens overtagelse af produktionsmidlerne har ført til totalitære samfund, hvori individernes »rettigheder« er blevet underordnet statens interesser. Til gengæld har den liberalistiske myte om, at det gode samfund er resultatet af *kontrakten* (samfundskontrakten), der reducerer statens indflydelse til et minimum, haft tendenser til at skabe kaos eller anarki.

Medens Marx har set magten som et resultat af økonomiske kræfter, der skyldes en egoistisk udnyttelse af ejendomsretten til produktionsmidlerne, har liberalismen set magten som et resultat af statens undertrykkelse af individernes frihed. De nymarxistiske teorier, som er fremsat af Habermas og Teubner, forsøger at løse socialismens dilemma ved at forene den økonomiske og den politiske synsvinkel og kombinere den økonomiske og politiske magt med lighed og frihed gennem »kommunikation«, »samtale«. Bag disse idéer ligger i praksis tilslutningen til et »nærdemokratisk« system (participation), som lægger beslutningerne ud til de berørte samfundsinteresser.

En sådan model har været forsøgt realiseret i Jugoslavien, hvor man overlod produktionsmidlerne til arbejdernes selvforvaltning. Resultatet blev det uheldige, at den enkelte virksomhed udbetalte hele sit overskud som lønninger til de ansatte, således at der ikke blev foretaget de nødvendige investeringer eller taget hensyn til »samfundets« interesser. I første omgang indførte man lokal partikontrol for at løse dette dilemma, men opnåede ikke hensyntagen til de regionale interesser, hvorefter man måtte indføre regional kontrol, og senere forbundskontrol.

Det samlede resultat af dette »kommunikative« eksperiment har været utilfredsstillende, idet det ikke har løst hverken behovet for effektivitet eller frihed. De erfaringer, som er gjort her i landet, hvor »nærdemokratiske« modeller er blevet afprøvet, nemlig ved styrelsen af de højere uddannelsesinstitutioner, har på samme måde vist, at man ikke kan forvente, at de lokale og »interne« interesser vil tage hensyn til samfundets og de »eksterne« interesser. Heller ikke den danske andelsbevægelse, som til dels har været bygget op på beslægtede idéer, har kunnet tage konkurrencen op med det »kapitalistiske« marked.

Årsagerne hertil må søges i den »idealistiske« forudsætning, som også lå bag oplysningstidens »demokratiske« teori: At politiske beslutninger er resultatet af en »fornuftig debat blandt oplyste personer«. En tilsvarende »idealistisk« forudsætning lå bag den økonomiske liberalisme, som grundlagdes af *Adam Smith* (1723-1790). Når Smith kunne tro på, at de enkelte menneskers egoistiske stræben ville føre til samfundets gavn, hang det sammen med troen på »den usynlige hånd«. Nyere forskning har påvist, at denne teori var en påvirkning fra den rationalistiske naturteori og dens tro på menneskets sociale natur (zoon politikon).

Udviklingen i slutningen af det 19. århundrede dementerede imidlertid begge disse forudsætninger og gjorde det klart, at politiske beslutninger ikke er resultatet af en »fornuftig debat« men af en »kamp mellem interesser«, og at retsreglerne er mødestedet mellem disse. Mennesket er ikke blot – og måske ikke engang fortrinsvis – et fornuftsvæsen eller et socialt væsen. Enhver sam-

fundsteori, som bygger på disse forudsætninger, ender i tyranni eller anarki. Den første derved at man fortrænger bevidstheden om menneskets interesser, den sidstnævnte derved at man fortrænger bevidstheden om menneskets egoisme.

De protestantiske lande har i socialliberalismens navn skabt en tredje model: »velfærdsstaten«, hvorved man med markedsøkonomien som grundlag ud fra troen på lovgivningens muligheder for at styre samfundet har opbygget en betydelig administrativ lovgivning og et tilsvarende bureaukrati til en »ligelig« fordeling af samfundets goder. Erfaringen har også her vist, at den »offentlige« og den »private« magt har allieret sig og dannet såkaldte blandede »korporationer«, der har udøvet en faktisk samfundsmagt med tilsidesættelse af samfundets interesser og de enkelte individers »rettigheder«. Den såkaldte »privatiseringspolitik« går primært ud på at indføre mekanismer, som sikrer, at de offentlige institutioner og korporationer ser deres interesse i at tage hensyn til samfundets og de »eksterne« individers interesser. Forslaget om at overlade ansvaret for finansiering og administration af dagpengeområdet til arbejdsmarkedets parter er f.eks. et forsøg på at motivere erhvervsorganisationerne til at aftale et lønniveau, som begrænser arbejdsløsheden mest muligt.

Det er sikrest at gå ud fra, at mennesket både er egoistisk og altruistisk, og at det ledes både af fornuft og interesser. Derfor er markedsøkonomien bedst til på én gang at varetage hensynet til effektiviteten og friheden (den kommutative retfærdighed) og lovgivningen til at varetage hensynet til ligheden og den sociale moral (den distributive retfærdighed). Skattelovgivningen må indrettes efter hensynet til mest effektivt at finansiere den offentlige sektor, medens sociallovgivningen i videste forstand må indrettes på at tilvejebringe størst muligt »velfærd«. Tiden er løbet fra de »integrerede« modeller, som f.eks. »socialdemokratismen«, som tilstræber en løsning på samtlige grundproblemer gennem den statslige styring af den økonomiske virksomhed efter moralske principper, skattepolitikken ud fra »ulighedsprincippet« (progressionen) og velfærdspolitikken gennem offentlige institutioner, der vel fordeler velfærd efter behov, men betragter

denne funktion mere som et middel end som et mål for institutionen.

Ligesom de nærdemokratiske styringssystemer begunstiger de »lokale« (interne) interesser på helhedens bekostning, begunstiger den »bureaukratiske« model bureaukратиets interesser på bekostning af »klienternes« og »samfundets interesser«. Menneskene er både egoistiske og fornuftige og vil på den ene side opportunistisk maksimere fordelene ved styringssystemet, på den anden side med et stigende samfundstryk kortslutte de forskellige dele af reguleringssystemerne. »Civil disobedience« og »modstandsret« udgør en risiko for rets- og samfundssystemets sammenbrud, hvis tilstrækkeligt mange efterhånden mister tilliden til systemet og frygten for sanktioner. I så fald foreligger en revolutionær situation, som er udmøntet i »borgerlige revolutioner« i Øst, og en stigende »sort økonomi« og despekt for andre dele af styringsreglerne.

At retsreglerne ikke fornuftigvis kan forpligte nogen til det umulige har man altid vidst (*impossibilia nullum est obligatio*), heller ikke til noget som ikke kan sanktioneres eller ønskes sanktioneret. På den anden side er det ikke undertrykkelsen i sig selv, der fremkalder oprør, men følelsen af at det er en »uretfærdighed«, sagde Thukydide (o. 456-396 f.Kr.).

Konklusioner

Konklusionen af det foregående er, at vi må fastholde den realistiske erkendelsesteori, som forudsætter, at virkeligheden eksisterer forud for og uafhængig af vor erkendelse. Hvis vi ikke gør det, vil vi miste forbindelsen med og kontrollen over realiteterne og ende som tidligere tiders retsteori i virkelighedsfjerne spekulationer og automatiske deduktioner fra tomme begrebssystemer. Vel er det vigtigt at konstruere klare og præcise begreber, som kan være fintsllebne redskaber for den retlige teknik, men netop deres karakter af redskaber gør det nødvendigt at tilpasse dem til løsning af praktiske opgaver.

Det springende punkt i en realistisk erkendelsesteori er imidlertid sanseerfaringernes omsætning til sproglige begreber. Når vi anerkender den forudsætning, at virkeligheden ikke er »fornuftig«, idet den ikke er struktureret på forhånd i en logisk og sproglig form, må vi »kvalificere« disse sanseindtryk til sproget, som repræsenterer virkeligheden i bevidsthedens bearbejdelse. Vi går ud fra, at tanker og sprog er to sider af samme sag, idet grundlaget for begge er begreber, d.v.s. formelle strukturer, som isolerer visse begrebselementer fra den ubegrænsede virkelighed for derved at gøre det muligt gennem denne generalisering at finde »det evige i det foranderlige«. Ved på denne måde at dele virkeligheden op i fraktioner og perspektiver reducerer vi den til formelle relationer, men gør den på den anden side forudsigelig.

Bevidstheden opererer med to typer af begreber: Almenbegrebet, som defineres, idet begrebselementernes antal og relationer bestemmes entydigt, og typebegrebet, som blot angiver begrebselementerne uden at præcisere antal og relationer. Almenbegreber er særligt velegnet til videnskabelige formål, idet de tillader sikre og hurtige slutninger, mens typebegrebet er velegnet til dagligsprogets mindre præcise, men »meningsfyldte« formål. Sproget har derfor en »overskudsbetydning«, der gør det muligt at operere med et begrænset antal ord; til gengæld kan de enkelte ord

»fortolkes«, idet de har flere mulige betydninger alt efter syntaks og kontekst.

Vi har forudsat, at denne egenskab ved sproget støtter den opfattelse, at vore erfaringer gøres »begribelige« derved, at de sammenlignes med de begreber, som vi kender, hvorefter de nye erfaringer ved analogi henføres til det begreb, som vi finder, de ligner mest. Vor erfaring er altså primært induktiv, men dette betyder ikke, at sproget er et konventionelt signalsystem, men beror på en almenmenneskelig »sprog-evne«, som indeholder både en dybde- og en overfladestruktur, og som en del af vort sanseapparat må være »nyttigt«, d.v.s. kunne anvendes på virkeligheden.

Selvom sprogevnens altså er en del af vort samlede erkendelsesapparat og dermed er afhængig af »biologiske« og »intuitive« processer, er det ikke tilstrækkeligt til at henvise hele den sproglige kvalifikationsproces til intuitionen eller common sense, idet man herved ville unddrage sproganvendelsen – og dermed videnskaben – enhver rationel kontrol. Videnskaben skal vel respektere realitetsprincippet, men må heller ikke ignorere rationalitetsprincippet.

En realistisk retsteori kan ikke som Alf Ross' teori gå ud fra, at retsvidenskabelige påstande kan verificeres, d.v.s. påvise fænomener i omverdenen som objektivt svarer til påstandens indhold (har »semantisk referens«). Det er ikke muligt at beskrive virkeligheden i et objektivt sprog, og det er derfor ikke muligt, som Ross gør det, at sondre skarpt mellem beskrivelse og vurdering. Denne omstændighed understreges af, at det retlige sprog nødvendigvis må udtrykkes i dagligdags ord og begreber, idet rettens formål er at påvirke den sociale virkelighed. Rettens sprog må derfor fortrinsvis anvende typebegreber, som er åbne for fortolkning; når man skal fastlægge den typiske mening, må man med nødvendighed søge vejledning i de formål, som enten bevidst eller ubevidst er indlagt i reglen, og sammenligne med de praktiske virkninger, som de forskellige tolkninger fører til. Teleologiske og pragmatiske elementer må derfor med nødvendighed indgå i den juridiske tolkning og den juridiske kvalifikation af fakta, som er to sider af samme sag.

Når vi går ud fra, at retsvidenskaben i dens traditionelle form, den dogmatiske, er en praktisk og tolkende videnskab, og ikke en teoretisk og beskrivende videnskab, er det på den anden side klart, at der ikke er nogen principiel forskel på fortolkning af retskilderne og retsanvendelsen. Den første aktivitet konkretiserer de generelle regler i hypotetiske typetilfælde, den anden kvalificerer faktiske sagforhold i retlige begreber i forhold til et normativt system. Den dogmatiske tolkning og den retlige slutning er blot afslutningen på en psykologisk motivationsproces bestående af vurderinger og analogier, men som retfærdiggøres i form af en sproglig syllogisme, som viser, at det er muligt at indpasse tilfældet i det normative system.

Retsdogmatikken er altså en praktisk og tolkende videnskab, hvilket er fælles med de humanistiske og teologiske videnskaber. Retsvidenskaben er også en samfundsvidenskab, idet dens tolkninger dels er normative, dels vedrører den tilsigtede påvirkning af virkeligheden. Retsdogmatikken kan derfor ikke adskilles fra denne virkelighed: den historiske, den kulturelle, den ideologiske og den politiske virkelighed, idet denne er udgangspunktet for den tolkning og beskrivelse, som retsvidenskaben og retsanvendelsen i videste forstand tager sigte på. Det er den samlede »forståelseshorisont«. På de enkelte retsområder må man tage sit udgangspunkt i de retlige principper, som ligger bag de enkelte retsinstitutter, og ved beskrivelsen og anvendelsen af retten må man gå ud fra de almindelige principper, som styrer den vestlige civilisation: individualisme, privatautonomi, demokrati, »rule of law«, retfærdighed og rimelighed.

Det er en konsekvens af vor forkastelse af den logiske empirisme, at det bliver muligt igen at anvende begrebet »retfærdighed«, som fra antikken har behersket rets- og moralfilosofien. Retfærdigheden har altid haft en bestemt logisk struktur, men forskelligt indhold efter den historiske virkelighed. På samme måde kan vi anvende begrebet »billighed« og »rimelighed« som udtryk for den indsigt, som antikken også gjorde opmærksom på, at anvendelse af generelle regler altid medfører problemer i de enkelte afgrænsninger (»summa ius summa injuria«).

Retsdogmatikken er altså ikke »konstruktiv« i den forstand, at den udelukkende anvender rationelle og logiske metoder. Dens opgave er derfor heller ikke blot at anvende de principper, som styrer et retsinstitut som helhed, ved løsningen af praktiske detailspørgsmål. De »almindelige principper« eller »idéerne«, som styrede den rationalistiske naturretsteori og begrebsjuraen, er ikke tilstrækkelige redskaber for dogmatikken, der må inddrage overvejelser over virkelighedens krav og risiko. Dette må ske på baggrund af teleologiske og pragmatiske overvejelser set i forhold til kravet om retssikkerhed – som er en retlig grundværdi, idet den bygger på forudsælgelighed – og den formelle retfærdighed (»lige tilfælde skal behandles lige ud fra en almindelig regel«).

Den mest subsidiaire retskilde er derfor »forholdets natur«, der tilsigter at afgøre konkrete konflikter ud fra hensynet til den konkrete retfærdighed, men således at afgørelsen kan tjene som mønster for fremtidige afgørelser. Det er også derfor, retspraksis faktisk er en vigtig »retskilde«. Dogmatikken bliver også en vigtig vejledning for retspraksis, såfremt den ikke nøjes med en systematisk registrering, men påtager sig ud fra sin tids samlede erfaringer, teoretiske som praktiske, at skabe nye modeller og figurer for fremtidige problemløsninger. Retsvidenskaben er på den måde »kreativ«, men denne kreativitet forudsætter en teoretisk analyse, et bevidst forhold til filosofi, ideologi og faktiske livsforhold, hvis den ikke skal udvikle en principløs og ateoretisk realisme.

Ligesom videnskaben til enhver tid er knyttet til sine egne erfaringer, forudsætninger og begrænsningen i sin indsigt, er retsvidenskaben til enhver tid begrænset og knyttet til sin tids almene videnskab, dens retning og dens metoder, og dermed også til dens terminologi. Videnskabens rigtighed bestemmes derfor til enhver tid af videnskabens bedste indsigt og udøvernes konsensus. Således er retsvidenskaben også »pragmatisk«, idet sandhedskriterierne afhænger af udøvernes erfarings- og forståelseshorisont. Retsteoriene er derfor oftest knyttet til de problemer, som for tiden er mest aktuelle, og som derfor »hypostaseres« til videnskabens kriterium. Rettens funktioner: statuskonstatering, konflikt-

løsning og styring, tages derfor oftest som model eller analogi for retsfilosofien og retsteorien. Sædvanen bliver den vigtigste model for førstatalige samfund, befalingsteorien for enevældige stater, kontraktmodellen for liberale stater, og styringsmodellen for velfærdsstaten. I nutidens pluralistiske samfund anerkender vi pluralistiske modeller for retsteorien. Vi anerkender, at der er flere retsvidenskaber end de dogmatiske, og at disse »komparative« (retshistorie, retssammenligning), sociologiske (retssociologi) og politiske (retspolitik) videnskaber må anvende andre metoder end dogmatikken.

Den dogmatiske retsvidenskab er en gammel videnskab, hvis rødder går tilbage til antikkens retorik og fortolkningsvidenskab. Den er både konkretiserende og generaliserende, for såvidt som den henholdsvis analyserer og systematiserer principper og argumenter for løsning af konkrete retstilfælde og fremhæver behovet for anvendelsen af regler til denne opgave. Over for naturvidenskabens generaliseringer af erfaringer i årsagslove fremhæver retsvidenskaben betydningen af generaliseringer i form af normative love. Over for samfundsvidenskabernes fremadrettede konsekvensvurderinger understreger retsvidenskaben betydningen af bagudrettede normative vurderinger.

Over for samfundsvidenskabens funktionelle ræsonnementer vil retsvidenskaben fremhæve den retlige funktion som en vigtig faktor i planlægningen og administrationen af samfundets interesser. Mod retsøkonomiske og andre »refleksive« systemteorier må man indvende, at den økonomiske rationalitet, og det gælder både den markedsøkonomiske og den samfundsøkonomiske, ikke er den eneste, og at både hensynet til retssikkerheden og andre værdier kan føre til løsninger på samfundsproblemer, som afviger fra den økonomiske effektivitet, og som derfor heller ikke kan tages som en eksklusiv model for retsdogmatikkens argumentation. Overfor de almindelige retssociologiske systemteorier er det vigtigt at fastholde det normative element i retten contra systemtilpasningen, idet andre hensyn i form af ideologiske eller moralske principper kan anføres til støtte for rettens normative element. Af principielle grunde kan man f.eks. fastholde et for

bud mod eutanasi, selvom det ikke kan rationaliseres med økonomiske eller andre effektivitetshensyn.

Det er svært at sige, hvilke konsekvenser det vil få for retsdogmatik og retspraksis, at man må sidestille tolkningen af det retlige materiale med beskrivelsen af de retlige fakta. Den hidtidige udvikling i nyere retspraksis tyder dog på, at man føler sig friere stillet i valget og vægtningen af sine argumenter, og at man tillige er mere åben og eksplicit i anvendelsen af normative og pragmatisk argumenter.

Litteratur

I. Egne arbejder

A. Bøger

Fire obligationsretlige afhandlinger, Juristforbundets Forlag, Kbh. 1965. 164 s. (Genoptr. 1987 og 1989).

Træk af privatrettens udvikling og systematik + Systematik, begreber, metode, i: Acta Jutlandica XXXVIII:I, Samfundsvidenskabelig Serie 12, 1966. (Også i Tfr 1966 og i Vertrag und Recht, 1968: Entwicklung und Methode des Privatrechts).

Vertrag und Recht, Juristforbundets Forlag, Kbh. 1968. 158 s.

Ret og samfund, Berlingske Forlag, Kbh. 1970. 136 s. (Genoptr. 1989).

Erstatning for personskade og tab af forsørger (3. udg. 1972).

Lovmål og dom, Juristforbundets Forlag, Kbh. 1975. 127 s.

Retspositivisme og naturret, udg. af Acta Jutlandica XLVI, Samfundsvidenskabelig Serie 13, 1977. 31 s.

Values in Law : Ideas, Principles and Rules, Juristforbundets Forlag, Kbh. 1978. 176 s.

Ethik und Gerechtigkeit : zwei historisch-rechtstheoretische Vorlesungen, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1980. 47 s.

Pluralis Juris, Acta Jutlandica XLVI, Samfundsvidenskabelig Serie 14, 1982. 57 s.

Reason and Reality, Acta Jutlandica LXII, Samfundsvidenskabelig Serie 17, 1986. 159 s.

Den danske kongemagt og dens fødsel, Universitetsforlaget, Århus 1987. 66 s.

Fragments of Legal Cognition, Universitetsforlaget, Århus 1988. 60 s.

B. Artikler

Kausalitetsspørgsmål i erstatningsretten, i: UfR 1953B, s. 33-49 og 225-228.

Årsagsproblemer i forbindelse med personskade, NFT 1960, s. 185-199.

Skærpet erstatningsansvar, i: UfR 1961B, s. 81-96. (Også i *Scandinavian Studies in Law 1963: Towards Strict Liability*).

Spredte bemærkninger om adækvans, i: *Juristen* 1961, s. 195-206.

Naturaleksektion, i: UfR 1962B, s. 165-179. (Også i *Jussens Venner* 1964, nr. 1 og i *Fire obligationsretlige afhandlinger*, 1965, under samme titel).

Forudsætning og mangel, i: UfR 1963B, s. 157-176. (Også i *Fire obligationsretlige afhandlinger*, 1965, under samme titel).

Aftalelov og acceptfrist, i: UfR 1963B, s. 285-299. (Også i *Fire obligationsretlige afhandlinger*, 1965, under samme titel).

Erstatningsrettens udvikling, i: *Juristen* 1963, s. 301-310.

Misligholdelse, i: *Tidsskrift for rettsvitenskap (Tfr)* 1964, s. 449-503. (Også i *Fire obligationsretlige afhandlinger*, 1965, under samme titel).

Aftalen som form, i: *Tfr* 1965, s. 400-431. (Også i *Scandinavian Studies in Law 1966: Contract as Form*, i *Vertrag und Recht*, 1968: *Der Vertrag als Form*, og i *genoptr. af Fire obligationsretlige afhandlinger*, 1966).

Træk af de retlige ideers historie i komparativ belysning, i: UfR 1967B, s. 153-164. (Også i *Vertrag und Recht*, 1968: *Auszüge aus der Geschichte der rechtlichen Ideen in komparativer Beleuchtung*).

Grotius' kontraktslære, i: *Tfr* 1967, s. 457-473. (Også i *Vertrag und Recht*, 1968: *Die Lehre des Grotius vom Vertrag*, i *Scandinavian Studies in Law*, vol. 13, 1969 og i *Values in Law*, 1978).

Fuldmagtsproblemer, i: *Juristen* 1968, s. 401-429.

Rudolf v. Jhering og nordisk retsvidenskab, i: UfR 1968B, s. 245-249. (Også i *Jherings Erbe*, *Göttinger Symposion ...*, 1970: *Die Bedeutung Jherings für die neuere skandinavische Rechtslehre*, og i *Lovmål og dom*, 1975).

Erstatning og forsikring, i: NFT 1969, s. 15-36.

Argumentation and Decision, i: *Festskrift til Alf Ross*, 1969, s. 261-284. (Også i *Lovmål og dom*, 1975 og i *Values in Law*, 1978).

- Typologi og realisme, i: Festskrift til Carl Jacob Arnholtz, 1969, s. 143-163. (Også i *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1971: *Typologie und Realismus*, og i *Lovmål og dom*, 1975).
- Grundzüge der Entwicklung der skandinavischen Rechtswissenschaft, i: *Juristenzeitung* 1970, s. 529-535.
- Modstandsret og ungdomsoprør, i *Tfr* 1970, s. 198-208.
- Norm og virkelighed, i: *Tfr* 1970, s. 484-503. (Også i *Rechtstheorie* 1971: *Norm und Wirklichkeit*, og i *Lovmål og dom*, 1975).
- Grundtræk af de danske retskilders historie, i: *Tfr* 1971, s. 201-210. (Også i: *Revue internationale de droit comparé* 1971: *Les traits principaux de l'évolution des sources du droit danois*).
- Die rechtliche Lage des Menschen in einem ständig wechselnden gesellschaftlichen Modell, i: *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, vol. 23, 1972, s. 213-228.
- Ideologi og retsvidenskab, i: *Juristen* 1973, s. 180-191. (Også i *Det lærde Selskabs Publikationsserie* 1973, hæfte 3, i *Scandinavian Studies in Law* 1974: *Ideology and Science*, i *Lovmål og dom*, 1975, og i *Values in Law*, 1978).
- Hermeneutik og fortolkning, i: *Tfr* 1973, s. 626-636. (Også i *Lovmål og dom*, 1975).
- Symmetri og retfærdighed, i: *Det lærde Selskabs Publikationsserie*. Ny serie, Århus 1975, hæfte 7-8, s. 50 ff. (Også i *Festschrift für Legaz Lacambra*, 1977, i *Ethik und Gerechtigkeit*, 1980: *Symmetrie und Gerechtigkeit*, i *Lovmål og dom*, 1975, og i *Values in Law*, 1978).
- En modern samhällsfilosofi, i: *Svensk Tidskrift*, årg. 63, 1976, s. 238-245. (Også i *Udfordringer*, 1976).
- Idealisme og realisme i retslæren, i: *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (JFT)* 1976, s. 129.
- Retsmisbrug, i: *Lov og rett* 1977, s. 177-185.
- Naturret i nutiden, i: *Uppsalaskolan och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium*, Uppsala 23-26 maj 1977, Uppsala 1978, s. 53-62, *Values in Law*, 1978 – *Natural Law today*.

- Ejendomsrettens begreb, i: Festskrift till Per Stjernquist, 1978, s. 29-42.
- Doctrines in Strict Law in Scandinavia (Comparative Legal Doctrines), i: The Unity of Strict Law : A Comparative Study, 1978, s. 199-214.
- Retsafgørelsen og dens begrundelse, i: JFT 1979, hæfte 3-4, s. 317-338.
- Über die allgemeine Rechtslehre in Dänemark, i: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft N.F. nr. 13, 1980, s. 25-33.
- Demokratie und Völkerbewegung, i: Filosofia del Derecho y Filosofia Politica, vol. II, Mexico 1981, s. 83-105.
- Johs. Andenæs og almenpræventionen, i: Festskrift til Johs. Andenæs, Oslo 1982, s. 177-184.
- Does Reality Exist?, i: Festschrift für Karl Larenz, 1983, s. 291-301. (Også i Reason and Reality, 1986).
- Pluralis Juris, i: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 20: Hermeneutik und Strukturtheorie des Rechts, s. 13-1984. (Også i Theory of Legal Science (eds. A. Peczenik et al.), 1984 og i Reason and Reality, 1986).
- Moral und Effektivitt, i: Theorie der Normen – Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin 1984, s. 119-135. (Også i Reason and Reality, 1986: Effectiveness and Morality).
- Grundnorm und Paradox, i: Rechtstheorie, Beiheft 5: Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, 1984, s. 179-191. (Også i Reason and Reality, 1986: Basic Norm and Paradox).
- Contract as a Social Form of Life, i: Rechtstheorie, 1985, 16, s. 201-216. (Også i Reason and Reality, 1986).
- Kvalitetskriterier i retsvidenskaben, i: Arbejdsretligt tidsskrift, 1985, s. 246-250.
- Status og kontrakt som model for samfundets organisation, i: »Skabelse, udvikling, samfund : en forelæsningsrække«, Det lærde Selskab, Acta Jutlandica LX, Samfundsvidenskabelig Serie 16, 1985, s. 163-174.

Versuche dezentraler Steuerung in Skandinavien, i: HiMoN, Bielefeld, 1985, s. 23-37.

Demokratiets dilemma, i: Festskrift til Torstein Eckhoff, 1986, s. 402-416. (Også i Reason and Reality, 1986: The Crisis of Democracy).

Erstatning og udvikling, i: Svensk Juristtidning 1986, s. 477-488.

Scandinavian Legal Philosophy, i: Rechtstheorie, Beiheft 9, 1986, s. 289-304. (Også i Reason and Reality, 1986).

What is Law, i: Legal Pluralism, Canberra 1986, s. 17-31. (Også i Reason and Reality, 1986).

Ret og religion, i: Lov, dom og bok, Festskrift til Sjur Brækhus, 1988, s. 269-275.

Individual Rights and Contract : Freedom and Reciprocity in Contract Law, i: Washington University Law Quarterly 1987, vol. 65, s. 722-731.

Philosophy of Life and Ideology : who are we?, i: Festschrift in Honor of Edgar Bodenheimer, U.C. Davis Law Review 1988, vol. 21, s. 989-999.

Rettens grænser, i: Juristen 1988, s. 350-356.

Retsdogmatikkens tilstand, i: Juristen, 1989, s. 196-202.

Limits of Law, i: Rechtstheorie, Beiheft 12, 1990.

Fragment und Ganzheit in der juristischen Methode, i: Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 1990, 57-68.

II. Anden litteratur

Aarnio, Aulis, Philosophical Perspectives in Jurisprudence, 1983.

Anners, Erik, Den europeiske rettens historie, 1983.

Bentzon, Viggo, Skøn og Regel, 1914.

Bjarup, Jes, Skandinavisk Realismus, 1978.

Bjarup, Jes, Reason, Emotion and the Law : Studies in the Philosophy of Axel Hägerström, 1982.

Brorly, E., Retskilderne i praksis, i: Justitia 1986, nr. 3.

- Christensen, Bent*, Domstolene og lovgivningsmagten, i: UfR 1990B, s. 73.
- Coase, R.H.*, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics, 1960, s. 51.
- Cohen, Felix S.*, Field Theory and Judicial Logic, The Yale Law Journal, 1950, s. 238 ff.
- Coing, Helmuth*, Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehre der allgemeinen Hermeneutik, 1959.
- Dalberg-Larsen, J.*, Lovene og livet, 1990.
- Dalberg-Larsen, J.*, Retsvidenskaben som samfundsvidenskab, 1977.
- Dreier, Ralf und Wolfgang Sellert (Hrsg.)*, Recht und Justiz im »Dritten Reich«, 1989.
- Dworkin, Ronald*, Laws Empire, 1986.
- Eckhoff, Torstein*, Rettsvesen og rettsvitenskap i USA, 1953.
- Eckhoff, T.*, Rettskildelære (1971).
- Eckhoff, T. og K. Sundby*, Rettssystemer, 1976.
- Engisch, Karl*, Die Idee der Konkretisierung, 1953.
- Esser, Joseph*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Rechts, 1956.
- Esser, Joseph*, Vorverständnisse und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970.
- v. *Eyben, W.E.*, Straffudmåling, 1950.
- v. *Eyben, W.E.*, Bevis, 1986.
- v. *Eyben, W.E.*, Juridisk Grundbog 1, Retskilderne, 1988.
- Fenger, Ole*, Fejde og mandebod, 1971.
- Fenger, Ole*, Romerret i Norden, 1977.
- Fenger, Ole og Stig Jørgensen (red.)*, Skabelse, udvikling og samfund, Acta Jutlandica LX, Samf.serie 16, 1985.
- Gadamer, H.G.*, Wahrheit und Methode, 2. udg., 1965.
- Habermas, Jürgen*, Erkenntnis und Interesse, 1968.
- Habermas, Jürgen*, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984.
- Hart, H. and A. Honoré*, Causation in Law, 1959.
- Hart, H.*, The Concept of Law, 1961.
- Hellner, Jan*, Rättsteori, 1988.

- Illum, Knud*, Lov og Ret, 1945.
- Jørgensen, Stig (red.)*, Symmetri i videnskaberne, Det lærde Selskabs Publ. (ny serie), 7-8, 1975.
- Kaufmann, A.*, Rechtswissenschaft in der Nach-Neuzeit, 1990.
- Kelsen, Hans*, General Theory of Law and State, 1945.
- Krawietz, W.*, Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnis, 1978.
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967.
- Kuhn, Thomas*, The Structure of Scientific Revolution, 1967.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. udg., 1979.
- Lauridsen, P. Stuer*, Studier i retspolitisk argumentation, 1974.
- Lauridsen, P. Stuer*, Retslæren, 1977.
- Luhmann, Niklas*, Legitimation durch Verfahren, 1969.
- MacCormick, Neil and Ota Weinberger*, An Institutional Theory of Law, 1986.
- McBride, Leon*, The Essential Role of Models and Analogies in the Philosophy of Law, The New York University Law Review, 1968, s. 53.
- Makkonen, Kaarle*, Zur Problematik der juristischen Entscheidung, 1965.
- Olivecrona, Karl*, Law as Fact, 2. udg., 1971.
- Perelmann, Ch.*, Justice et Raison, 1963.
- Posner, R.*, Economic Analysis of Law, 2. bd., 1977.
- Rawls, John*, A Theory of Justice, 1971.
- Rheinstein, Max*, Die Rechtshonorationen und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1970, s. 1.
- Ross, A.*, Om Ret og Retfærdighed, 1953.
- Rüthers, Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung, 1968.
- Sandvik, Gudmund*, Europeisk retts historie i mellomalderen, i: Jussens Venner, h. 6/7, 1989.
- Stein, Peter and John Shand*, Legal Values in Western Society, 1974.

- Strömholm, Stig*, Rätt, rättskällor och rättstillämpning, 3. udg., 1988.
- Strömholm, Stig*, A Short History of Legal Thinking in the West, 1985.
- Teubner, G.*, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, Law and Society Law Review, vol. 17, 1983, s. 239 ff.
- Verdross, A.*, Statisches und dynamisches Naturrecht, 1971.
- Viehweg, Th.*, Topik und Jurisprudenz, 1953.
- Wesel, Uwe*, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, 1985.
- Wieacker, F.*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. udg., 1967.
- Wieacker, F.*, Voraussetzungen europäischer Rechtskultur, 1985.
- Wittgenstein, L.*, Philosophical Investigations, 1953.
- Wittgenstein, L.*, Tractatus Logico-Philosophicus, 1922.
- Aarbakke, M.*, Harmonisering af Rettskilder, TfR 1966.501.