

Juridisk Forskning



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2002

Forord

I midten af 1980'erne steg kravene til de institutioner, som varetog juridiske uddannelser – som det f.eks. kom til udtryk ved etableringen af erhvervsjurauddannelsen.

Handelshøjskolen i Århus forsøgte at leve op til denne udfordring bl.a. ved at gennemføre et uddannelsesprogram for yngre forskere, som ønskede at kvalificere sig til ansættelse ved en læreanstalt. Således blev der i perioden august 1986 til januar 1988 afholdt en seminarække over forskellige emner af almen betydning for juridisk forskning.

Der udtryktes fra flere sider ønske om, at resultaterne af disse seminarer gjordes tilgængelige for en videre kreds. Dette skete i 1988 med skriftet *Juridisk Forskning*, der tillige medtog et materiale, som indgik i seminarerne, og som tidligere var offentliggjort i anden sammenhæng. Det drejer sig om en række artikler angående de kvalitetskriterier, som danner basis for bedømmelse af videnskabelige arbejder. Artiklerne er centrale for enhver forskerstuderende. De belyser ikke blot de synspunkter, som bør være retningsgivende for et forskningsarbejde, men også de forskellige indfaldsvinkler, som forskellige seniorforskere kan have på sådanne arbejder.

Skriftet er siden blevet anvendt rundt omkring ved de institutioner, der har gennemført en forskeruddannelse. Med den moderne teknologi har det imidlertid været naturligt at publicere en ny, opdateret og suppleret udgave elektronisk gennem Jurist- og Økonomforbundets Forlag. Dette sker med nærværende.

De respektive forfattere takkes for deres bidrag til videreførelse af publikationen.

Humblebæk i februar 2002
Ole Hasselbalch

Indholdsfortegnelse

Professor, jur.dr. Karl Olivecrona, <i>Docentbetyg eller icke</i> , Svensk Juristtidning 1963	3
Professor, jur.dr. Jan Hellner, <i>Kvalitetskriterier i rättsvetenskapen</i> , Arbejdsretligt Tidsskrift 1985	9
Professor, dr.jur. Stig Jørgensen, <i>Kvalitetskriterier i rettsvidenskaben</i> , Arbejdsretligt Tidsskrift 1985	18
Fhv. retspræsident, professor emeritus, jur.dr. Antti Suviranta, <i>Om kvalitetskriterier i rättsvetenskapen</i> , Arbejdsretligt Tidsskrift 1985, opdateret 2001	27
Professor et h.c., jur.dr. Ole Hasselbalch, <i>Kvalitetskriterier i rettsvidenskaben</i> , forelæsning på forskerkursus i Smögen 1999	34
Professor, dr.juris Asbjørn Kjøenstad, <i>Noen synspunkter på rettsdogmatisk forskning</i> , Arbejdsretligt Tidsskrift 1985	49
Professor et h.c., jur.dr. Ole Hasselbalch, <i>Typiske evalueringskriterier for rettsdogmatiske arbejder</i> , en oversigt (2001)	64
Professor et h.c., jur.dr. Ole Hasselbalch, <i>Praktisk forsknings- arbejde</i> (1988)	69
Professor, dr.jur. Jørgen Dalberg-Larsen, <i>Rettssociologiske indslag i afhandlinger med andet primært sigte</i> (1988)	76
Professor, dr.jur. Ole Lando, <i>Komparativ ret i juridiske afhandlinger</i> (2001)	83
Professor, dr.jur. Ditlev Tamm, <i>Retshistoriske indslag i afhandlinger med andet primært sigte</i> (1988)	96

Docentbetyg eller icke

af professor, jur.dr. Karl Olivecrona

Docentbetyg eller icke?

Bedömandet av akademiska avhandlingar är en av de svåraste och viktigaste uppgifter som en fakultet vid ett universitet har att fullgöra. När resultatet av en doktorands kanske mångåriga möda skall betygsättas, är det icke blott så, att hans eget öde skall avgöras. Betygsättningen följes med spänd uppmärksamhet i intresserade kretsar, främst bland de andra doktoranderna och bland dem som ha mer eller mindre bestämda planer på att skriva en avhandling. Allteftersom bedömandet ger intryck av rättvisa och saklighet eller icke, stimuleras eller nedslås arbetsglädjen, resp. lockas eller avskräckas begåvade unga studenter att slå in på den vetenskapliga banan.

I sitt yttrande över universitetsberedningens betänkande angående forskningsvillkor och behov (SOU 1959: 45) uttalade statens råd för samhällsforskning bl. a. följande:

»Efter fyra eller fem års idogt arbete kan den unge forskaren få det beskedet, att han icke är lämpad för den akademiska banan. En objektiv bedömning av hans arbetsresultat försvåras genom att olika uppfattningar av vetenskaplig metod och vetenskapens syfte råder – vad den ene professorn anser riktigt och värdefullt godtages ej av en annan. Dessa nackdelar gör sig av olika skäl, delvis berörda nedan, särskilt märkbara inom de juridiska fakulteterna.«

Uttalandet träffar otvivelaktigt rätt. Det bedömande av akademiska avhandlingar och specimina för lärarbefattningar som nu äger rum vid våra juridiska fakulteter är så växlande, att det måste inge, och faktiskt inger, de yngre forskarna en stark känsla av osäkerhet. Att detta måste ha menlig inverkan på forskarrekyteringen är uppenbart. Visserligen måste det alltid bli något av ett äventyr att ge sig in på den vetenskapliga banan, ty man vet icke på förhand vad man kan uträtta på det området. Men den osäkerhet som nu råder synes mig vara större än nödvändigt.

Det aktuella läget sammanhänger med de meningsskiljaktigheter som finnas angående rättsvetenskapens uppgifter och metoder. Rättsvetenskapen befinner sig i ett jämsningstillstånd; de gamla begreppen och metoderna ha underkastats en hårdhänt kritik från olika håll utan att någon ny syn och några nya principer

stadgat sig och vunnit allmänt erkännande. Somliga hålla mer eller mindre bestämt fast vid den klassiska uppfattningen och bedöma arbetena därefter; vad som faller utanför den traditionella ramen har ringa utsikt att vinna erkännande. Andra anse den s. k. teleologiska metoden vara den enda riktiga; vad som då uppskattas blir lämplighetstöverväganden i tillämpningsfrågor. Andra åter hylla en mer eller mindre klart fattad »sociologisk« metod o. s. v. Härigenom kommer det att bli helt olika bedömningsnormer som appliceras av olika granskare och bedömandet kan bli mycket ensidigt.

Närmast gäller det, såvitt överhuvudtaget möjligt, att eliminera det inflytande som meningsmotsättningarna i de grundläggande frågorna ha på bedömandet. Men hur skall detta ske? Kan man göra någonting för den saken? Jag tror det är tänkbart. Allmänt hållna proklamationer äro värdelösa. Däremot skulle mycket vara vunnet, om man i huvudsak kunde enas om en viss *metod* för bedömandet.

En genomtänkt metod är helt enkelt nödvändig för att bedömandet skall kunna bli någorlunda enhetligt. Eljest blir än den ena, än den andra synpunkten utslagsgivande.

Vad innebär då en metod för bedömandet? Den innebär att man ställer upp ett schema för frågor som alltid skola besvaras. Följer man ett sådant schema, får man en garanti för att *samma frågor ställas beträffande alla avhandlingar*. Endast om detta sker, kan man säga att bedömandet blir så likartat som möjligt är. Ställas olika frågor beträffande olika avhandlingar, bli resultaten icke jämförbara.

Hur skall man då utvälja de frågor som böra ställas? Svaret är att de böra hänföra sig till *allmänt erkända kriterier på vetenskapligt arbete*. De böra avse sådana egenskaper hos en avhandling som under alla omständigheter, oberoende av alla skilda skolor och åsiktsriktningar, äro väsentliga för ett arbetes kvalitet.

Vid uppgörandet av schemat kan man lämpligen ta de olika frågorna i den ordning, vari de naturligt erbjuda sig för betraktaren. Först ser man på *dispositionen*, sedan på *framställningssättet*. Därefter är det lämpligt att se till vilket *material* författaren använt. Sist kommer man till den största frågan: *bearbetningen*.

Granskningsarbetet kan alltså till en början uppdelas i dessa fyra huvudmoment. Inom vart och ett av dem har man sedan att ställa specificerade frågor.

I. Dispositionen

Beträffande dispositionen är att fråga om den är klar och följdriktig. Dispositionen bör täcka det ämne författaren vill undersöka. Avvägningen mellan olika partier bör vara gjord på ett av inre skäl motiverat sätt.

En ganska långt driven uppdelning i avdelningar och underavdelningar är önskvärd. Därigenom når man en viss garanti för att olika frågor hållas isär.

Frågan om dispositionen bör icke blott avse dispositionen i stort. Även dispositionen i detalj är viktig. Om uppdelningen i avsnitt är bra, så hindrar detta icke att framställningen inom särskilda avsnitt kan vara rörig. Inom varje särskilt avsnitt fordras en noggrann disposition för att framställningen skall bli redig och klar.

I detta sammanhang bör också förhållandet mellan text och noter observeras. Man finner icke alltför sällan att notapparaten är överbelastad; stundom står rentav det viktigaste i noter. Det är en svår prövning att läsa en framställning, där texten kanske upptar en tredjedel av sidan eller mindre, under det att resten av utrymmet fylls av noter, tryckta med petitstil, som äro nödvändiga för att man fullt skall kunna följa resonemanget. Ett dylikt sätt att skriva vittnar om bristande bearbetning. Noterna ha tydligen använts för att sätta in än det ena, än det andra som författaren kommit att tänka på. Man bör göra sig det besväret att skriva om sin framställning, till dess allt smälts in i ett löpande resonemang, som återfinnes i texten. Noter böra endast användas för hänvisningar till källor och litteratur samt (sparsamt) för upplysningar eller reflexioner som ligga vid sidan av tankegången. Har man behov att bryta gången av resonemanget för att lämna en del upplysningar om fakta, polemisera mot andra författare eller framlägga en speciell utredning, kan ett sådant parti lämpligen sättas i texten med mindre stil.

II. Framställningssättet

Framställningssättet är icke blott en rent »formell« fråga. »Det dunkelt sagda är det dunkelt tänkta.« Omvänt: någon rent formell klarhet finnes icke. Först om man arbetat sig fram till klarhet i tankarna, kan man skriva klart.

Självfallet bör var och en som vill nå doktorsgraden kunna skriva ett vårdat språk. Men därutöver kräves mycket mera av en vetenskaplig framställning. Den skall ge ett adekvat uttryck för författarens tankar.

Stor uppmärksamhet bör därför ägnas frågan huruvida författaren uttrycker sig exakt och begripligt eller ej. Man skall ha fullt tydligt besked om vad det är författaren vill säga. Helst bör det också presenteras i angenäm form.

III. Materialet

Här har man i första rummet att fråga hur författaren avgränsat sin materialsamling. Vilket material finns tillgängligt? Har det material som finnes blivit utnyttjat? I vad mån har författaren dragit fram nytt material? Har materialet varit lättillgängligt eller svårtillgängligt? Har det varit svårt att överblicka och

systematisera det? Har författaren tillgodogjort sig den litteratur som finnes på området?

Stundom hör man nedlåtande omdömen som detta om en avhandling: »det är ju bara en materialsamling«. Ej sällan förbises, att en materialsamling kan vara en betydande vetenskaplig prestation, eftersom det behövs kunskaper och skarpsinne redan för att upptäcka, utvälja och systematisera ett material. Presentationen av materialet kan vara någonting som bevarar sitt värde under alla förhållanden.

Vidare har man att fråga hur materialet redovisas. Stora krav måste ställas på noggrannheten. Författarens sakuppgifter skola vara fullt pålitliga. Materialet bör också presenteras för läsaren i den omfattning som behövs för att denne skall kunna bedöma framställningen, åtminstone utan att behöva gå till svårtillgängliga källor. Att t. ex. anföra notisfall ur NJA utan att ge något referat är ofta föga givande.

IV. Bearbetningen

När avhandlingen granskats ur de nu anförda tre synpunkterna, kommer man slutligen till frågan om bearbetningen. Detta moment kan uppdelas i två underavdelningar. Först har man nämligen att undersöka författarens frågeställningar, sedan hur han besvarat sina frågor.

Frågeställningarna

Av grundläggande betydelse för allt vetenskapligt arbete är att man ställer frågorna rätt. Man måste veta vad man sysslar med. Och man måste ställa frågorna så, att det i princip är möjligt att besvara dem.

Alltså böra författarens frågeställningar noga undersökas. Ha de preciserats ordentligt? Vet författaren själv vad han frågar efter? Skiljer han mellan olika frågor eller blandar han ihop saker? Alldeles särskilt bör uppmärksammas om han skiljer mellan värderingsfrågor och fakticitetsfrågor. Det ligger intet ont i att uttala värderingar i en akademisk avhandling, men det är viktigt att värderingarna framträda såsom sådana och icke förklädas under formen av verklighetsomdömen. Å andra sidan – och det tycks ibland förbises – är det inte *behövt* att i en rättsvetenskaplig avhandling uttala några värderingar.

Viktigt är naturligtvis om författaren ställt nya frågor eller rör sig med gamla frågeställningar. Vetenskapliga framsteg bero i hög grad på upptäckandet av nya frågor. All vetenskap börjar med att man ifrågasätter det självklara, har det sagts. Halva arbetet kan stundom bestå däri, att man frigör sig ur en invand, allmänt accepterad men likväl förfelad frågeställning. Har en författare lyckats härmed, bör detta skrivas honom tillgodo som en stor förtjänst, oavsett om man sedan ställer sig kritisk till hans svar på frågorna.

Allteftersom en undersökning fortskrider, brukar man finna att frågorna behöva uppdelas. Vad som tett sig som en enda fråga kan visa sig innehålla två eller flera frågor, som måste besvaras var för sig. Det bör uppmärksammas om författaren förstått och iakttagit detta.

Svaren på frågorna

När det gäller svaren på frågorna måste man göra en skillnad allteftersom det gäller realfrågor (fakticitetsfrågor, inkl. begreppsanalyser) och värderingsfrågor. Beträffande de senare har man endast att bedöma huruvida de åberopade skälen äro rimliga och förnuftiga med hänsyn till läget i vårt land: lagstiftningen i övrigt, rättspraxis, våra allmänna rättsprinciper, rådande åskådning, de faktiska förhållandena på det rättsgebit det gäller o. s. v. En realfråga är om författaren skildrat dessa faktorer riktigt och allsidigt.

Beträffande realfrågorna kan och bör svarets riktighet undersökas. Ofta kan ett avgörande på den punkten träffas med betydande säkerhet. Men försiktighet bör iakttagas, ty bedömarens är icke någon absolut auktoritet, som sitter inne med ett ofelbart *criterium veri*. Säkrast är att vid minsta tvekan inskränka sig till att pröva den logiska halten av författarens resonemang och det underlag av fakta som han åberopar. För övrigt märkes att en tankegång kan vara fruktbar, även om den till sist icke visar sig hållbar. Vetenskapen föres ju framåt genom ett ständigt korrigerande av vunna resultat. Med en liten förändring av herr Alfred Vestlunds berömda ord:

...
»var viss att även du skall skörda
vad rätt du tänkt, fast det var fel«

skulle man kunna säga att doktoranderna böra få skörda frukterna av goda idéer och uppslag, även om deras resultat icke i allo kunna godtagas.

Viktigast av allt är naturligtvis om avhandlingen bringar något nytt. Det gäller ju inte bara att »behandla ett ämne« utan att föra frågorna framåt. Alltför ofta saknar man faktiskt uppgifter om vad nytt en avhandling innehåller. Då får lätt omfånget stor betydelse, vilket är förfelat. Omfånget bör inte i och för sig ha någon betydelse alls; det enda viktiga är om det är tillräckligt för att författaren skall kunna utveckla och motivera sina synpunkter.

Emellertid bör också hållas i minne, att nyhetsjakt för dess egen skull är av ondo. En vetenskaplig författare bör naturligtvis alltid kritiskt pröva föregångarnas verk. Men det är en missriktad strävan efter självständighet som tar sig uttryck i att man till varje pris skall säga något annat. För att vetenskapen skall gå framåt måste man tillgodogöra sig vad som redan vunnits. Sedan gäller det att gå vidare.

Det nu förslagsvis skisserade schemat utgör ett försök att systematisera de frågor man ställer och bör ställa beträffande ett vetenskapligt arbete. Vinsten med en systematisering är att man inte glömmer att fråga efter vissa saker. Ett förbiseende av några bland frågorna kan icke blott leda till att brister förbli oupptäckta; lika väsentligt är att förtjänster kunna bli förbigångna med tystnad, vilket tyvärr är ett icke alltför ovanligt fenomen.

Samma metod är naturligtvis att använda i sakkunnigutlåtanden vid befordringsärenden. Sker detta, blir det lättare att jämföra olika sakkunnigas omdömen.

Slutligen skulle en accepterad bedömningsmetod vara till gagn för doktorander och speciminerande forskare inte endast genom att ge dem en något starkare känsla av trygghet för ett sakligt och allsidigt bedömande. Schemat skulle för dem – liksom för varje vetenskapligt verksam författare – innebära en erinran och en vägledning rörande tillvägagångssättet vid genomförande och framläggande av en undersökning.

Kvalitetskriterier i rättsvetenskapen

av Jan Hellner

På frågan vad som bestämmer värdet av en rättsvetenskaplig undersökning har jag ett mycket enkelt svar. Man jämför vad vi visste om ämnet före undersökningen och vad vi vet nu, efter det att undersökningen är utförd, och bedömer hur betydelsefullt tillskottet är. Detta kan förefalla enkelt och självklart, men det innefattar ett ställningstagande på ett antal punkter där meningarna kan vara delade.

Låt mig först illustrera mitt svar med ett tämligen godtyckligt valt exempel, vilket inte berör någon nu levande person. Ludwig Raiser publicerade 1935 sin »Habilitationsschrift« – alltså det verk varigenom han skulle göra sig kompetent till professur – om »Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen«. Innan detta arbete kom var visserligen en del skrivet om särskilda typer av allmänna avtalsvillkor – certepartier, konossement, bankers lånevillkor, försäkringsvillkor, avbetalningskontrakt osv – men vi visste inte mycket om allmänna avtalsvillkor som fenomen, om det sätt på vilket de fungerar, om de problem till vilka bruket ger upphov och om den kontroll över villkoren som förekom eller kunde anses lämplig. Efter det att boken kommit visste vi desto mer. Framgången bekräftades i detta fall av att verket fick ett stort inflytande trots att yttre omständigheter (de politiska förhållandena under nazismen, upplagens förstöring under kriget) medförde att boken länge var mycket svåråtkomlig. Långt efter det att arbetet publicerats trycktes det om (år 1961), i oförändrat skick. Det betraktas fortfarande som grundläggande.

Exemplet belyser det sätt på vilket rättsvetenskapliga arbeten verkar och bedöms. Inom naturvetenskaperna beror värdet av ett vetenskapligt arbete ofta av att det ger offentlighet åt en upptäckt, i den meningen att det påvisar ett faktiskt förhållande eller ett sammanhang vilket förut var okänt. Värdet beror av upptäckten, mer än av det verk i vilket den offentliggörs. Kepler visade att planeterna rörde sig i ellipser runt solen, Newton påvisade att Keplers planetlagar och Galileis falllag uttryckte samma gravitationsteori osv. Det vetenskapliga värdet hade, från eftervärldens synpunkt, varit detsamma även om upptäckten förblivit okänd och någon annan, först århundraden senare, hade gjort samma upptäckt och det då befanns att han hade föregångare. Inom rättsvetenskapen är upptäckter av detta slag sällan eller aldrig möjliga: Det viktiga är vanligen att framställningen kan övertyga andra och därför får en betydelse. Allmänna

avtalsvillkor var kända innan Raiser skrev sin bok, och man kunde lätt inse att de borde ha något gemensamt. Hade Raiser inte lyckats övertyga andra om att de sammanhang som han framhöll var betydelsefulla, hade arbetet inte haft det värde som det nu fått.

Förmågan att övertyga får alltså räknas som en av de egenskaper som ger ett rättsvetenskapligt arbete dess kvalitet. Härtill kommer valet av ämne. Raisers arbete rörde frågor som var gemensamma för stora rättsområden och den praktiska betydelsen av allmänna avtalsvillkor var i starkt stigande. Inflytandet spred sig som ringar i vattnet. Att välja ett ämne som har generell betydelse och där det sker en utveckling hör därför också till kvalitetskriterierna. Jherings lära om det negativa kontraktssintresset och Windscheids lära om förutsättningar gav impulser som inverkat på rättsutvecklingen inom stora områden, och de arbeten varigenom lärorna framlades (Jherings 1861, Windscheids 1850) räknas därför till rättsvetenskapens klassiker.

Men även ett arbete som rör ett till synes begränsat ämne kan vara värdefullt, genom att det visar att en vedertagen generalisering är ohållbar eller att en generalisering är möjlig där man inte förut anade den. För att ta ett exempel från den svenska rättsvetenskapen, ligger värdet av Per Olof Ekelöfs doktorsavhandling »Om interventionsgrunden« inte däri, att den rör en fråga som särskilt ofta blir aktuell, utan däri att den visar ohållbarheten i en vedertagen lära (nämligen att skälet till att någon får intervensera i en annans process är att han drabbas av rättskraften av avgörandet i processen). Arbetet kastar ljus över det allmänna sammanhanget mellan civilrättsliga och processuella regler.

Det nu sagda innebär att jag anser ämnesvalet höra till det som är av störst betydelse för bedömningen av värdet av en rättsvetenskaplig undersökning. Kanske någon vill invända, att detta inte är detsamma som ett kvalitetskriterium. Ett arbete kan ha god kvalitet utan att behandla ett sådant ämne att det blir av högt värde med hänsyn till rättssystemet som helhet. Det är då anledning att framhäva en distinktion, nämligen den mellan de kvalitetskrav som man kan ställa på en erfaren forskares arbete och vad man kan begära av ett förstlingsarbete. Av den erfarne forskaren kan man kräva, att ämnesvalet skall vara gott. För den som ännu inte har så stor erfarenhet kan ett mindre gott ämnesval inte ge anledning till kritik beträffande kvaliteten. Valet är dock även för nybörjaren en viktig angelägenhet, trots att han ofta är beroende av råd från andra. Till kraven på det vetenskapliga arbetet hör också förmågan att ändra inriktningen, eller kanske t.o.m. avbryta eller förkorta arbetet, om det visar sig att det ursprungliga ämnesvalet inte var gott.

Vad som konstituerar ett gott val av ämne är, bortsett från de fall där resultatet ger utslaget, diskutabelt. Det nämndes inledningsvis att tillskottet av kunskap är viktigt för bedömningen. Detta innebär att ju mer som är skrivet tidigare om

ett ämne, desto svårare är det att komma med ett tillskott som är värt mödan. Eftersom ofta mycket är skrivet om vad som betraktas som centrala ämnen, är det särskilt svårt att öka kunskapen om dessa. Enligt min mening tillhör det kvalitetskriterierna att undersökningen är motiverad även om man tar hänsyn till nyhetsvärdet i positiv eller negativ riktning. Här är det lätt att råka fel. För den som har en särskild form av flit, nämligen viljan att sätta sig in i andras arbeten, innebär det ofta en frestelse att fortsätta på områden där redan mycket är skrivet. Vid läsningen av dessa arbeten finner han att det är möjligt att använda en något förbättrad metod, att uppbåda något mer detaljkunskaper osv. Han kan utnyttja föregångarnas arbete, och han kan om han så vill fylla många sidor av boken eller uppsatsen med att referera sådant som redan är skildrat och analyserat på ett tillfredsställande sätt. Risker är uppenbara, även om arbetet är väl utfört, resultatet blir ointressant. Klassiska exempel ger de otaliga avhandlingarna om besittning i den pandekträttsliga litteraturen. Detta hindrar inte att värdet är stort av att komma med något som verkligen är nytt om ett centralt ämne som redan tidigare behandlats ofta. Ett exempel härpå är Karl Olivecronas arbete om »Bevisskyldigheten och den materiella rätten« (1930) – ett arbete som inte fick det erkännande som det förtjänade, tydligen just på den grund att det innehöll något verkligen nytt (se härom P. O. Ekelöf, En rättsvetenskaplig tragedi, i Festskrift till Hessler, 1985, s. 131 ff).

De flesta rättsvetenskapsmän nöjer sig med att försöka, och många lyckas med, att öka kunskapen på ett område vilket var mindre känt tidigare. Tillskottet av kunskap blir då värdefullt. Men detta betyder inte att varje ämne är värt att behandlas, om bara behandlingen är tekniskt tillfredsställande. För att återge ett uttryck som jag sett någon gång men inte kan ange källan för: intet är mer beklämmande än att se en sak väl utförd som inte borde ha utförts alls. Samtidigt är det klart att beträffande ämnen som inte tidigare är behandlade det är särskilt viktigt att den tekniska kvaliteten i undersökningen är tillfredsställande. Det är värre att behandla ett nytt ämne illa in ett välkänt, därför att med det välkända ämnet kan läsaren gå tillbaka till tidigare arbeten, men den dåliga behandlingen av det nya ämnet kan avhålla andra, som kunde skriva bättre om det, från att ta upp det när nyhetsvärdet är borta.

Från de synpunkter som jag har nämnt nu bör man också bedöma undersökningar av mindre traditionell karaktär. Dit räknar jag inte endast i egentlig mening tvärvetenskapliga undersökningar – rättssociologiska, rättsekonomiska osv – utan även sådana som sätter vedertagna uppfattningar om rättsreglerna och vedertagna värderingar i fråga. Man kan våga presumera att det ger ett mer värdefullt tillskott till kunskapen att behandla ett välkänt ämne från sådana synpunkter än från de traditionella. En förutsättning är dock att det tekniska utförandet fyller acceptabla krav, något som jag skall återkomma till.

Sådana undersökningar möter ofta kritik, både därför att metoden är okänd och främmande och därför att de som är vana vid traditionella undersökningar bedömer arbetet utifrån de kriterier som är anpassade till dem. Arbetet sägs vara svårt att förstå eller resultaten avvika från vedertagna värderingar. Naturligtvis kan det enkla förhållandet vara att traditionalister inte tycker om att få sina cirklar rubbade. Olivecronas nyss nämnda arbete om bevisbördereglerna och det mottagande som det fick är ett exempel härpå. Okonventionella undersökningar kan visserligen bedömas från konventionella utgångspunkter när det gäller tekniska sidor men inte när det gäller valet av angreppsmetod i forskningen.

Även här gäller att påvisandet av ohållbarheten i tidigare gängse föreställningar kan ha ett betydande värde, även om undersökningen till synes gäller mindre omfattande ämnen. Empiriska undersökningar av skadeståndsreglernas verkningar i USA har gett tillskott till kunskapen om skadeståndsrätten som är av största betydelse även för Norden, trots att våra förhållanden starkt skiljer sig från dem i USA. De visade att det är omöjligt att dra några slutsatser om hur rättsreglerna fungerar enbart på grundval av det material som jurister vanligen begagnar, dvs lagar, lagförarbeten och rättsfall.

Mer tvivelaktigt är vilket värde som man skall tillmäta försök som inte lyckas, därför att även kvalificerade bedömare, som beaktar alla olika värdekriterier, inte kan finna resultatet särskilt intressant från någon synpunkt. Enligt min mening bör man i princip betrakta också sådana försök välvilligt. Även ett negativt resultat, i detta fall att en tänkbar metod inte leder till några kunskaper, har sitt värde. Man får framför allt inte avfärda en sådan undersökning med att det hade varit bättre om vederbörande hade hållit sig inom traditionella områden och arbetat med traditionella metoder, eftersom han i sådant fall hade varit säkrare att nå resultat. Även inom rättsvetenskapen måste man ta hänsyn till behovet av utveckling. Om ingen tar risken att misslyckas, blir stagnationen ofrånkomlig.

Jag är däremot främmande för tanken att tillerkänna en undersökning ett värde endast därför att den ställer en ny fråga eller prövar en ny metod, utan att ha föregåtts av ett försök att bedöma hur stora utsikterna till framgång är. Det förekom åtminstone för några år sedan ett modeord i Sverige: sådana undersökningar förklarades vara »spännande« och tillmättes ett särskilt värde. Originalitet är utan tvivel en egenskap som bör premieras, men den måste vara styrd av en bedömning av utsikterna att lyckas.

Till de vetenskapliga kvaliteterna hör också någon form av principiell uppläggning. Honnörsord är »djuplodande« och »väsentlig«, kritiska termer är »deskriptiv« och »ytlig«. Det är svårt att precisera vad som förstås med dem, men ändå måste de kriterier som antyds betraktas som relevanta. Det är lätt att

ge exempel på arbeten som saknar vetenskapligt värde därför att de blott utgör sammanställningar av material, låt vara att sammanställningen har kostat mycket arbete. Det finns sådana verk som »Corpus Juris Secundum« och »American Jurisprudence« i USA, vilka saknar vetenskapliga anspråk men skall ge advokater hjälp i deras arbete.

En välkänd fråga rör förhållandet till en »teori«. En undersökning måste, enligt en vanlig men inte oemotsagd mening, ha något samband med en tankebyggnad som kallas teori. Den kan bestyrka en teori, eller den kan sättas in i ett större sammanhang med teoriens hjälp, eventuellt modifiera teorien. Inom rättsvetenskapen blir det ofta fråga om att foga in de särskilda reglerna i allmänna principer, eller att ge enhetliga förklaringar till regler som till synes är olika. Jag kan inte beskriva vad detta innebär – det skulle fordra en analys av ett antal rättsvetenskapliga arbeten som allmänt betraktas som värdefulla. Jag kan inte heller med utsikt till framgång söka analysera, om det finns undersökningar som är »djuplodande« eller »väsentliga« på annat sätt än genom att sättas i samband med en teori. Trots detta är jag säker på att här ligger ett väsentligt kriterium på en undersöknings värde. Någon form av generalisering eller anknytning till ett principiellt problem fordras. En berättigad karakteristik av en undersökning som »hackmat« eller »lapptäcke« är nedsättande, även om undersökningen har förtjänster av annat slag som mer eller mindre uppväger bristen på principiell karaktär.

Ett tecken på en undersöknings principiella syftning kan vara att den behåller ett värde även om rättspraxis eller lagstiftning ändras, utan att ändringen är oväntad och radikal. Det finns ett ofta citerat uttryck av en tysk domare, J. H. von Kirchmann: »Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers, und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur.« En framställning som riskerar detta öde kan knappast vara djupgående.

Ofta frågas vid bedömningen av en rättsvetenskaplig undersökning om den har en praktisk betydelse. Vanligen menas med sådant värde att domare, advokater och andra praktiskt verksamma jurister ofta har anledning att slå upp publikationerna och däri finna ledning för bedömningen av de problem inför vilka de ställs. Klart är att sådan nytta inte ensam kan vara tillräcklig för att ge ett vetenskapligt värde. Tidigare nämnda amerikanska sammanställningar av material ger exempel på det. Däremot bör det betraktas som ett betydande värde om ett vetenskapligt verk länkar läsarnas tankar i banor som av det ena eller andra skälet bör betraktas som lämpliga, eller om det påvisar praktiska problem som tidigare varit förbisedda.

Men jag vägrar att godta ens detta slag av värde som det enda eller ens huvudsakliga kriteriet vid bedömningen av rättsvetenskapliga arbeten. Det finns även andra praktiska syften än att vara till nytta för jurister som sysslar med

konkreta tvister. Att lägga en grund för lagstiftning eller annan rättsutveckling är också en form av praktisk nytta. Och även ett verk som saknar all praktisk nytta kan ha sitt vetenskapliga värde. Liksom all annan verksamhet har vetenskapen sina egna krav, och det gäller att i första hand tilfredsställa dem. Man kan exempelvis inte förkasta rättsekonomisk forskning genom att konstatera – om det nu skulle vara riktigt – att den saknar praktisk nytta för vare sig domare eller lagstiftare, om det i stället kan visas att den ger insikter i allmänna ekonomiska sammanhang. Grundforskning måste ha sin plats även inom rättsvetenskapen och det är tillräckligt om den ger resultat som kan tillgodogöras av andra forskare.

Det som har sagts hittills rör vad vetenskapsteoretiker kallar »strategin« inom forskningen. Strategin är det viktigaste och också det mest svårbedömda inslaget i underlaget för en bedömning av forskningen. Det är också enligt min mening den del där den största toleransen är på sin plats. Man får inte förkasta en undersökning därför att den bygger på en annan strategi än den man föredrar hos sig själv eller hos andra. Man kan inte kräva av en forskare att han skall intressera sig för något som han själv anser vara ointressant eller värdelöst, eller att han skall skriva om ett ämne för vilket han saknar nödvändiga kvalifikationer. Men däremot kan man enligt min mening kräva att det skall finnas någon strategi. Den som ger sig in på en rättsvetenskaplig undersökning skall veta varför och han bör ha en genomtänkt plan för den. En undersökning kan inte bli värdefull endast därför att den är utförd med god vetenskaplig teknik. Det kan förefalla paradoxalt att på en gång ställa krav på strategin och visa stor tolerans vid bedömningen av valet av strategi. Man jag kan inte se något sätt att undgå denna paradox.

Med detta övergår jag till kraven på det tekniska utförandet av forskningen. Här är det mycket lättare att med någon säkerhet uppställa kvalitetskriterier, åtminstone så länge man håller sig på det allmänna och abstrakta planet. Undersökningen skall vara baserad på tillräckliga verklighetsstudier, resonemangen skall fylla anspråk på rationalitet, det tidigare forskningsläget skall redovisas så att nyhetsvärdet av undersökningen kan bedömas, noggrannheten skall vara god, och presentationen skall göra framställningen väl tillgänglig för den krets till vilken den riktar sig.

Den närmare innebörden av dessa olika krav blir beroende på ämnet och på strategin. Av en översiktlig framställning kan man inte kräva lika mycket av primärforskning som av en detaljundersökning. Det empiriska material som fordras för en rättssociologisk framställning blir ett helt annat än det som fordras för en rättsvetenskaplig framställning av traditionell typ.

En fråga som blir aktuell vid tvärvetenskaplig forskning är hur kraven skall ställas på den, i jämförelse med vad som fordras inom ett område för vilket det

finns en vedertagen metodik. Kan man av en rättssociolog kräva samma tekniska skicklighet som av en sociolog av facket? Kan man av en rättsekonom med juridisk bakgrund kräva samma insikt i ekonomiens arbetsmetoder som av den som är utbildad i ekonomisk forskning? Enligt min mening måste man därvid göra en skillnad. Man kan inte av dem som rör sig i gränsområdena fordra samma grad av teknisk skicklighet som av dem som enbart håller sig inom ett begränsat område med väl utbildad teknik. Ofta är värdet av en tvärvetenskaplig undersökning möjligt att uppnå genom att begagna mindre avancerade metoder på ett nytt område. Men vissa allmänna krav på teknisk skicklighet och hållbarhet i metoderna måste krävas. En rättssociolog med sociologisk bakgrund kan inte nöja sig med att läsa lagtexten när det fordras ett studium av förarbetena för att få reda på hur lagen är avsedd att läsas. Omvänt kan en jurist som ger sig in på rättssociologien inte ignorera allmänna krav på samhällsvetenskaplig metod. Ofta blir ett samarbete med en fackman nödvändigt. Även den som håller sig till vedertagen metod men tillämpar den på ett gränsområde måste beakta dess karaktär. En rättsfilosof som skriver om »juridiska personer« med filosofisk metod måste ta reda på vad jurister menar med juridiska personer och inte utgå från någon lekmanuppfattning om vad som förstås med detta uttryck.

I det följande skall jag inskränka mig till kriterier som rör traditionella rättsvetenskapliga undersökningar, vad som ofta, med en föga lyckad term, kallas »rättsdogmatik«. Man kan kräva av en sådan undersökning att den bygger på en systematisk genomgång av lagstiftning, förarbeten och rättsfall, den skall beakta historiska förklaringar, den skall ta hänsyn till den rättspolitiska bedömningen av de frågor som den behandlar, och den skall mynna ut i någon form av ställningstaganden. Mycket av detta kan utvecklas vidare.

Formuleringen av frågorna, systematiken och begreppsbildningen tillhör de viktiga dragen. Man kan inte utgå från att frågorna är givna på förhand och att det blott gäller att besvara dem. Den finns två motsatta utgångspunkter. En är att utgå från materialet och se vilka slutsatser som man kan dra av det. En annan är att formulera problemen själv och se hur de kan lösas med stöd i materialet. I praktiken kommer man ofta in i en hermeneutisk cirkel: man utgår från vissa frågor, men när de konfronteras med materialet finner man att frågorna måste modifieras. Materialet bestämmer problemen och problemen bestämmer materialet.

Vad beträffar systematiken och begreppsbildningen måste en författare avgöra hur stor frihet han kan tillåta sig i förhållande till föregångare. Här är jag benägen att vilja inskränka friheten. Varje författare kan inte ha sin egen begreppsbildning och systematik; det blir då omöjligt för läsarna att överskåda och jämföra olika framställningar av samma ämne. I stort sett bör man söka behålla den begreppsbildning som är vedertagen och som ansluter sig till

materialet, dvs till lagstiftningen och rättspraxis. Men jag vet att många inte delar denna mening.

Jag nämnde att framställningen bör mynna ut i ställningstaganden. Man kan inte bara ställa frågor; man måste ge något slag av svar på frågorna. Formen för ställningstagandet kan däremot enligt min mening inte betraktas som ett kvalitetskrav. Om någon vill ge en prognos om hur domstolarna kommer att bedöma de frågor som han behandlar, låt honom göra det. Om han vill ge rekommendationer till domstolarna om hur de skall döma, låt honom göra det. Om han vill ge råd till advokater och allmänhet, låt honom göra det. Om han vill värdera lagregler eller rättspraxis, låt honom göra det. Ändå mindre kan man kräva att författaren tillämpar en teleologisk metod eller någon annan, mer eller mindre erkänd, metod för rättstillämpning. Inom de ramar som kraven på rationalitet, konsekvens och empirisk förankring drar bör man visa tolerans.

Till de tekniska kraven hör inte minst det på noggrannhet, »akribi«. Detta är viktigt redan från den grundläggande förutsättningen, att undersökningen skall öka vår kunskap. Om den inte är noggrant utförd, ökar den inte kunskapen, bl a därför att den läsare som upptäckt bristande noggrannhet på några punkter inte vet i vilken utsträckning han kan förlita sig på framställningen i de delar som han inte kan kontrollera. Vilken vikt skall man fästa vid sådana egenskaper? En person som när han sökte professur blivit klandrad av en sakkunnig för bristande noggrannhet svarade med att – förmodligen inte helt på allvar – till sitt försvar anföra att Wilamowitz-Moellendorff inte var särskilt noggrann. Bedömningen måste bero av utgångspunkten. Betraktar man ett vetenskapligt verk från synpunkten av ett bevis på hur väl författaren behärskar den vetenskapliga tekniken, fäster man ett stort avseende vid noggrannheten. Är det fråga om att kasta nytt ljus över tidigare välbekanta fakta, måste dessa fakta vara riktiga. Är avsikten att framlägga nya idéer kan ett anfört exempel, även om det inte skulle vara invändningsfritt betraktat som en beskrivning av verkligheten, ändå fylla sin uppgift. Likväl måste sägas att bristande noggrannhet regelbundet inger läsaren obehag – att vara nonchalant strider mot spelets regler.

Vilket värde skall man fästa vid tekniken i jämförelse med strategin? Såsom redan har framgått anser jag att strategin är det viktigaste. En aldrig så väl utförd undersökning av ett värdelöst ämne kan inte tillmätas något vetenskapligt värde annat än som bevis för att vederbörande behärskar en vetenskaplig teknik. Det blir här knappast möjligt att uttala mer än en subjektiv mening. Ett minimum av vetenskaplig teknik fordras alltid. När detta minimikrav är uppfyllt kan ett gott ämnesval, rikedom på idéer, originalitet osv väga upp brister i det tekniska utförandet. I någon mån kan också skicklighet i det tekniska utförandet väga upp svagheten i strategi.

Kvalitetskriterier i rättsvetenskapen

Ett krav är emellertid oeftergivligt. Det rör den vetenskapliga hederligheten. Man får inte förfalska resultaten, man får inte utge andras iakttagelser och tankar som sina egna, och man får inte framställa åsikter, vilka man en gång trodde på men sedan funnit oriktiga, som om man fortfarande ansåg dem vara sanningen.

Kvalitetskriterier i retsvidenskaben

af Stig Jørgensen

I. Videnskabensformål

Ordet »kvalitet« er kommet ind i vort sprog over tysk eller fransk fra latin »qualitas« dannet af »qualis«, d.v.s. en eller anden beskaffenhed efter græsk *ποιότητα* af *ποιος* (*ποι*) med grundbetydningen, d.v.s. et eller andet sted hen.

Den leksikalske betydning af ordet »kvalitet« er da også: beskaffenhed, egenskab, værdi. »Kvalitet« refererer sig altså såvel til objektive egenskaber ved tingene, såsom vægt, farve, form m.v., der kan påvises, som til værdier, der ikke refererer til påviselige egenskaber ved tingene, men til den vurderendes følelser, indstillinger og formål med tingen. Når vi taler om »kvalitetskriterier«, bruger vi ikke udtrykket i den førstnævnte, men i den sidstnævnte betydning som formålstjenlig.

Det siger sig selv, at en aktivitet, herunder videnskaben, ikke kan være formålstjenlig eller hensigtsmæssig uden et formål eller en hensigt. En menneskelig aktivitet uden motiv er lige så meningsløs som en virkning uden årsag. Handlinger må netop defineres som viljesakter i modsætning til uvilkårlige og mekanisk fremtvungne bevægelser. Men motivet behøver ikke at være bevidst, idet viljesakten kan være fremkaldt af et ubevidst formål.

Denne nødvendige formålsbundethed af en aktivitet angives også i ordet »metode«, der kommer af græsk *μετχ οδοα*, d.v.s. vejen ad hvilken (man når til målet). Videnskabelig metode er altså de kriterier, som skal være opfyldt, for at man kan tale om en videnskabelig aktivitet, idet den fører frem til videnskabens formål.

Hvad er da videnskabens formål? Og hvad er retsvidenskabens formål? Med hensyn til det første spørgsmål er det ikke muligt at komme meget nærmere end til i almindelighed at anføre, at formålet må være at forøge vor viden. Det må være vejen = metoden, som afgrænser videnskaben fra andre veje at forøge vor viden på. I modsætning til den usystematiske og konkrete indsamling af data, er videnskaben en *systematisk* aktivitet, der *generaliserer* sine iagttagelser i overensstemmelse med visse almenbegreber. Den tidligste græske videnskab udtrykte tankegangen poetisk ved at henvise til ønsket om at finde det evige i det foranderlige.

Men hvad er nu viden? Hvad vil det sige, at vi ved noget, og at vi ikke bare ønsker eller tror noget? Hermed forudsætter vi begrebet »sandhed«, idet sand viden er viden, som er opnået ved visse metoder, som kan efterprøves og reproduceres.

2. Idealisme og realisme i videnskaben¹

I denne forbindelse kan man betjene sig af to vidt forskellige erkendelsesteorier: spekulatoren og empirien. Den *rationalistiske* og *idealistiske* videnskab tager sit udgangspunkt i den menneskelige tanke, idet den ud fra nogle fundamentale antagelser om tingenes tilstand *deduceres* deres erkendelse, som så at sige *projiceres* ud i virkeligheden, som konstitueres herved. Den *empiriske* (realistiske) videnskab går ud fra, at virkeligheden i forvejen eksisterer, således at det gælder om at beskrive den virkelighed, som *reflekteres* af den menneskelige bevidsthed.

Den førstnævnte erkendelsesteori kaldes derfor også projektionsteorien, der opnår den maksimale sikkerhed derved, at den holder sig inden for et veldefineret tanke- og sprogsystem; til gengæld er »sandheden«, d.v.s. overensstemmelsen mellem virkelighed og bevidsthed tvivlsom. Omvendt giver en empirisk (realistisk) videnskab væsentlig større overensstemmelse mellem virkelighed og bevidsthed, medens sikkerheden til gengæld er mindre, eftersom det siden David Humes og Immanuel Kants erkendelseskritik i slutningen af 1700-tallet er en almindeligt accepteret grundsætning, at man ikke kan slutte fra konkrete iagttagelser til almindelige lovmæssigheder. På samme måde kan man ikke komme fra en erkendelse til en vurdering.

I den seneste generation har den almindelige sprog- og videnskabsteori understreget dilemmaet ved at henvise til sprogets *autonome* karakter som adskilt fra den virkelighed, det skal beskrive. Den ene konsekvens af denne indsigt er draget af *kohærensteorien*, som hævder, at videnskabelige påstande kun kan *verificeres* eller *falsificeres* (gøres sande eller falske) med henvisning til regler for korrekt sproganvendelse. Omvendt har *korrespondenteorien* hævdet, at det både er nødvendigt og muligt at sammenholde virkeligheden med en sproglig påstand, d.v.s. at verificere eller falsificere påstanden med henvisning til virkelighedsfænomener.

1. Stig Jørgensen, *Values in Law* (1978) p. 29 ff.

3. Alf Ross' realistiske retsvidenskab²

Den logiske positivisme gik fejlagtigt ud fra, at virkeligheden så at sige reflekterede sig i bevidstheden og derved omsattes til et sprogligt udtryk, som umiddelbart kunne sammenlignes med virkeligheden i overensstemmelse med visse målekriterier. Alf Ross ville for retsvidenskabens vedkommende udpege en *fælles dommerideologi* som rettens grundlag, hvorfor han henviste til domsbegrundelserne som det udtryk, ideologien fik i virkeligheden. Kriteriet for sandheden i en påstand om »gældende dansk ret« måtte derfor være sandsynligheden for, at domstolene i en hypotetisk retssag, hvori den pågældende retssætning var til behandling, ville komme til et resultat, der var i overensstemmelse med indholdet af sætningen.

Der er mange usikre elementer i denne teori. For det første er det ikke muligt at påvise en »fælles dommerideologi«, der ligesom »retfærdigheden« og »den almindelige retsfølelse«, som Alf Ross afviser, som uvidenskabelig metafysik, er påstande om eksistensen af en for alle dommere fælles retsideologi. Alene eksistensen af dissenser og modstridende domme demonstrerer denne kendsgerning. For det andet er disse »prognoser«, d.v.s. retsvidenskabens påstande, samtidigt *retskilder*, således at doktrinen ikke alene faktisk er delvist selvverificerende og ligesom andre samfundsvidenskabelige prognoser indgår i den bevidsthed, som beskrives, men også er *normerende* i det omfang, doktrinen anerkendes som retskilde, hvilket den udtrykkeligt antages at være i nyere retspraksis.

Det er heller ikke realistisk at regne med, at retsvidenskabens faktisk foretager den slags sandsynlighedsberegninger. Ikke alene er det usikkert, hvilken sandsynlighed som er tilstrækkelig, men denne sandsynlighed baseres af retsvidenskabens på en umiddelbar beskrivelse og fortolkning af det eksisterende retskildemateriale i overensstemmelse med »den juridiske metode«, som videnskabsmanden behersker lige så vel som dommerne. »Prognoseteorien« er da også inspireret af den angelsaksiske – især amerikanske – retsforestilling, hvor dommerne er retshonoratiores.

Hertil kommer, at Alf Ross i overensstemmelse med sin videnskabsteori måtte betragte både fortolkninger af retskildematerialet og selve retsafgørelsen som en vurderende proces, således at store dele af den dogmatiske retsvidenskab (de sententia ferenda) blev politik, medens retsafgørelsen var en faktisk motivationsproces og begrundelsen en senere »facadelegitimation«. Den førstnævnte konsekvens var alvorlig nok, eftersom størsteparten af retsvidenskabens

2. Se Stig Jørgensen, *Scandinavian Legal Philosophy*, Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy, vol 8, (1984) p. 2 ff.

– den fortolkende – derved blev uvidenskabelig; den sidstnævnte var dødbringende, eftersom den eneste oplysningskilde til viden om »gældende dansk ret«, nemlig dommernes følelse af hvad de er forpligtet til at gøre, er principielt usikker.

Den afgørende svaghed i Ross' retsteori, og det gælder samtidigt den såkaldte »skandinaviske realisme« (eller »Uppsalaskolen«), er dog antagelsen af, at retten skal opfattes som et »virkelighedsfænomen« i den ydre verden, d.v.s. enten som adfærd eller ideologi, hvorved retsvidenskaben bliver til sociologi eller psykologi. Herved afskærer retsvidenskaben sig fra at beskrive og fortolke et autoritativt regelmateriale, eller med andre ord de retlige normer.

4. Retsvidenskaben som tolkende videnskab³

Ved at begrænse synsfeltet til »gældende ret« og ved at lægge vægten på *dommernes* retsopfattelse afskærer man sig fra *at* beskrive og tolke de normer (og tolkninger), som *gyldigt* er blevet en del af dansk ret i kraft af retskildeprincipperne – men ikke eksisterer i dommernes bevidsthed – og fra *at* kritisere de domme og domsbegrundelser, som faktisk er realiseret. Hvad retskildeprincipperne indeholder af kriterier for, hvordan gyldig dansk ret bliver til, er et historisk og kulturelt anliggende.

Det er let nok at henvise til den gældende grundlovs regler om loves tilblivelse, men dette er ikke tilnærmelsesvis tilstrækkeligt, eftersom andet materiale anerkendes som retligt (f.eks. retssædvane, retspraksis, retsvidenskab), ligesom der eksisterer en udstrakt *konsensus* blandt jurister om, hvilke argumenter der anerkendes som retlige (de *sententia ferenda*, d.v.s. råd til dommerne og andre konfliktlødere), og hvilke der er politiske (de *lege ferenda*, d.v.s. råd til lovgivningen). I den såkaldte »Christianiasag« afviste Højesteret således Landsrettens henvisning til, at »fristaden« var et »socialt eksperiment« og derfor et anliggende for lovgivningsmagten, som ironisk nok havde henvist sagen til domstolene (U 1978.315). I en kommentar til Højesterets dom i U 1984.284 (U 1984 B.49) udtaler kommentatoren endvidere den opfattelse, at et objektivt erstatningsansvar udover visse situationer kræver lovhjemmel.

Det er på den ene side klart, at der eksisterer sådanne regler for gyldig juridisk argumentation, på den anden side er det vanskeligt i få ord at angive deres indhold, bl.a. fordi de er forskellige på forskellige retsområder, der beherskes af forskellige retlige principper og ideer. Bl.a. er strafferetten behersket af

3. *Stig Jørgensen*, *Hermeneutik og Fortolkning, Lovmål og Dom* (1975) p. 86, samme *Pluralis Juris* (1982) p. 41 m. note 70.

legalitetsprincippet, medens konkursretten domineres af lighedsprincippet, den offentlige ret af konkurrerende sikkerheds- og effektivitetshensyn, procesretten af kontradiktionsprincippet og privatretten af ækvivalensprincippet. Der er gennem tiderne udviklet et indviklet sæt af fortolknings- og argumentationsregler, hvor såvel formåls- som konsekvensovervejelser spiller en væsentlig rolle, eftersom retsreglernes formål jo netop er at regulere adfærden i samfundet.

Hermed er vi allerede langt inde i demonstrationen af den helt afgørende svaghed i den *logisk-empiriske* videnskabsteori: Troen på at sproget og virkeligheden umiddelbart kan sammenlignes, med andre ord at virkelighedsbeskrivelsen kan være objektiv. Det var den *analytiske* og *hermeneutiske* sprogfilosofi, som gjorde opmærksom på sprogets *intentionale* (formålsorienterede) karakter, hvoraf fulgte, at enhver beskrivelse af virkeligheden med nødvendighed implikerer en vurdering i form af en fortolkning og en kvalifikation af virkeligheden i tilslutning til sprogsystemet.

Når man derfor skal forholde sig til kvalitetskriterier i retsvidenskabens, er det afgørende at forstå, at retsvidenskabens opgave ikke er at foretage så vidt muligt objektive beskrivelser af virkelighedsfænomener, men at *fortolke et autoritativt normativt* materiale med udgangspunkt i normernes *formål*, som er at regulere den samfundsmæssige adfærd i overensstemmelse med et sæt kulturelle og politiske ideer og med en vurdering af de forskellige fortolkningsmuligheders *virknings* og disses overensstemmelse med *formålet* eller formålene.

5. Rationalitets- og realitetsprincipperne⁴

Den *dogmatiske* retsvidenskab adskiller sig derfor ikke i princippet fra retsanvendelsen. Begge aktiviteter forholder sig til løsningen af retskonflikter. Medens praktikerer løser reelle konflikter, tager teoretikerer stilling til hypotetiske konflikter; medens praktikerer *skal* træffe afgørelse, *kan* teoretikerer lade problemløsningen henstå som usikker; medens praktikerer vel må hense til, at hans afgørelse kan forenes med tidligere og senere afgørelser i overensstemmelse med »forholdets natur«, er det teoretikerens hovedopgave at indpasse sine problemløsninger i en systematisk sammenhæng, som udtrykker retsomsrådets almindelige ideer og principper og tilstræber en så vidtgående *konsistens* og *konsekvens* som muligt i overensstemmelse med rationalitetsprincippet.

Rationalitetsprincippet må nødvendigvis være et overordnet princip for retsvidenskabens, således som det altid har været det fra glossatorernes første

4. Stig Jørgensen, *Pluralis Juris* (I.c.) note 3 p. 7 og 14 ff. *Values in Law* (I.c.) note 1 p. 59.

forsøg i højmiddelalderens Bologna på at bringe sammenhæng og overensstemmelse ind i et overleveret, forældet og uensartet, men autoritativt opfattet (romersk) kildemateriale. Når rationalitetsprincippet må være et overordnet princip for retsvidenskaben, er det ikke blot fordi videnskabens metode som ovenfor nævnt i almindelighed må være systematisk og generaliserende, men fordi *retfærdighedsprincippet* i betydningen: at lige tilfælde behandles lige, er en anden måde at udtrykke regelbegrebet på. At lige tilfælde behandles lige betyder, at de skal behandles i overensstemmelse med en regel. Den *formelle retfærdighed* stiller krav om regler, som gør det muligt for menneskene at forudberegne andres og dermed virkningerne af egen adfærd. Den *materielle retfærdighed* afhænger af reglernes indhold, som igen dels afhænger af de enkelte retsområders særlige ideer, dels af den herskende kulturelle og politiske situation.

Men retsvidenskaben skal ikke blot respektere rationalitetsprincippet, men må også anerkende *realitetsprincippet*. D.v.s. at retsvidenskabsmanden må kende til det pågældende livsforholds formål og funktion, idet det som nævnt er reglernes formål at regulere visse livsforhold, og at det derfor ikke er muligt at fortolke reglerne uden indsigt i disses virkelighed.

Retsvidenskabsmanden kan dog ikke nøjes med at have indsigt i et specielt livsforhold. Hvis videnskabsmanden skal kunne sætte sit område ind i en større systematisk sammenhæng, må han have et overordnet kendskab ikke alene til hele *retssystemet*, men også til *samfundsforholdene* i almindelighed.

Den, der beskæftiger sig med arbejdsretten, må f.eks. være fortrolig med hele formueretten for at kunne sætte de arbejdsretlige problemløsninger ind i en almindelig formueretlig sammenhæng. Megen usikkerhed og uklarhed i den specielle formueret, især den del som er blevet underkastet en politisk-administrativ styringsproces, såsom lejeretten, ansættelsesretten m.v., skyldes, at den har været overladt til specialister, som ikke har bevaret tilknytningen til formuerettens almindelige begrebs- og regelsystem. Det samme kan siges om andre retsområder, såsom skatteret, selskabsret og miljøret i videste forstand, men inden for mange af disse områder har man set en bevægelse i retning af at indsætte disse specialområder i den almindelige systematiske sammenhæng, samtidigt med at retsområdets egenart understreges.

Det er en anden side af sagen, at den systematiske sammenhæng netop må korrigeres under hensyntagen til *samfundsudviklingen*. Den almindelige privatretlige sammenhæng med udgangspunkt i friheds- og viljesprincippet brydes med den moderne *socialstatlige* tankegang, som ikke alene modificerer viljesprincippet med omsætningsinteressen og forventningsprincippet, men tillige med lighedsprincippet og samfundets beskyttelse af dem, som befinder sig i en svagere strategisk position. Den kollektive arbejdsret er et eksempel på, at man

på visse områder accepterer kampmidler, som ellers er illegale, når formålet er gennem kollektive magtmidler at beskytte de svagere lønmodtagere over for produktionssamfundets stærke arbejdsgiverinteresser.

Derfor udvikler der sig også nye retsområder løsrevet fra den overleverede systematik: miljøret og erhvervsret, herunder forbrugerkøb, selskabsret, søret og lejeret med elementer af såvel privatret som offentlig ret. Den kollektive arbejdsret udviklede sig som et helt nyt retsområde i den første tredjedel af dette århundrede.

Det følger af rationalitets- og realitetsprincippet, at den gensidige inspiration mellem teori og *retspraksis* er væsentlig for tilpasningen. Retspraksis forsyner teorien med oplysninger om de praktiske problemløsninger, og teorien forsyner praksis med en analyse og kritik af de enkelte afgørelses indpasning i en almindelig systematik og begrebssammenhæng.

6. Juridisk metode⁵

I nutidens statssamfund må kendskabet til lovgivningen og dens videreudvikling i administrationens anordninger, bekendtgørelser og instrukser naturligvis være det primære udgangspunkt for dogmatikken, eftersom denne regelproduktion i grundloven er angivet som den primære retskilde, som *skal* lægges til grund i den retlige afgørelse. I øvrigt gælder der ikke nogen faste prioriteringsregler for det øvrige *retskildemateriale*, som *kan* anføres som begrundelse for en retsafgørelse, bortset måske fra at højesteretsdomme har en meget høj prioritet.

Der er heller ingen faste regler for, i hvilket omfang loves forarbejder er afgørende for udfindelsen af lovens formål, ligesom det i det hele taget ikke er rigtigt at tillægge lovens formål den afgørende betydning ved lovens fortolkning. Bl.a. er det muligt, at formålet ikke kan opnås gennem lovreglerne. Da man i sin tid indførte udbetalingsbetingelser i afbetalingskontrakterne, var det for at dæmpe det private forbrug, der blot søgte nye finansieringskilder, men udbetalingskravet opretholdtes af andre grunde. Da man indførte reglerne om grundstigningsafgift i 50'erne, var det for at sænke prisen på fast ejendom, men også her fandt omsætningen andre veje, hvorfor reglerne i øvrigt senere ophævedes.

Men formålet må i øvrigt respektere den sproglige *ordgrænse*, medmindre det godtgøres, hvilket undertiden er sket, bl.a. inden for lejeretten, at der foreligger en *fejl* i lovgivningsprocessen. Også *systematikken* og andre *logiske* hensyn må

5. Stig Jørgensen, Retsafgørelsen og dens begrundelse. TfJFF 1979, 318 ff.

respekteres. Derimod må det erindres, at analogi- og modsætningslutninger vel formelt er logiske slutningsmetoder, men reelt er en skønsmæssig afgørelse af, hvorvidt en lovregel er udtømmende eller ikke, og at der på de forskellige retsområder gælder forskellige formodningsregler. Medens analogislutninger af hensyn til retssikkerheden som hovedregel er udelukket i strafferetten, er de som hovedregel tilladt i formueretten, i hvert fald når det drejer sig om forholdet mellem parterne.

Kvalitetskriterierne for retsvidenskaben falder altså til dels sammen med kriterierne for påvisningen og tolkningen af det gyldige retskildemateriale, samt prioriteringen heraf gennem den såkaldte »juridiske metode«.

Som *Knud Illum* engang udtrykte det, er det ikke muligt at beskrive metoden udtømmende, den må læres gennem en juridisk træning, *dels* igennem den juridiske uddannelse, *dels* igennem praktisk juridisk virksomhed. En vigtig distinktion her er argumentationen *de sententia ferenda* og *de lege ferenda*. Som ovenfor angivet giver den dogmatiske retsvidenskab gode råd til retsanvendelsen – som vel at mærke ikke er begrænset til domstolene, men omfatter alle administrative institutioner, som træffer retlige beslutninger – om hvilke tolkningsmuligheder, der *skal* foretrækkes inden for udvalget af muligheder, som *kan* forenes med normens sproglige indhold. Anbefalinger skal naturligvis respektere de systematiske, teleologiske og pragmatiske hensyn, som må anføres og diskuteres. Almindeligt holdte henvisninger til »hensigtsmæssighed« eller »reale hensyn« er *dels* meningsløse *dels* et nødtørftigt dække over egne uartikulerede vurderinger.

Det er den såkaldte »kritiske videnskab«, som stærkest har understreget kravet om en åben argumentation af hensyn til muligheden for kritik og diskussion af de trufne afgørelser, herunder retsvidenskabens hypotetiske problemløsningsforslag. Men det er en almindelig moralfilosofisk antagelse, at de rigtige grunde for en beslutning åbent må anføres, idet den besluttende så til gengæld har krav på at blive taget på ordet og ikke mistænkt for at legitimere sine afgørelser med falske argumenter, sådan som den amerikanske og skandinaviske realisme har villet hævde det, sekunderet af visse elementer af den »kritiske retsvidenskab«, især den marxistiske.

Det afgørende er altså at vide, hvilke argumenter der anerkendes som retlige, idet de holder sig inden for rammerne af det politisk-retlige system, og hvilke argumenter som går ud herover og bliver politiske. Eller med andre ord, hvor går grænsen mellem de løsninger, som retsafgørelsen kan vælge uden lovgivning, og de løsninger, der kræver lovgivning.

Ovenfor er nævnt den såkaldte »Christianiasag«, hvori Højesteret udtalte, at det var uberettiget, når Landsretten havde anført »socialpolitiske« grunde som argument for tilstandens lovlighed, og en kommentar til en nyere højesterets-

dom, hvori det udtales, at objektivt erstatningsansvar ikke kan forventes pålagt uden for de hidtil anerkendte tilfælde uden lovhjemmel.

Inden for disse meget uklare grænser må man altså holde sig med sin retlige argumentation, idet vi i vort retssamfund må anerkende funktionsdelingen mellem de forskellige samfundsinstitutioner. Dommerne er ikke som politikerne valgt af befolkningen og har altså intet politisk mandat til at træffe politiske beslutninger, selv om der netop på grund af demokratiernes krise i de seneste 10-15 år har været en almindelig tilbøjelighed til at »retliggøre« politiske problemer, som det politiske system ikke kan klare, f.eks. ovennævnte »Christiansiasag«, blokadesager, miljøsager m.v. Domstolenes egen utilbøjelighed til at rode sig ind i politiske sager er forståelig og respektabel, eftersom domstolene i modsat fald ville miste deres troværdighed som uvildig problemløser.

7. Konklusion

Hermed er jeg kommet til vejs ende. Og mange vil måske mene, at det ikke var ret langt. Den »realistiske« retsvidenskab var tilsyneladende langt mere videnskabelig og havde nogle klarere kvalitetskriterier. Det var så enkelt at henvise til naturvidenskabens »objektive virkelighedsbeskrivelse« og »verifikationsmekanisme«. På den måde skød retsvidenskaben ansvaret for sine meninger fra sig og henviste i stedet til sandsynligheden for, at dommerne ville have denne mening.

Som det er sagt ovenfor, er det imidlertid kun en tilsyneladende sikkerhed og klarhed. At man udtaler sig om andres fortolkninger af retskildematerialet, er som nævnt blot et overflødigt omsvøb, som ikke bringer klarhed, men tværtimod fritager retsvidenskaben for pligten til at anføre sine egne argumenter. Det er måden, hvorpå denne pligt opfyldes, at man skal kende kvaliteten af retsvidenskaben.

Om kvalitetskriterier i rättsvetenskapen

av Antti Suviranta

Den som bedriver rättsvetenskaplig forskning strävar givetvis till gediget arbete. I den meningen tillämpar forskaren – medvetet eller omedvetet – kvalitetskriterier på sin egen forskning. I rättsvetenskapen består det material som forskaren använder i sitt arbete ofta till stor del av andras forskningsrön. Dessa bör dock ej användas okritiskt. I sådana sammanhang tillämpar sålunda även en ung forskare – vare sig kritiken redovisas uttryckligen eller inte – kvalitetskriterier också på forskning som utförts av andra.

Den som hunnit längre på den vetenskapliga banan blir sedan ofta kallad att enkom bedöma andras vetenskapliga arbete. Man skall vara fakultetsopponent vid doktorsdisputationer eller skriva sakkunnigutlåtanden vid tillsättandet av akademiska tjänster. Nu sker kvalitetsbedömningen medvetet och uttryckligen. De kvalitetskriterier man använder är dock ej alltid medvetna eller uttryckliga.

Att ha varit fakultetsopponent några gånger eller skrivit några få sakkunnigutlåtanden är således ingen borgen för att man kan behandla kvalitetskriterierna i rättsvetenskapen på ett någorlunda systematiskt sätt. Detta skall jag emellertid nu försöka mig på. Eftersom jag dock har varken själv bedrivit rättsteoretisk forskning eller i större utsträckning haft att bedöma sådan forskning, skall jag som utgångspunkt i mitt försök främst – men inte allenast – ha mina egna opponents- och sakkunnigutlåtanden. I sådana utlåtanden framhävs dock mera de bedömda arbetens fel än deras förtjänster. Därför skall jag inte nu särskilt hänvisa till de olika utlåtandena. Författarna har fått sin andel av ris i de ursprungliga utlåtandena och behöver inte utsättas för ytterligare kritik för sina arbeten, som dock i allmänhet är trots kritiken mycket förtjänstfulla.

Fordom brukade man bedöma doktorsavhandlingar från två aspekter: *dokumentation* och *argumentation*. Jag tror att detta är än i dag en fruktbar indelning för en analys av kvalitetskriterier. Att använda denna gamla indelning betyder naturligtvis inte att kraven på dokumentation och argumentation skulle i dag vara samma som för några tiotal år sedan. Dokumentation och argumentation är inte heller oberoende av varandra. Olika slag av argumentation behöver olika slag av dokumentation, och argumentationssättet beror på karaktären av den dokumentation som står till buds. – Efter att ha behandlat både dokumentation och argumentation skall jag presentera några ytterligare synpunkter som inte kan inordnas under dessa rubriker.

Dokumentation

Dokumentationen måste först och främst vara *sann*. Det är självklart att seriösa forskare inte medvetet tyr sig till osann dokumentation. Det är emellertid förvånansvärt lätt att missförstå sina källor.

Missförståndet kan gälla redan lagens innehåll. En föreskrift kan återges mindre exakt: man skrev t. ex. att om offentliga tjänstemäns anställningsvillkor *bestäm* enligt (den dåvarande) regeringsformen genom kollektivavtal, ehuru grundlagen endast *tillät* detta förfarande. Stundom är grunden till missuppfattningen mera komplicerad. Enligt den numera upphävda 58 § i Finlands gruvlag fick kvinna ej hållas i gruva i sådant arbete, som utföres under markytan, och enligt 37 § lagen om skydd i arbete får kvinna inte användas »i med gruvarbete jämförbart arbete under jord«. Man kunde tro – och har trott – att här förbjöds samma sak två gånger. Så var emellertid inte fallet. Hade man i gruvlagen också läst föreskrifterna om lagens tillämpningsområde hade man förstått att det inte kunde vara fråga om någon »gruva« om man inte avser att utvinna inmutningsbara gruvmineral. »Med gruvarbete jämförbart arbete« är sedan arbete som sker på liknande sätt som i gruva men med annat ändamål, t. ex. brytning av granit eller byggande av järnvägstunnel. Ett misstag kan också uppstå så att undantagen från en föreskrift förbises och huvudregeln sålunda ges en för vid betydelse.

Det kan också hända att uppfattningen om lagens innehåll är helt korrekt – förutom att föreskrifterna i fråga inte mera är i kraft. I synnerhet lurar denna fara om man hänvisar till utländsk lag. Likadana misstag kan dock även gälla inhemsk lagstiftning, t. ex. när man i en arbetsrättslig studie hänvisar till straff- eller processrättsliga stadganden som i själva verket upphävts flera år tidigare. Ett s.a.s. motsatt fel är att tro att det nuvarande rättsläget existerat längre än faktiskt är fallet, t. ex. när man hävdar att (de svenska) arbetstidsstadgandena alltid kunnat frångås medelst kollektivavtal (ehuru denna möjlighet först infördes år 1957). Man tycks också kunna tro att någon reform skett senare än i verkligheten, t. ex. att ILO:s konvention om nattarbete för kvinnor godkännts »så sent som år 1949« (ehuru det riktiga årtalet är 1919).

Fallgropar möts också i rättsfall. Domar skrevs på ett ytterst koncist sätt, och i rättsfallssamlingar används ofta förkortningar som inte är självklara. Om samlingen med förkortelsen YTiEL avser lagen om allmänna vägar (laki yleisistä teistä), men författaren tror att förkortelsen betyder lagen om enskilda vägar (yksityistielaki), blir hans slutsatser lätt felaktiga. Man måste vidare känna till de uttryck domstolarna använder i sina avgöranden. Att vägdelägarna »varken avgjort eller ens kunnat avgöra« en viss fråga betyder således inte att de överskridit sin behörighet utan endast att deras beslut inte har någon verkan på besvärandens rättigheter eller skyldigheter.

Vid analysen av rättsfall måste avgörandenas omfång alltid beaktas. Om ett avgörande överklagats bara delvis, får man ej anse att överinstansen omfattat underinstansens avgörande till den del det inte överklagats. (I Finland härledde man under årtionden ur högsta förvaltningsdomstolens utslag 1925 II 2236 den slutsatsen att skyldighet att utföra övertidsarbete kunde åläggas i arbetsreglemente, ehuru denna fråga inte alls hade blivit föremål för besvär hos HFD.) Om ansökan om fullföljdstillstånd förkastats, kan därav sällan dras säkra slutsatser om överinstansens åsikter i själva sakfrågan. Därför får t. ex. benämningen »HD:s dom« inte heller användas om ett sådant avslagsbeslut.

Analysen av rättsfall förutsätter vidare att övrig anslutande rättspraxis inte är obekant. Så undviker man t. ex. en sådan slutsats att ett visst avgörande betydde ett totalt omslag i rättspraxis, ehuru avgörandet i verkligheten inte alls avvek från den stadgade rättstillämpningen.

Dokumentationen kan med skäl också innefatta t. ex. statistiska uppgifter. Också här måste man dock vara på alerten så att man förstår vad man läser och återger det rätt. Statistiska symboler är farliga – symbolen »intet finns att redovisa« får inte återges med orden att antalet fall inte är statistiskt relevant. Statistiska tabeller är ofta skrymmande; men om man komprimerar eller förkortar dem får man noga se till att rubrikerna inte blir missvisande. Och oregelbundenheter i statistiska figurer är inte »intressanta« om de beror enbart på att klassificeringsgrunden förändras just vid den punkten.

Likadana fel möter vid användningen av litterära källor. Man kan helt enkelt läsa källan felaktigt. Om man inte känner författarens begrepp och systematik, kan man missförstå honom. Författarens reservationer undgår kanske läsarens öga – i synnerhet om de förekommer först några sidor senare i texten – och så tillskrives författaren en mening som har större omfattning eller mera skärpa än han själv avsett. Två författare kan vid hastig läsning synas ha skilda åsikter om samma sak, ehuru deras åsikter i själva verket angår skilda saker – och ingendera åsikten leder till det resultat läsaren trott.

Andra hands källor har sina risker. Källan kan ha missförstått sin källa eller också återge den så komprimerat – tillräckligt för sina syften – att den som använder andrahandskällan får en felaktig uppfattning av innehållet i den ursprungliga källan. Så kan hända även om andrahandskällan och den ursprungliga källan är skrivna av samma författare. Att skriva att en viss forskare bevisat något är fel om denna forskare hänvisar till tre andra som tidigare kommit till samma resultat och dessa hänvisningar inte ens omnämns. Och satsen att postverket inte hade rättsliga medel att hindra konkurrens inom befordran av korsband skall naturligtvis stödas med en hänvisning till rättsreglerna om postmonopolets omfång och inte bara till ett uttalande av postverkets generaldirektör.

Att källan är på ett annat språk än läsarens modersmål innebär ett ytterligare faromoment. Även om en finne kan – eller tror sig kunna – svenska tillräckligt bra, kan t. ex. danska ord och uttryck utgöra oanade fallgropar. Detta faromoment skall naturligtvis inte undvikas genom att avstå från källor på andra språk än ens eget.

Man skall vidare läsa sina källor med öppna sinnen. Andras tankar skall redovisas såsom de har skrivits utan att pressa dem in i något paradigim. Man bör inte heller underlätta sin kritik av andras åsikter genom att karikera dem. Förkastligt är det även att använda färgade glasögon för att beskriva fakta och (gällande eller forna) rättsregler – en annan sak är att sedan värdera dem öppet från synvinkeln av någon ideologi. Å andra sidan får man inte presentera ett problem av i dag såsom det tedde sig för några tiotal år sedan.

Utöver att vara sann bör dokumentationen också vara *fullständig*. Man kunde också tala om dokumentationens *jämvikt* eller *relevans* för att poängtera att dokumentationen inte behöver – eller inte ens får – omfatta allt mellan himmel och jord. Men den bör omfatta allt som behövs för en grundlig och allsidig behandling av forskningsämnet.

Forskaren måste alltså vara i stånd att skaffa den relevanta dokumentationen. För detta ändamål finns det olika tekniska och övriga hjälpmedel som förbigås här men som forskaren bör kunna använda (antingen själv eller med hjälp av informatiker).

Författarens beläsenhet behöver inte alltid dokumenteras med uttryckliga källhänvisningar, t. ex. om det är fråga om en tämligen elementär beskrivning av någon rättsinstitut. Om man emellertid vill hänvisa, bör man inte förbigå goda inhemska källor till förmån för utländska, som inte innehåller någonting nytt i jämförelse med de inhemska. Är det sedan fråga om ett mera centralt avsnitt i avhandlingen, får författaren inte vara okunnig om en tämligen ny inhemska monografi där samma fråga behandlas. Och söker forskaren stöd i någon rättsprincip – t. ex. om »den enda riktiga lösningen« – bör han känna till den diskussion som förts om principen i fråga.

Fordom krävdes i doktorsavhandlingar dokumentation för författarens beläsenhet. Hänvisningar som inte har något annat syfte är numera överflödiga. Däremot kan det vara skäl att inkludera sådana hänvisningar som inte behövs för den egna resonemangen till gagn för den som vill studera vidare någon fråga. Och ett absolut fel är att förtiga det att författarens resultat är i strid med vad (alla) övriga forskare framfört.

Långa citat ur lätt tillgängliga texter är oftast obehövliga. Arkivhandlingar, duplicerade promemorier m.m. är det däremot ofta skäl att citera ordagrant eller åtminstone referera ganska utförligt; dessutom bör man ge tillräckliga identifikationsuppgifter för dem. Rättsfall m.m. sprids ofta i duplicerad form

eller trycks i juridiska tidskrifter innan de publiceras i den offentliga samlingen; men om även den officiella samlingen har redan hunnit publiceras, bör källhänvisningen ske till den.

Att kunna förankra sin rättsdogmatiska undersökning i t. ex. rättsteoretiska sammanhang är ofta ett plus; men att använda lösryckta rättsteoretiska, sociologiska m.m. satser enbart som prydnader i sin text är lika säkert ett minus.

Argumentation

Rättsdogmatisk forskning kan bedrivas enligt många olika metoder. Man kan begränsa sig till att beskriva och systematisera de rättsregler som enligt gällande lagstiftning och (stadgad) rättspraxis är i kraft. Man kan vidare formulera tänkbara tolkningsalternativ och presentera argument för och emot dem. Man kan slutligen värdesätta dessa argument och sålunda välja (rekommendationsvis) bland alternativen.

Beskrivningen och systematiseringen av gällande rättsregler påminner om empirisk forskning. Man har stundom velat förläna endast sådan rättsdogmatik värdigheten av rättsvetenskap. Sålunda har man sagt att definieringen av legala begrepp skall grunda sig på empiriskt material och inte på forskarens egna uppfattningar och värderingar.

Det sistnämnda är ett ideal mot vilket man skall sträva så långt man kan med tillhjälp av empiriskt material. Definieringen av legala begrepp är emellertid också den ett lagtolkningsproblem, som lika litet som övriga lagtolkningsproblem kan alltid lösas enbart med tillhjälp av empiriskt material och logikens regler. Till skillnad från en domstol kan en forskare då låta bli att slutligt definiera begreppet i fråga. Ofta är det dock enligt min åsikt nyttigt att även en forskare fortsätter förbi empirin och logiken, presenterar (vid begreppsdefiniering liksom vid annan lagtolkning) tolkningsalternativen och argumenterna pro och contra (detta kan ännu vara fritt från värderingar) samt väger alternativen mot varandra och gör sitt val. Viktigt är bara att allt detta sker öppet, så att värderingar inte framställs som empiri.

Liksom för en domare är lagtolkningen för en forskare – såvitt den går utöver empirin och logiken – målinriktad verksamhet och ingen somnambulism. Varken för en domare eller för en forskare får målet dock normalt vara ett förutbestämt resultat utan ett riktigt resultat, dvs. ett sådant resultat som en skicklig och opartisk domare eller forskare skulle nå i detta fall. Resultatet skall alltså grundas på lagtexter, förarbeten, prejudikater osv. och inte på individuella målsättningar eller – i ett pluralistiskt samhälle – på ett bestämt partis strävanden. Detta är naturligtvis ett ideal, som aldrig kan nås fullt. Men i synnerhet om

man önskar utveckla och förnya samhället är det enligt min uppfattning viktigt att hålla fast vid en lagtolkningsmetod som är möjligast enhetlig och lojal och beaktar lagens och lagstiftarens målsättningar. Lagstiftningsarbetet blir hopplöst om man vid utarbetandet av lagar måste utöver begränsningarna i lagtillämparnas kunskaper och färdigheter – och, såsom man stundom anför, magknip och övriga stämningfaktorer – också ta hänsyn till att tillämparna skulle i stigande omfattning avsiktligt sträva till att beakta sina personliga målsättningar och parti- och andra gruppintressen.

Vid formuleringen av tolkningsalternativ behöver man både kunskaper och fantasi. Ofta är det alltför lätt att ta fasta på det första bästa alternativet utan att tänka på att det kan finnas andra; och ännu lättare kan det vara att finna två alternativ att välja mellan och överse att det kan finnas ett tredje (och kanske fjärde).

Har man inte funnit mera än ett tolkningsalternativ är det lätt att förbise att tolkningen borde motiveras. Men även om man har två alternativ att välja mellan händer det att man väljer det ena av dem utan att ge några som helst skäl för sitt val. Och även om man ger skäl kan argumenteringen förbli bristfällig.

Så sker bl.a. om man formulerar en allmän regel på grund av exempel som täcker bara en del av regelns hela vidd: man bör åtminstone analysera vilka andra fall som täcks av regeln och huruvida det är – eller inte är – motiverat att utsträcka regeln till dessa fall. Ingen länk i beviskedjan får heller hoppas över: även om den juridiska argumenteringen inte kan alltid vara helt bindande, måste den dock vara konsekvent. I argumentationen kan man ofta med fördel använda material från rättsinstitut som på ett eller annat sätt är analoga. Sålunda kan överföringsbeskattningen vid sådan fastighetsöverlåtelse som sedan låtits återgå på grund av köparens betalningsoförmåga tjäna till förklaring för behandlingen av sådana fall vid inkomstbeskattningen för överlåtelsevinst. Utan urskillning kan rättsregler från ett rättsinstitut dock inte tillämpas på ett annat: principer för lagtolkning gäller inte utan vidare vid tolkning av avtal.

Såsom ett slags sammanfattning skall jag jämföra forskarens arbete med konstnärligt skapande. Konstnären ger gestalt åt verkligheten ur sin egen synvinkel och strävar till att få fram det som han anser väsentligt. Detaljerna kan sakna all betydelse, och en annan konstnärs bild av samma verklighet kan vara lika imponerande och lika sann, men helt annorlunda. Fantasi och helhetssyn är även för en forskare oersättliga anlag såväl när problemet gestaltas som när lösningsmodell eftersöks. Forskaren får dock inte hängiva sig åt sin första uppfattning, hur betagande den än må vara. För det första bör man sträva till att verifiera lösningen ända till de minsta detaljerna – hur okreativt sådant revisorsarbete än må verka. För det andra bör forskaren kunna själv ikläda sig »den andra konstnären« roll och själv genomtänka om den första uppfattningen till

lösning efter allt var det enda alternativet; och detta sökande efter andra alternativ är inget småpyssel utan kan vara den del av hela undersökningen som mest kräver stora linjer och fantasi.

Gränsdragning behövs emellertid också åt annat håll. Jag har ovan hänvisat till fantasi, helhetssyn och gestaltning förmåga såsom gemensamma kännetecken för goda forskare och goda konstnärer. Det finns gott om jurister som vet de minsta detaljerna inom ett snävt specialområde – t. ex. statshushållningen eller omsättningsbeskattningen – men som saknar ovan antydda vidare vyer. Vill de bli goda forskare bör de alltså forkovra sig som generalister mera än som specialister.

Ytterligare synpunkter

När lärarutbildningen i vårt land omdanades för någon tid sedan, inrättades vid våra universitet och högskolor ett stort antal nya professorer i pedagogik, så att deras totalantal för en tjugotal år sedan redan var ungefär 100. Man hade hoppats att dessa 100 professorer skulle ge sitt bidrag till utvecklingen av vårt skolväsen, men det ansågs att denna förhoppning inte hade infriats: pedagogikprofessorerna forskade och undervisade hur man *har* i skolorna uppfostrat och undervisat, inte (såsom deras forna kolleger, lektorerna vid folkskoleseminarierna) hur man *bör* uppfostra och undervisa. Hur man *har* forskat och undervisat är naturligtvis i och för sig ett viktigt och vettigt forskningsproblem, och forskningens och undervisningens frihet bör inte begränsas. Största delen av pedagogikprofessorernas elever skall dock bli lärare och inte forskare; och hade man på förhand vetat att professorerna bara ägnar sig åt forskning i pedagogikens historia hade man säkerligen inte inrättat så många nya professorer. Sensmoralen är att problemets praktiska betydelse bör även i juridiken vara en av grunderna – om ock inte den enda grunden – när man väljer forskningsobjekt.

Väljer man sedan sitt forskningsproblem (delvis) på grund av dess praktiska betydelse, önskar man givetvis att forskningens resultat kan också utnyttjas i praktiken. Ett av mina kvalitetskriterier är därför, »last but not least«, att forskaren ger sina studier – utan att dagtinga med deras exakthet – en sådan språklig utformning som verkligen gör forskningens resultat användbara också hos praktiker.

Kvalitetskriterier i retsvidenskaben - perspektiv på problemstillingen

Ole Hasselbalch

De kriterier, der på det formelle plan sædvanligvis lægges til grund for vurderingen af videnskabelige arbejder – det man kan kalde de snævre kvalitetskriterier – er gennemgået og diskuteret i en række artikler fra forskellige forfattere. Selv om der heri kan aflæses visse tendenser, fremgår det klart, at der ingen entydig opfattelse er af, hvad kvalitet er. Og selv om der sjældent forekommer store afvigelser i vurderingerne hos de bedømmelsesudvalg, der sættes til at vurdere videnskabelige arbejder, er forholdet jo dog det, at disse udvalg normalt helst sammensættes af personer med beslægtede synssæt. Mellem sådanne grupper indbyrdes kan der være ganske betydelige forskelligheder.

Jeg vil i det følgende beskæftige mig med nogle af de mulige årsager til disse udsving/variationer. Endvidere vil jeg ganske kort berøre et element i kvalitetsbedømmelsen, som efter min opfattelse ofte underprioriteres af bedømmerne, nemlig den enkelte forskers samlede forskningsprofil, altså helhedsplan for sit virke.

De snævre kvalitetskriterier

Kvalitetsbedømmelsen af en forskers arbejder skal foretages, når han søger en videnskabelig grad eller stilling. Idealmålet ville her være, at bedømmerne anvendte ensartede bedømmelseskriterier, samt at disse var af et så entydigt indhold, at forskellige bedømmere uden videre ville nå til identiske vurderinger af samme produkt. Dette idealmål nås imidlertid som sagt ikke i den virkelige verden.

Usikkerheden viser sig allerede i sammenhængen mellem de videnskabelige grader og jobbetegnelser:

På gradsplanet udtrykkes den ultimative kvalitet principielt i Danmark i en dr.jur.-grad – på norsk kaldet dr.juris (der dog måske også rækker ind i den danske licentiatgrad, eftersom en sådan ikke bruges i Norge). En titel som dr.jur. kvalificerer efter sædvanemæssig opfattelse til et professorat, som jo netop skulle rumme den ultimative kompetence. Men i de seneste år er det

blevet tvivlsomt, hvorvidt denne højeste videnskabelige grad stadig er et sine qua non for at opnå en lærestol. I hvert fald er et stigende antal professorater blevet besat uden baggrund i disputatser. Hvorvidt disse stillingsbesættelser støttes på et hermed sidestillet arbejde – og hvorfor dette i så fald ikke formelt er søgt godkendt som disputats – må man gætte sig til.

Usikkerheden breder sig, når vi bevæger os nedad i stillingskategorierne – for slet ikke at tale om hvis vi løfter blikket og ser ud over de danske grænser: »Ph.d.«-graden markerer visse steder i udlandet det samme som en dansk doktorgrad. Men i Danmark er en ph.d. »blot« en licentiat. Som sådan kan han dog evt. ifølge de gamle danske stillingsordninger være blevet »docent« – hvilket imidlertid ikke rummer nogen professorkompetence. – I modsætning til i Sverige, hvor en jur.dr. evt. blot er licentiat, medmindre han har »docentbetyg«, hvorved traditionelt er blevet tilkendegivet, at han har kvalificeret sig på linje med en dansk doktorgrad og sådan set umiddelbart kan blive professor, såfremt der da er en sådan stilling ledig. Licentiatgraden er således i Sverige så tæt på jur. dr. graden, at den i praksis næsten ikke bruges.

Hvad kræves der da formelt set for opnåelse af de to danske videnskabelige grader?

Ja, doktorgradens tildeling kræver efter gældende bekendtgørelse, at indehaveren har en »*betydelig videnskabelig indsigt og modenhed*«, samt at han »*med afhandlingen har bragt videnskaben et væsentligt skridt videre*«. ph.d.-graden tildeles derimod (normalt) for *dels* tilfredsstillende gennemførelse af en forskeruddannelse (eller sideordnet kvalificering) og *dels* en afhandling, som dokumenterer, at forfatteren har været »*i stand til at gennemføre et videnskabeligt projekt ved selvstændig anvendelse affagets videnskabelige metoder og derved (har) ydet et bidrag til fremme af forskningen på et niveau, der svarer til international standard for ph.d.-grader inden for fagområdet*«.

Disse krav er ikke entydige. F.eks. findes der mig bekendt ingen fælles, international standard for tildeling af ph.d.-graden, der tværtimod ude i verden bruges, så at den spænder lige fra den traditionelle danske licentiatgrad og til den danske doktorgrad.

I praksis kan betingelserne for tildeling af den danske doktorgrad dog vist nok sammenfattes på den måde, at der gennem afhandlingen skal være udvirket et væsentligt fremskridt for retsvidenskaben, hvilket normalt antages at forudsætte, at forfatteren har dokumenteret ikke blot videnskabelig færdighed på det *håndværksmæssige* plan, men også videnskabelig *kreativitet*. I relation til ph.d.-graden ligger vægten derimod på den *håndværksmæssige* færdighed – dog at selve tilvejebringelsen af ny viden kutymemæssigt anerkendes som meriterende, når praktikere indleverer et arbejde til bedømmelse.

Så vidt så godt – for så vidt angår det formelle.

For nylig måtte jeg i forbindelse med et bedømmelsesarbejde gennemgå et bredere udsnit af afhandlinger – i alt 12 – der er blevet lagt til grund for tildelte grader. Anledningen var tvivl hos bedømmelsesudvalget m.h.t., hvorledes bekendtgørelsernes krav praktiseres. Undersøgelsen viste, at kravene er i skred. F.eks. stødte jeg på en (godkendt) doktorafhandling, hvis fortjeneste stort set udelukkende ligger på det pædagogiske plan, og en anden, som i sin helhed hviler på en forkert præmis vedr. det utvivlsomme indhold af gældende ret. Tilsvarende stødte jeg på en (godkendt) ph.d.-afhandling, der udelukkende rummede en kompilation af eksisterende stof uden nogen præsentation af samme i en efter de behandlede fænomener ny endsige videnskabeligt set frugtbar systematik. Ja, denne afhandling opstillede endog antagelser og anvisninger om indholdet af nugældende ret på grundlag af en forældet retspraksis (der nemlig byggede på ikke længere gældende lovgivning).

Undersøgelsen viste kort sagt, at der i dag er *så* store forskelle i kvalitetsvurderingerne, at de umuligt kan forklares alene som konsekvensen af bedømmernes skøn og det spillerum for individuel vurdering, et skøn altid efterlader. Og når jeg løfter blikket ud over denne undersøgelse, mener jeg i øvrigt at se, at der i nyere tid er godkendt også andre doktorafhandlinger, som ingen skaberkraft rummer, men blot udgør opstablinger af gældende ret eller manuel tilslutning til og underbyggelse af bestemte samfundsteorier eller videnskabssyn.

Livet er altså ikke blevet lettere for den, der søger svar på spørgsmålet om, hvad kvalitet er. Hertil kommer nu de problemer vedr. den indikation af samme, som følger af de nye danske lønordninger. Disse rummer således, som jeg senere skal komme tilbage til, differentieringsmuligheder, der i væsentlige dele bygger på kriterier adskilligt fra, hvad der traditionelt accepteres som relevant for videnskabelig meritering.

Det er derfor vanskeligt for en ung forsker i Danmark at orientere sig og tegne det søkort, hvorefter han kan planlægge en videnskabelig karriere uden at sejle på grund.

Hvad skyldes udsvingene?

Hvad skyldes da udsvingene – når man ser bort fra muligheden for sjudsk hos bedømmerne eller tilfældigheder med udspring i hvilken grad af forkundskab om det bedømtes emneområde, bedømmerne mønstrer, i kombination med forfatterens held eller mangel på samme til at fremlægge sine resultater også for mindre vel indviede?

For mig at se er der i så henseende især ét forhold, der påkalder sig opmærksomhed, og det er, at der gennem nogle årtier udviklede sig vidt forskellige syn på, hvad videnskab er, og hvad videnskabens opgave er, samt at de kvalitetskriterier, man ud fra vestlig videnskabstradition naturligt vil stille i centrum, ikke længere er enerådende.

Hvis den bedømte og bedømmerne ikke i så henseende taler samme sprog, er det indlysende, at vurderingen af det bedømte arbejde aldrig kan blive fordelagtig. Godt kan tværtimod på den måde blive bedømt som dårligt – ligesom dårligt kan blive bedømt som godt. Forstår forskeren ikke vigtigheden af, at hans produkt vurderes ud fra samme videnskabssyn, ud fra hvilket det er skrevet, er han derfor allerede godt på vej til at lide nederlag.

De to samfundsopfattelser

Hvad er det for forskelle, jeg taler om?

Lad os begynde med noget, der er så basalt, at vi er tilbøjelige til at glemme det:

Ud fra det videnskabssyn, som er det traditionelt fremherskende i den vestlige verden, kan vel sammenfatningsvis siges, at kvaliteten i videnskabeligt arbejde måles efter, i hvilket omfang det lykkes at skaffe os ny viden på det pågældende forskningsfelt samt at fremlægge og dokumentere denne ny viden på en måde, som gør det indvundne tilgængeligt for andre og dermed egnet for andre forskere til at bygge videre på. Der er også inden for retsvidenskaben opbygget en nogenlunde fast ramme for, hvorledes denne tilgængeliggørelse og dokumentation bør finde sted, som kan variere fra land til land, men som dog i hovedsagen gør det indvundne tilgængeligt også på tværs af nationale grænser (i den udstrækning, hvori brugeren er i stand til at overvinde de rent sproglige barrierer).

En afgørende vanskelighed ligger imidlertid i, at denne ideelle målestok for, hvad videnskabelig kvalitet er, ikke er den eneste eksisterende. Der er tværtimod to vidt forskellige opfattelser heraf og af videnskabens rolle.

Den traditionelle vestlige samfundsmodel bygger ideologisk set på opfattelsen af, at menneskelivet hverken kan eller bør reguleres én gang for alle i henhold til en forud opstillet ideologisk eller religiøs formel, men at der bestandig må tages stilling til denne verdens fænomener ud fra en konkret undersøgelse af deres indhold, samt at denne stillingtagen tilkommer de enkelte borgere inden for rammerne af et folkestyre. Dette tankesæt er altså pragmatisk og frem for alt empirisk orienteret – det kræver, at der bygges ikke på spekulation, men på observation. Og videnskabens rolle anses i overensstemmelse hermed at

være med de midler, som er mest egnede, at producere den størst mulige viden om tingene, som de faktisk er – på godt og ondt – og som alle berørte så kan støtte sig til.

Det andet tankesæt, som vi plejer at kalde det totalitære – og som kendes f.eks. fra nazismen, kommunismen, det fundamentalistiske islam samt visse nyreligiøse bevægelser og skoleforetagender – er helt anderledes. Det bygger nemlig på opfattelsen af, at det er muligt at opstille en ideel formel for, hvorledes menneskelivet bør leves, altså en helhedsideologi, der udtænkes af få, evt. en enkelt, samt at disse få herefter har pligt til at søge samfundet indordnet i den ramme, formlen anviser.

Det totalitære tankesæt bygger altså på opfattelsen af, at samfundets tarv varetages bedst af en elite, som har den moralske ret og pligt til at gennemdrive sine ideologiske mål over for de øvrige borgere. Det bæres af den opfattelse, at alle ikke er lige kloge og ansvarlige, hvorfor der er behov for, at samfundet indrettes på en måde, der afspejler elitens erfaringer og mål. Endvidere anses i enhver sammenhæng de midler retfærdige og tilladelige, som er nødvendige for at gennemdrive det udtænkte ideal for samfundet indretning. Som Lenin udtrykker det: »*Vores moral er helt underlagt proletarietets klassekampinteresser*«, og »*alt hvad der udrettes i proletarietets navn er retskaffent*« (refereret efter den sovjetiske efterretningschef Pavel Sudoplatov, *Uønsket Vidne*, 1994, s. 8).

Ét samlende kendetegn for den totalitære model er altså *netop*, at den ikke er empirisk, men derimod spekulativt funderet. Et andet kendetegn er intolerancen over for andre opfattelser. Den (pågældende) totalitære samfundsmodel anses så at sige pr. definition som den eneste rigtige og retfærdige. Et tredje kendetegn er opfattelsen af, at alle midler er tilladelige, når blot de tjener etableringen eller opretholdelsen af idealsamfundet.

Samfundsvidenskabens opgave i henhold til det totalitære tankesæt er således ikke at søge en objektiv sandhed og at fremlægge samme. Tværtimod fornægtes det, at objektivitet overhovedet er mulig. Som det siges i bogen *Pædagogik er Politik* (1973, s. 39) af Ole Lindboe: »*Den empirisk/positivistiske videnskabs udgangspunkt er en tro på, at det kan lade sig gøre at foretage en såkaldt objektiv beskrivelse af virkeligheden. En tro på, at hvis man samler tilstrækkelig mange kendsgerninger sammen, vil de kunne blive til en objektiv syntese, der beskriver en større eller mindre del af det menneskelige samfunds udvikling. – Men for at kunne beskrive en del af virkeligheden kræves der et begrebsapparat, et perspektiv og en problemstilling, som videnskabsmanden først må vælge! – Dette valg kan naturligvis kun være subjektivt....*«. Opgaven ifølge dette totalitære videnskabssyn er altså at tjene »samfundets« behov, således som disse defineres af ideologien – herunder at

bidrage til at hidføre en omvæltning i den rigtige retning af traditionelt demokratiske samfund. Som det siges: Videnskabens opgave er ikke at beskrive verden, men at forandre den. Og medens de tekniske videnskabers mål udmærket kan være de samme som i henhold til det traditionelle vestlige videnskabs-syn – nemlig at udvikle et så højt teknologisk niveau som muligt – gælder det i relation til samfundsvidenskaberne, at disses fremste opgave ikke er at skaffe ny erkendelse, men derimod at bekræfte rigtigheden af den *udvalgte* samfundsmodel.

Der er derfor en fundamental konflikt mellem de to måder at anskue samfundsvidenskabens opgave på:

Der ligger f.eks. i det traditionelle vestlige videnskabssyns natur en indbygget tolerance over for utraditionelle metoder og indfaldsvinkler på stoffet, når disse vel at mærke blot kan tænkes at ville skaffe os ny viden. Således er – i strid med hvad nogen tror – også andre forskningsretninger end den retsdogmatiske tilladelige: Retssociologi, retsøkonomi etc. Ligeledes er teoridannelse, der kan hjælpe os til at vinde større erkendelse, tilladelig. Grænsen for, hvad videnskab er, går først dér, hvor forskeren slet ikke søger at indvinde ny viden, men derimod blot og bart virker for at hidføre en samfundsforandring. Det er nemlig *ikke* tilladeligt at misfarve billedet af virkeligheden gennem ikke-repræsentativ selektion af stof og argumenter i meningspåvirkningens tjeneste. Det er *heller* ikke tilladeligt at fastlægge en definitiv sandhed – mener videnskabsmanden at have fundet en sådan, har han tværtimod mistet sin dyd. Endvidere er grundlaget for videnskabelig virksomhed efter den traditionelle vestlige videnskabsmodel princippet om, at det ikke er ideologien eller samfundsmagten, der skal definere forskningens mål, men derimod forskerne selv ud fra deres erfaring og intuition.

Det totalitære videnskabssyn definerer derimod *på forhånd* bestemte forskningsopgaver som vigtigere, rigtigere og lødigere end andre. Forskerens opgave er så at sige bestemt ovenfra. Endvidere rummer dette videnskabssyn en anden opfattelse af, hvorledes de enkelte opgaver skal løses og resultaterne fremlægges, idet det afgørende i så henseende er, hvad der tjener idealsamfundet bedst. Derfor vil inden for rammen af dette tankesæt endog forsknings- og fremstillingsmetoder, som er helt uacceptable i henhold til traditionel videnskabsteori, kunne udgøre høj kvalitet – for retsvidenskabens vedkommende f.eks. omskrivning af den juridiske virkelighed i opdragelsens tjeneste.

En god del af de udsving, som kan aflæses i de formelle bedømmelser af videnskabelige arbejder, skyldes efter min opfattelse antagelig disse basale forskelle hos bedømmerne i opfattelsen af videnskabens opgave – evt. at bedømmerne ikke har holdt sig forskellene i de to videnskabssyn klart.

Dette problem skal ikke undervurderes. – Også fordi der tillige hos ressourcегiverne – altså politikerne og institutionsledelserne – er en korrosion i gang af de traditionelle værdier. Og enhver forskningsindsats kræver jo ressourcer. Omdefinerer også ressourcегiverne, hvad kvalitet er, tvinges forskeren derfor let til at følge efter.

De samlede konsekvenser af det anførte for den danske retsvidenskabs stude kan let på sigt gå hen og blive alarmerende.

Totalitarismens efterladenskaber

Hvad er da substansen af den syre, der korroderer niveauet?

Før Murens fald var der ingen tvivl. Påskuddet for at udhule de traditionelle videnskabelige værdier var »samfundets behov«, som det kaldtes, og ønsket om at være »kritisk« på »samfundets« vegne. Det krævedes, at retsvidenskabsmanden indrettede sit arbejde med en større grad af »samfundsorientering«, indpasning i en »overordnet teoretisk tankemodel« o.s.v. Det lyder tilforladeligt. Men ordene dækkede over bestræbelsen på med samfundsvidenskaben som brækjern at indføre en marxistisk samfundsordning.

Den marxistiske samfundsmodel har ikke megen omsætningsværdi i dag. Men det ønske om at føre den ud i livet, som beherskede adfærden hos store dele af den intellektuelle og akademiske elite i flere årtier, skabte efter min vurdering en tilvæning til dens metoder, en forgiftning så at sige, som satte sig dybe spor gennem fortynding af de traditionelle værdier i mange forskeres såvel som i de danske politikeres bevidsthed. For politikerne var det vel egentlig heller ikke uvelkomment at opnå denne nye mulighed for indflydelse på aktiviteterne ved de højere læreanstalter. Den legitimation af det totalitære videnskabssyn, som skabtes gennem ungdomsoprørets flirten med marxismen, er derfor blevet stående hos os. Blot bruges den nu til at trække andre skabeloner end den marxistiske ned over hovedet på samfundsvidenskaben.

F.eks. er det som bekendt i dag især hensynet til »effektiviteten« – hvad dette end er – som er alibi for forskningsstyring og indgreb i forskningens frihed. Men også andre ting påberåbes – således »menneskerettighederne«, »den europæiske integration«, »humaniteten« og andre af de slogans og glimmerplatheder, som styrer dagens politiske debat, fortrinsvis fordi de er så tilpas vidtfavnende, at de ikke lader sig modsige, samtidig med at de kan tolkes, så at de er egnede til at gennemdrive den siddende politiske elites øjeblikkelige nykker. Det er med andre ord ikke engang helhedsideologier, samfundsforskerne nu skal bekende sig til, men de langt mere tilfældige og modeprægede tankestrømninger, som med et udtryk hentet fra USA kan sammenfattes under betegnelsen

den »politiske korrekthed«. Dette gør det dog ikke meget bedre. Det korte og det lange er jo nemlig, at de muligheder for at skaffe ny indsigt, som det er samfundsvidenskabens fornemste opgave at tilvejebringe, beskæres. Hvis den juridiske forsker gør sig nogen som helst forestilling om, at politikere, der endog kan finde på med »menneskerettighederne« som påskud at bombe suveræne lande på Balkan i strid med folkeretten, vil afholde sig fra at presse retsvidenskaben – f.eks. til at omskrive reglerne i samme – er han naiv.

Hvorledes foregår da på det praktiske plan springen af forskningen i de af politikerne ønskede retninger?

Lad os tage nogle eksempler:

I den danske forskningsministers 1998-redegørelse om universitets- og forskningspolitikken lægges op til såkaldte »udviklingskontrakter« mellem myndighederne og forskningsinstitutionerne. En sådan kontrakt tænkte at skulle repræsentere institutionens egne forskningsmål. Og ministeren talte om, at kontakterne »skal være med til at løfte universiteternes ambitionsniveau, stimulere deres opfindsomhed og hæve produktivitet og kvalitet på kerneområderne.« Det lyder så smukt, at man næsten får vand i øjnene. Men hvis nu en institutions mål ikke stemmer med ministeriets, kan den så regne med overhovedet at få nogen kontrakt? Og hvad vil den eventuelle mangel af kontrakt på længere sigt indebære for ressourcetildelingen? Hvem tør sætte sig ud over det, der er politikernes mål, når de skitserer deres institutions ditto? Hvilken virkning vil det have, at ministerielle fuldmægtige for slet ikke at tale om ministerens såkaldte politiske rådgivere gennem disse kontrakter gøres til gatekeepere for forskningen?

Redegørelsen ligger i øvrigt i direkte forlængelse af en udvikling, som har indebåret, at de unge forskere i stigende grad er blevet afhængige af fondsmidler og konkrete bevillinger. Der er som bekendt også set eksempler på, at der er givet bevillinger på tocifrede millionbeløb – selvsagt på bekostning af de frie forskningsmidler – til på forhånd definerede projekter, der i henhold til deres sproglige – og naturligvis politisk korrekte – præsentation i opslaget overhovedet kun kunne gennemføres af dem, der beherskede dettes politiske dialektik. I et konkret tilfælde, som jeg erindrer, understøttedes det øjensynligt af bevillingsgiveren tilsigtede mål oven i købet gennem fastsættelse af en ansøgningsfrist, der var så kort i forhold til den opstillede opgaves betydelige omfang, at det på forhånd udelukkede andre end de i forvejen indviede fra at lægge en ansøgning ind om noget som helst.

Dette skal tillige ses i lyset af, at der er etableret en professorkategori af tidsbegrænsede stillinger med relation til områder, institutionen ønsker at fremme. Disses indehavere kommer selvsagt let i lommen på dem, der træffer afgørelse om forlængelse af den underliggende bevilling. I kombination hermed

noteres, at tjenestemandsansættelsen i professorater er på retur til fordel for overenskomstansættelser, hvor afskedigelse er mulig p.g.a. politisk beslutning om at nedlægge opgaven – altså definere den som forskningsmæssigt irrelevant.

En anden aksel for forskningsstyringen er de nye lønsystemer. I retningslinjerne for lønsystemet for de højere læreanstalter udpeges ikke blot de kriterier, som traditionelt kendetegner videnskabelig lødighed, som grundlag for tildeling af økonomiske begunstigelser, men også de enkelte forskeres gennemførte uddannelsesforløb, formidlingsevne m.v. I princippet er det ikke længere alene forskerens tilvejebragte videnskabelige landvindinger, der påskønnes, men også – ja, man får indtryk af *især* – alt muligt andet. F.eks. vil populærinformation gennem pressen om landvindinger, *andre* forskere har indvundet – eller som formidleren påstår selv at have gjort – være meriterende. Hermed er der åbnet op for opprioritering af forskere – og såkaldte sådanne – der forstår at ride på de bærebølger, der har mest genklang hos medier og politikere, på bekostning af de kolleger, der udfører den for forskningen som helhed langt vigtigere, men for offentligheden i store dele uforståelige grundforskning, eller som arbejder med p.t. upopulære emner. Oven i købet unddrager grundlaget for institutionernes lønmæssige opprioriteringer sig kontrol. Beslutningerne træffes jo under omstændigheder, de berørte forskere ikke har indsyn i.

Vi kan også se på, hvorledes ansættelsen af forskere i slutstillinger foregår. Denne bestemmes nu ikke mere af personer, der i forvejen beklæder sådanne stillinger. Efter ansættelsesbekendtgørelsen (nr. 650) af 1998 skal det sagkyndige bedømmelsesudvalg således blot *indstille*, hvilke ansøgere, der er kvalificerede, medens institutionsledelsen – der jo nærmest pr. definition *ikke* er den bedste til at skelne mellem disse ud fra deres respektive videnskabelige lødighed, men oven i købet må formodes at være påvirket af behovet for at behage den bevillingsgivende minister – derefter foretager *det endelige valg* mellem de kvalificerede. Den endelige beslutning om ansættelsen træffes således nu ikke mere i henhold til de stringente regler, der gælder for bedømmelserne, som ydermere er gennemsigtige for de berørte og kan påklages, såfremt usaglige hensyn skulle være lagt til grund. I stedet kommer tingene til at foregå i de institutionelle korridorer og krinkelkroge. Hvilken nepotisme og indavl, der herved lægges op til, er let at se.

I kombination hermed er der grund til at bemærke, at ved notat af 3/3 2000 fra Forskningsministeriet er forskning og undervisning blevet ligestillede i stillingsstrukturen, og der er sket en generel opgradering af de uddannelsesmæssige og pædagogisk kvalifikationer hos ansøgerne. Gode sådanne bliver altså relativt vigtigere, og hovedvægten ligger, som jeg læser notatet, ikke mere på forskningskvalifikationerne. – Og samtidig er der for at sikre rekrutteringsgrundlaget ved læreanstalterne etableret en strøm af professorater, som jo

nødvendigvis skal besættes – hvorved der selv sagt let vil gå inflation i de traditionelle kvalifikationskriterier.

De politiske styringsmuligheder er altså omfattende – ja, på visse områder endog ekstreme. Man kan i dag endog se lærestole opslået, som *på forhånd* er bundet til en bestemt opfattelse af, hvad forskningsresultatet skal være, og som dermed også i kraft af selve deres indretning afskærer indehaveren fra at indvinde ny viden, som måtte kollidere med dette grundlag. Ifølge reglerne for de såkaldte Jean Monnet-professorater udgør disse således »*et symbolsk udtryk for en fuldtdsstilling, der helt er helliget den europæiske integration*«. Hvorledes en professor af denne kaliber skal løse det problem, der måtte opstå, såfremt hans forskningsresultater viser i anden retning end denne såkaldte »integration« tilsiger, kan enhver overveje med sig selv.

Profil på problemstillingen

Hvilken profil kan vi på dette grundlag tegne af problemstillingen i Danmark?

Ja, det karakteristiske for denne udvikling er *for det første*, at forskningsbehovene altså i stigende grad defineres af politiske myndigheder.

Det er altid forekommet, at politikerne har bestilt forskning inden for bestemte områder. Uden bestilling på en atombombe er det vel f.eks. mere end tvivlsomt, om forskerne af sig selv havde fundet det relevant at opfinde et sådant døds-apparat. Det er imidlertid traditionelt blevet betragtet som vigtigt, at denne bestillingsforskning kun supplerede og i al fald ikke kompromitterede forskningsapparatet som sådant, men at dette tværtimod fortsat selv definerede sine egne mål og midler inden for de overordnede bevillingsmæssige rammer, politikerne gav.

Disse rammer strammes imidlertid nu mere og mere på bekostning af forskningens frihed med uoverskuelige negative konsekvenser til følge. For de største videnskabelige fremskridt skabes jo altså ikke nødvendigvis på bestilling og i henhold til styring fra personer, der pr. definition ikke er de bedste til at vide, hvad forskeren skal lede efter. Tværtimod er det ofte således, at en forskeren endog ikke selv egentlig véd, hvad han søger, førend han har fundet det. Hvorledes skulle så de politiske myndigheder kunne vide det?

For det andet er udviklingen karakteriseret af, at anerkendelsen og understøttelsen af den enkelte forskers indsats – altså opbygningen af det, der burde være kvalitet – ikke mere sker udelukkende på grundlag af de traditionelle videnskabelige kvalitetskriterier, d.v.s. ud fra en vurdering af, hvilke videnskabelige

fremskridt, der er udvirket. Derimod foregår den også – og i stigende grad – ud fra hensyn, der er i så henseende irrelevante, men som altså af samfundsmagten *defineres* som videnskabeligt relevante. Afgørende er jo efter de nyeste tendenser ikke, hvilke i traditionel forstand videnskabelige landvindinger forskeren hidfører, men derimod f.eks., hvor effektivt han er i stand til at markedsføre sig og sin forskning – eller påståede samme – hos politikerne og institutionsledelserne. F.eks. vil det kunne have større betydning, at han behersker den politikerattraktive og dermed bevillingsgivende sprogbrug, end at han er et lysende videnskabeligt talent – hvilke blege væsener jo i øvrigt sjældent tillige mestrer reklamens kunst. Bestemmelsen af, hvilke muligheder f.eks. en juridisk Einstein skal have, vil tværtimod selv i bedste fald blive truffet ikke af de nærmest liggende, højest kvalificerede videnskabsmænd, men derimod ud fra, hvad det jævne gennemsnit, som institutionsledelserne præsumptivt repræsenterer, måtte være i stand til at godskrive sig og finde hensigtsmæssigt – herunder i lyset af deres egne, personlige muligheder for også at lyse op på den himmel, bevillingsgiverne kigger på.

Denne konsekvens er så meget desto mere alvorlig derved, at man naturligvis må forudse en risiko for, at måske *netop* de forskere, der huser den største videnskabelige skaberkraft eller hengivenhed, vil være mindst motiveret til at kaste sig over de forsknings*administrative* poster. For at bringe eksemplifikationen ned på jorden: Skulle den lødige juridiske forsker, som allerede i henhold til sin egenkvalitet og deraf følgende økonomiske værdi uden videre kan hente nogle hundrede tusinde kroner ved siden af sin forskningsstilling, med iver kaste sig over institutionernes forskningsbureaukratiske poster og besværligheder? Gider han mon i øvrigt overhovedet kaste sig ud i de efter de nye lønkriterier påskønnelsesværdige aktiviteter, som selv i bedste fald kun kan sikre ham den beskedne lønfremgang, statens nye lønsystem tilsiger?

Hvem bliver det kort sagt, som i fremtiden kommer til at bestemme den begavede forsknings muligheder i Danmark?

Hvem og hvad bliver det da, der opbygges gennem den igangværende nyorientering?

Konklusion

Konsekvensen af alt dette kan efter min opfattelse meget vel blive, at det bliver den enkelte forskers manøvreevne i de institutionelle systemer og talent for at anbringe sig på institutionsledelsernes og politikernes nethinder mere end hans videnskabelige resultater (i traditionel forstand), der kommer til at tælle. Vi

Kvalitetskriterier i retsvidenskaben - perspektiv på problemstillingen

risikerer dermed også, at den lødige forskning gradvis vil blive erstattet af noget, der ud fra traditionelle videnskabelige kriterier må betegnes som hundekunster og verbalakrobatik, hvilket vil give sig udslag bl.a. i, at institutionernes årsberetninger sander til med imponatoreffekter.

Kort sagt må vi nok forberede os på det lidet pyntelige syn af formodet lærde herrer og damer, der i stedet for at bestige videnskabens pyramide kravler rundt på hinandens rygge for at fremme sig selv ved hjælp af reklamens i stedet for resultaternes kraft.

Hvor fører dette hen?

Vil dette så være et acceptabelt for ikke at sige et attraktivt miljø for forskere på topniveau? Er det operativt for dem? Er det overhovedet til at leve med? Hvorledes vil vor juridiske Einstein befinde sig i et sådant univers?

Mit umiddelbare svar vil næppe behage. Nogen mener, at det, der er i gang, udgør en tæppebombning af vort videnskabelige miljø, som vil føre til en nedsmeltning af forskningsniveauet, der ikke lader sig rette igen i en meget lang fremtid. Så galt går det vel næppe. Men at vi er inde på et skråplan, er uden for enhver tvivl.

På den anden side må vi nok vænne os til tanken om at kunne færdes på dette skråplan i en lang periode, idet der jo ganske længe vil kunne opretholdes i al fald en facade, som giver den betalende offentlighed billedet af en aktiv, pulserende og avanceret dansk forskerverden. – Så meget mere som at kun få vil have nogen interesse i at gøre opmærksom på problemstillingen, eftersom den, der gør det, udsætter sig for at blive utilbens og derved lide økonomisk afbæk under de nye forhold.

Forskeraspirantens muligheder

Hvordan skal den unge forskeraspirant forholde sig i dette billede? Skal han bruge den tid på intern og ekstern markedsføring, som nu kræves af ham? I hvilken grad vil han så være nødt til at renoncere på det, der er forskningens primære opgave? Og bliver der tilstrækkeligt meget tilbage af ham som forsker, såfremt han gør det? Eller bliver der muligvis kun den illusion om en forsker tilbage, som enhver er i stand til at opbygge i sin egen og sin gamle mors bevidsthed?

Den danske forskerstuderende har i princippet to mulige mål inden for rækkevidde: Ph.d.-graden og doktorgraden.

Det forekommer mig indlysende, at den forskerstuderende i relation til førstnævnte må bøje sig efter vinden – d.v.s. vejlederen og det miljø, i hvilket pågældende er placeret eller dog har mulighed for at gennemføre sit projekt. Hvad håndværk er, defineres nu engang af mester, og uden nogen som helst platform for at vælge egne veje er der ikke megen udsigt til at komme nogen vegne ad sådanne. Der er antagelig også en stor tolerance blandt forskere med andre opfattelser af forskningens opgave over for den unge forskers situation og begrænsede udfoldelsesmuligheder.

I relation til et arbejde, der rækker videre, altså for en disputatsforfatter, opstår derimod et dilemma. Og på dette niveau er det farligt at vælge forkert. Er der noget, som er endnu mere uopløseligt end et ægteskab, er det jo nemlig den disputats, man efterlader i sit kølvand.

Det ligger i selve forskningsopgavens natur, sådan som denne traditionelt er blevet opfattet i vestverdenen, og af hvilken samfundets høje stade såvel teknologisk som menneskeligt afhænger, at forskeren ikke må gå på kompromis med sin opgave. Han skal huse integritet og evne til at stå imod usagligt pres. Føjer en forsker på det ultimative niveau tværtimod sine resultater efter de strømninger, der for tiden er de mest populære eller de mest lønsomme eller de letteste, er han simpelt hen ikke videnskabsmand. Den således bøjelige samfundsforsker gør jo *lige netop* det, en videnskabsmand ikke må: Han berøver offentligheden og politikerne muligheden for at blive klogere i henhold til den viden, han kunne og burde have produceret og fremlagt, og dermed den mulighed for at handle relevant, det netop var hans opgave at sikre. Han prostituerer sig selv og misrøgter sit embede. – Og den slags vil i øvrigt ikke forblive upåagtet af dem, der har valgt den eneste mulige side ud fra traditionelle videnskabskriterier.

Den der stiler mod en disputats, risikerer med andre ord – jeg siger ikke, at det nødvendigvis *vil* ske, for det afhænger jo af emnet – at komme til at stå med et valg mellem pest eller kolera: Skal han renoncere på den ideelle fordring og skrive det, der gør ham populær hos giverne, i medierne og hos institutionsledelserne? Eller skal han skrive det, der er det sagligt set rigtige og dermed det lødige – og som måske end ikke medfører landvindinger, der er synlige for andre end snæver kreds eller på meget langt sigt?

Jeg skal ikke tvinge de tilstedeværende til at træffe dette valg, med de vidtgående både økonomiske og personlige konsekvenser, det kan få for den enkelte. Enhver må træffe sit eget valg. Men for at kunne gøre det, må man naturligvis være bevidst om, at der overhovedet er et valg at træffe. Man må også være klar over, at situationen næppe bliver nemmere i de år, der kommer. De emner, der beherskes af den »politiske korrekthed«, som er censurens fremste værktøj i disse år, er som bekendt vokset i antal, og repressionen over for dem, der ikke respekterer dem, ligeledes – i takt med, at de generationer, der aldrig har haft

Kvalitetskriterier i retsvidenskaben - perspektiv på problemstillingen

så alvorlige problemer inde på livet, at de var tvunget til at gennemtænke samfundets grundliggende værdier endsige overveje konsekvenserne af det, de selv foretager sig, har sat sig fast i magtstrukturene.

Nok om det.

Den overordnede kvalitet – forskerprofilen

Jeg sagde indledningsvis, at den helhedsplan, forskeren arbejder ud fra – det man kan kalde hans overordnede forskningsprofil – bør have betydning for evalueringen af ham.

Denne profil kan være det tilfældige resultat af det, forskeren faktisk laver. Men den kan også være bevidst gennemtænkt. Allerede den unge forsker, der planlægger en disputats, står jo for så vidt over for at skulle beslutte, om denne skal være et led i en videregående forskningsplan, eller om den skal være et singulærværk.

Bredden

Forskerprofilen udfældes i forlængelse af forskerens emnevalg gennem hele sin karriere. Et af de centrale vurderingskriterier ved bedømmelsen af enkelte videnskabelige arbejder er netop dette valg. Det tæller f.eks. på positivsiden, hvis det valgte emne har generel betydning, således at afhandlingen er egnet til at danne basis for yderligere forskning. På samme måde må det naturligvis vurderes højt, at forskeren tilrettelægger sin *egen* samlede, langsigtede indsats på den måde, som gennemtænkte hensyn til behovet for at forøge vor viden tilsiger.

Mange disputatser savner bredere interesse og fører heller ikke mere med sig hos forfatteren selv. Eller deres forfattere forsvinder efter færdiggørelsen mere eller mindre ud af synsfeltet, muligt opslugt af responsum- og udvalgsarbejder og deslige. Sådant forekommer mig vanskeligt at vurdere højt. Anderledes derimod med den afhandling, der indgår som kun én enkelt del af et *langsigtet* arbejde på at dække et felt, hvor der tiltrænges gennemsigtighed og afklaring. En profil, der rummer en sådan indsats, må derfor vurderes højere på meriteringsskalaen end den, som blot er det tilfældige produkt af tilfældige gøremål rundt omkring i juraens verden.

Dybden

At tilrettelægge forskningsprofilen er imidlertid et problem også på andet plan:

I princippet er den juridiske forskers første opgave at opklare forholdene på sit emneområde. En sådan opklaring kræver, at man går i dybden og belyser detaljerne og ikke blot hovedlinjerne. Men at gå i detaljen kan gå hen og blive en så omfattende sag, at det i højeste grad vanskeliggør salget og derved kompromitterer selve publiceringsmuligheden.

Eksempel: Jeg satte mig for mange år siden det mål at skabe en systematisk, retsdogmatisk afklaring af hele arbejdsretten. Alene den ansættelsesretlige del af dette hidførte i seneste udgave en fremstilling på 1.000 sider, som det tog fulde tre års arbejdstid at skrive, og som i kraft af sin pris er næsten uomsættelig. Den sælges i parentes bemærket i under 1.000 eksemplarer, medens den mere overskuelige førsteudgave solgte i næsten 3.000, og tilsvarende overskuelige fremstillinger fra andre forfattere af delemner inden for fremstillingen har solgt i op mod 2.000. Man får faktisk nærmest det indtryk, at publikum havde været mest glade, hvis mammutfremstillingen slet ikke eksisterede. Dette har f.eks. også givet sig udslag i, at de – som det fremgår af Ugeskriftets noter – i stor stil helst undgår overhovedet at bryde hovedet med at læse den, og hellere læste førsteudgaven, indtil jeg ved offentligt opslag i Advokatbladet måtte regulært dekapitere samme.

Alligevel er forskeren efter min opfattelse forpligtet til at lave den slags, eftersom der jo ellers ikke er noget at bygge de lettere tilgængelige fremstillinger på, som helst skulle komme til veje. Det er et centralt kvalitetskriterium for hans arbejde, at han netop lever op til denne nødvendighed og ikke glider af ved at nøjes med at skrive det lærebogsstof, som både er lettere sælgeligt og nemmere at skrive, men at han tværtimod *selekterer* til lærebogsformålet netop det af sin forskning, som er relevant i den givne undervisningssammenhæng.

Noen synspunkter på rettsdogmatisk forskning

av professor, dr. juris Asbjørn Kjøenstad

1. Innledning

Det er en rekke *alminnelige vitenskapskrav* som stilles til juridiske artikler og avhandlinger på samme måte som andre forskningsarbeider. Det er krav om å undersøke alt eller et representativt utvalg av kildematerialet, grundighet og objektivitet ved tolkning av materialet, redelighet og saklighet ved referering og sitering av andres arbeider, evne og vilje til å hevde det man mener er riktig selv om det er upopulært, osv.

Her skal jeg ikke gå nærmere inn på slike *metodiske og forskningsetiske normer* som de fleste overholder. Den som ikke greier å internalisere slike normer i løpet av en tiårsperiode som student og som yngre forsker, egner seg neppe til vitenskapelig arbeid.

2. Valg av problemstillinger

De som har universitetsstillinger velger selv hva de vil forske på. Dersom forskeren er ansatt i en bedrift eller på et forskningsinstitutt eller må søke om eksterne midler, er hans frihet som regel begrenset.

Men alle forskere har en betydelig frihet til å formulere og tolke problemstillingen for prosjektet og i alle fall til å oppstille delproblemstillinger. Det gjelder da å finne fram til problemstillinger slik at man kan gi svar på viktige *praktiske* og *prinsipielle* spørsmål.

I en doktoravhandling bør man ofte lete etter de mest *generelle* problemstillinger. Høyt abstraksjonsnivå er viktig i grunnforskningen.

3. Bygge videre på andres arbeider

I rettsforskningen er det en tendens til at alle begynner fra *0-punktet*. Selv om andre tidligere har gjennomdrøftet et problemområde, tar neste forsker det ofte

opp på nytt i sin fulle bredde. Dette fører til at forsker nr. 2 ikke kommer noe særlig lengre enn forsker nr. 1.

Den etterfølgende forsker vil som regel være uenig med forgjengeren på noen punkter. Selvsagt er det viktig å foreta kritiske etterprøvinger av resultater som forgjengere har kommet til, men det er viktig at dette ikke skjer ved bruk av all den arbeidskraft og kreativitet som skulle bringe større kunnskaper og dypere forståelse.

Etter min mening bør man være forsiktig med bare å bli hengende igjen i gamle problemstillinger som teorien tidligere har ofret oppmerksomhet. Den enkelte forsker må »stå på skuldrene« til tidligere forskere og bygge videre på det de har gjort. Ved slik *kumulativ forskning* blir resultatene mest spennende.

4. Framgangsmåten i rettsdogmatikken

Den juridiske teoris oppgave er å *samle, bearbeide, systematisere og presentere rettsstoff*. Dessuten bør man ta standpunkt til de rettslige spørsmål. Ideelt sett burde man for hvert enkelt rettsspørsmål gå fram på følgende måte:

- (1) Formulere problemstillingen.
- (2) Gjøre rede for og veie det relevante rettskildemateriale.
- (3) Oppstille konklusjon.

Hvis man skulle benytte denne framstillingsteknikk for hvert detaljspørsmål ville framstillingen svulme opp, og de to første punktene sløyfes derfor ofte. For mange spørsmåls vedkommende får framstillingen preg av en rekke konklusjoner som like gjerne kunne kalles påstander. »*Hovedproblemstillinger*« for framstillingen er oftest angitt. De enkelte delproblemstillinger ligger som regel implisitt i det at man gir konklusjoner på bestemte spørsmål. Begrunnelsene gis ofte helt summarisk, f.eks. ved en note med generell henvisning til en dom hvor kanskje 20 ulike synspunkter på forskjellige måter har vært tillagt noen vekt.

Det er flere grunner til at mange standpunkter i den juridiske teori ikke blir nærmere begrunnet. Undertiden har forfatteren det ikke klart for seg hva han/hun bygger på. Ofte anføres det argumenter som hviler på en rekke verdipremisser som ikke kommer klart fram. En grunn til å sløyfe den utførlige redegjørelsen som har ledet fram til et standpunkt, er det også at man i stor grad bygger på »*herskende*« rettskildeideologi og hensyn som gjør seg gjeldende for de fleste spørsmåls vedkommende innen det emne man befatter seg med. Hvis man skulle gjenta alt dette for hvert enkelt spørsmål, ville man ikke komme av flekken. Og man ville enten bli beskyldt for å dosere bare selvfølgeligheter eller

for å være »kjetter« (alt etter hvor lojal man er i forhold til herskende rettskildeideologi).

Både når man tar stilling til rettskildematerialets relevans og vekt står man overfor viktige *juridiske metodespørsmål*. De enkelte forfatteres generelle holdninger til slike spørsmål vil som oftest være av stor betydning for hva de utgir som »gjeldende rett«.

Noen »objektiv riktig« metodelære eksisterer ikke innen jussen. Men det eksisterer en *tradisjon* for hvilket materiale jurister pleier å bygge sine standpunkter på og for hvor stor vekt forskjellige typer av materiale tillegges, f.eks. at lovens ordlyd vanligvis skal tillegges meget stor vekt. De fleste jurister følger denne tradisjon. Vi har eksplisitt og implisitt fått den »indoktrinert« gjennom studiet. Vi holder den ved like ved å lese juridiske avhandlinger og artikler. Og vi må benytte oss av den for å hevde oss innen juristkretser.

Det er stor *enighet om rettskildespørsmål* blant jurister. Når jurister er uenige om hva som er gjeldende rett skyldes det som regel at de har undersøkt rettskildematerialet forskjellig, og meget sjelden at de har ulikt grunnsyn om metoden for bearbeidelsen av materialet. I Norge er det bare ett spørsmål som har vært ordentlig omtvistet, nemlig den rettskildemessige betydning av underrettspraksis.

5. Bruk av underrettspraksis

For et par tiår siden var det en omfattende diskusjon ved Det juridiske fakultet i Oslo om betydningen av dommer fra herreds- og byrett og lagmannsrett. Under Carsten Smiths doktordisputas sukket førsteopponent *Carl Jacob Arnholm* over at doktoranden ikke bare hadde sanket det gyldne korn – hvilket skulle bety de skinnende høyesterettsutsagn – men også sanket halmen og buntet den i store hauger.¹

I diskusjonen om underrettspraksis ble det blant annet brukt som argument mot overhodet å tillegge herreds- og byrettsdommer rettskildevekt at de fleste slike dommer *ikke er offentliggjort*. *Carl August Fleischer* uttalte f.eks. at for »hver enkelt underrettsavgjørelse som er kjent, kan man teoretisk alltid regne med at det finnes minst to i motsatt retning, men som ikke er blitt kjent.«² Noe avgjørende argument er dette ikke, men det er av vekt. Det som utgis som gjeldende rett må ikke avhenge av hvilke dommer forfatteren tilfeldigvis har kommet over.

1. I *Carsten Smith*, Domstolene og rettsutviklingen, i Statsliv og rettsteori, Oslo 1978 s. 347.

2. *Carl August Fleischer*, Grunnlovens grenser, Oslo 1968 s. 188.

Diskusjonen om underrettspraksis har ikke ført til noen endelig avklaring.³ Det er klart at underrettspraksis kan gi forskeren inspirasjon til å finne fram til fruktbare problemstillinger, gode eksempler og momenter som kan tillegges vekt som reale hensyn. I noen tilfelle kan underrettspraksis også gi et bilde av *fungerende rett*, men slik praksis kan etter min mening ikke brukes som argument ved fastleggingen av gjeldende rett. Unntak må gjøres når det dreier seg om *fast og utbredt praksis over lang tid*.

Mange avhandlinger og nesten alle artikler mangler metodeavsnitt hvor forfatteren gir uttrykk for gitt prinsippsyn på aktuelle rettskildespørsmål. I den løpende framstilling kan det ofte henvises til underrettspraksis på en måte som viser at forfatteren tillegger slik praksis selvstendig vekt ved oppstilling av gjeldende rett. Ofte refereres underrettsdommer og høyesterettsdommer side om side. Og ofte kan man se at forfatteren legger vekt på underrettsdommer som han liker, men ikke på de som ikke passer inn i hans tankemønster.

Etter min mening må det i vitenskapen stilles krav om *konsekvens*. Dessuten bør forfatteren *uttrykkelig gjøre rede for metodespørsmål* som han blir stilt overfor.

6. Forarbeider og etterarbeider til lover

Lovens forarbeider tillegges *stor vekt* av domstolene. De refereres og analyseres ofte grundig i domspremissene. Det ser ut til at lovforarbeidene har overtatt mye av den rolle som juridisk teori tidligere hadde. Etter min mening er dette en beklagelig utvikling. Lovforarbeider er ofte svake juridiske skrifter. Dessuten bør ikke lovgiver kunne binde sine undersåtter ved å nevne noe i lovforarbeidene. For at noe skal være normativt bindende bør det stå i lovteksten. Her synes jeg at anglo-amerikansk rettskildebud bruk er bedre enn vår, men som rettsdogmatikere må vi leve med og innrette oss etter at domstolene legger stor vekt på lovforarbeider.

I nyere norsk forvaltningsrettslig teori har det vært hevdet at man ikke bare skal legge vekt på lovforarbeider, men også etterarbeider. Det er *stortingsmeldinger* og andre politiske dokumenter som ser dagens lys først etter at en lov er vedtatt.

I sin doktoravhandling om Distriktenes utbyggingsfond hevder *Erik Boe* at regjerings- og stortingsuttalelser er direktiver og styringsnormer som er relevante rettskildefaktorer. Han gir uttrykk for et prinsipielt rettskildesyn på følgende måte:

3. *Torstein Eckhoff*, Rettskildelære, Oslo 1971 s. 154-155 med henvisninger.

Det er alminnelig erkjent at lover er midler til å nå politiske mål. Denne erkjennelsen er det kanskje ikke trukket fulle rettskildemessige konsekvenser av. Rådende metodelære starter i lovteksten, og neglisjerer til en viss grad politiske mål som ligger »over« loven. ... Denne metodiske tilnærmingen er grei nok når det er diffuse og fjerne forbindelseslinjer mellom de enkelte rettsnormene og de politiske målsettingene. ... På andre rettsområder – hvor det er klare forbindelseslinjer mellom juss og politikk, og hvor retningslinjer for administrative skjønn står i fokus ... kan uttalelser fra den politiske arena ha klar rettsdogmatisk interesse.«⁴

Disse synspunkter er utformet med henblikk på forvaltningsretten, især med henblikk på hvordan det såkalte frie skjønn skal utøves. Boes rettskildesyn har vakt debatt, og jeg er meget skeptisk til det. Det innebærer at rettshåndheverne og rettsforskerne må vise en *ekstrem lojalitet overfor maktøverne* til enhver tid. De trenger ikke å utøve sin makt i form av lovgivning, men kan nøye seg med å gi *politiske signaler* til rettsundersåttene. Ut fra et rettssikkerhetssynspunkt foretrekker jeg prinsippet om at »med lov skal landet bygges«.

7. Forarbeider til forskrifter

Det er noe uklart hvilken vekt forarbeider til forskrifter skal tillegges. Spørsmålet er av stor betydning fordi det på mange områder nå er mye større mengde forskrifter enn lovregler.

Torstein Eckhoff nevner at det er sjelden at forarbeider til forskrifter påberopes, men det hender at konsipister av forskrifter innkalles som vitner i rettsmøter. Han nevner et eksempel fra rettspraksis hvor uttalelser fra den som hadde utarbeidet forskriftene ble tillagt stor vekt, og han nevner et annet tilfelle hvor slike uttalelser ikke ble fulgt.⁵ Grunnen til at det må benyttes slike intervjuer/vitneavhør, er at forarbeider til forskrifter – i motsetning til forarbeider til lover – som regel ikke foreligger i form av *ferdig utformede dokumenter*.

Når forarbeider til forskrifter sjelden påberopes og tillegges vekt, er det først og fremst fordi de er *vanskelig tilgjengelige*. *Per Augdahl* uttaler: »Publiserte forarbeider til lover som gis med hjemmel av delegert lovgivningsmyndighet, foreligger der i de fleste tilfelle ikke. Er det noen forarbeider, ligger de som

4. *Erik Boe*, Distriktenes utbyggingsfond, Oslo 1979 s. 419.420.

5. *Torstein Eckhoff*, Rettskildelære, 1971 s.60.

regel og gulner i et eller annet embedsarkiv, utilgjengelig for den gemene mann«. ⁶

I diskusjonen om bruk av underrettspraksis som rettskilde ble det argumentert med *publiseringshensynet*, se punkt 2.3. Når det gjelder forskrifter, vil eventuelle skrevne forarbeider – i motsetning til underrettsdommer – foreligge samlet i et eller flere arkiver. Forskere vil som regel få adgang til disse arkiver og bør etter min mening benytte seg av en slik adgang. Men noen forskere får ikke »tite i arkivene«, advokater og andre nektes kanskje adgang, og mange av disse har ikke tid til å »rote i gamle papirer«. Av disse og andre grunner kan rettskildesituasjonen bli forskjellig for forskjellige jurister. For å hindre at de av slike årsaker kommer til ulike resultater om hva som må anses å være gjeldende rett, kunne man oppstille et prinsipp om at forarbeider til forskrifter ikke bør tillegges noen rettskildemessig vekt.

Det er også en annen grunn som taler for dette, nemlig at de skrevne dokumenter *sjelden gir et fullstendig bilde* av de reelle forarbeider. I et møte blir det strøket noen ord i en forskriftsbestemmelse og inntatt en bisetning i en annen bestemmelse. Formålet med slike endringer kan man som regel bare få rede på ved å intervju konsipistene eller avhøre dem som vitner i en retts sak, slik det ble gjort i de to eksemplene som er nevnt av Eckhoff. Etter min mening bør man ikke legge vekt på slike *åpenbaringer*. Dette må særlig gjelde når forskrifter er utarbeidet av det organ som har truffet det enkeltvedtak som skal overprøves eller være gjenstand for teoretisk behandling.

Andre deler av forarbeidene til forskrifter bør kunne tillegges rettskildemessig vekt. Det gjelder i alle fall *statsrådsforedraget* når forskrifter er gitt ved kgl. res. Selv om man ikke har noe rettslig krav på å få utlevert dette foredraget, ⁷ vil man sjelden bli nektet å se det. Dette gjelder i alle fall statsrådsforedrag som ligger til grunn for forskrifter som er av typisk juridiske karakter. Statsrådsforedraget inneholder som regel det viktigste av de øvrige forarbeider til forskrifter. Dermed blir behovet for å legge vekt på disse mindre.

Når det gjelder forarbeider til lover er det de *ferdige skrifter* (utredninger fra sakkyndige utvalg, odelstingsproposisjoner o.l.) som tillegges vekt. Problemnotater, møtereferater, forskjellige utkast og andre forberedende skrifter blir sjelden eller aldri påberopt. Det samme gjelder muntlige uttalelser som har

6. *Per Augdahl*, Rettskilder, 1961 s. 60.

7. Se lov om offentlighet i forvaltningen av 19. juni 1970 nr. 69. Statsrådsforedragene blir regnet som regjeringens interne arbeidsdokumenter slik at de kan unntas fra offentlighet etter offentlighetslovens § 5 nr. 1. Det er mulig at foredragene også kan unntas fra offentlighet etter § 5 nr. 2 som omfatter statsrådets protokoller. Se nærmere *Frihagen*, Offentlighetsloven med kommentarer, 1974 s. 180 flg. og s. 224 flg.

framkommet under lovforberedelsen, og bevitnelser og åpenbaringer fra lovkonsipistene om hva som har vært formålet med loven og de enkelte bestemmelser. Begrepet lovforarbeider brukes vanligvis ikke om de forberedende skrifter, muntlige uttalelser og meninger som senere kan konstateres.

Jeg tror man bør legge et tilsvarende hovedsyn til grunn ved vurderingen av forarbeider til forskrifter. Dette innebærer at ferdige utformede skrifter bør tillegges rettskildemessig vekt.

I rettspraksis har dette blitt gjort. I Rt. 1958 s. 209 (på s. 211 og 217) ble det lagt vekt på uttalelser i et statsrådsforedrag. Og i Rt. 1974 s. 1089 (på s. 1090-1091) ble det lagt vekt på en uttalelse i et brev til Fiskeridepartementet fra Fiskeridirektøren, som hadde foreslått de bestemmelser som skulle tolkes.

I rettspraksis har imidlertid også bevitnelser og åpenbaringer fra konsipistene av forskrifter blitt tillagt vekt. I tillegg til den første dommen som Eckhoff nevner (Rt. 1902 s. 874), vil jeg vise til Rt. 1956 s. 53 og Rt. 1969 s. 260. I den andre dommen som Eckhoff nevner (Rt. 1919 s. 116), ble det ikke lagt vekt på uttalelser fra Sjøfartsdirektøren, som hadde foreslått den bestemmelse som skulle tolkes. Høyesterett tiltrådte følgende: »Man har vistnok en autentisk fortolkning av bestemmelsen fra sjøfartdirektøren, men jeg kan ikke finde, at hans fortolkning kan tillægges avgjørende vekt, aldenstund direktørens mening med at foreslaa bestemmelsen ikke er utvetydig uttrykt i resolutionen.«

Dette er i samsvar med mitt prinsipielle syn. Ved tolking av forskrifter må man kunne holde seg til *teksten og de forarbeider som foreligger i form av ferdige skrifter*.⁸

8. Hovedmodeller for å beskrive regler og retningslinjer

Det er to hovedmodeller som benyttes når jurister beskriver grunnlag for at rettsvirkninger skal inntre. Etter en modell oppstilles det *et sett av vilkår* som alle må være oppfylt for at rettsvirkningen skal inntre, f.eks. vilkårene for ekteskapsinngåelse, vilkårene for å kunne erklære motregning i konkurs og vilkårene for å kunne få rett til yrkesskadedekning etter folketrygdloven. Etter en annen modell foretas det en *helhetsvurdering* hvor en rekke forskjellige *momenter* tillegges vekt, f.eks. ved avgjørelsen av om en handling er culpøs, ved spørsmålet om erlagt ytelse kan kreves tilbake etter læren om *condictio indebiti* og ved spørsmålet om man er beskyttet av det alminnelige personlig-hetsvern.

8. *Asbjørn Kjønstad*, Yrkesskadetrygden, Oslo 1979 s. 198 flg.

Hvorvidt man på et rettsområde skal benytte seg av den ene eller den andre av disse to hovedmodellene, avhenger først og fremst av hvordan rettskildematerialet ligger an. Men det avhenger også i noen grad av den enkeltes metodiske legning. F.eks. prøver *Carl Jacob Arnholm* å beskrive læren om *condictio indebiti* i mer faste regler,⁹ mens *Per Augdahl* sier at det må foretas en helhetsvurdering og gjør rede for de momenter som tillegges vekt.¹⁰

Spørsmålet om valg av hovedmodell ble aktuelt i forbindelse med *Helge J. Thues* doktoravhandling.¹¹ Her er hovedproblemstillingen om hvem som skal anses å ha brakt de enkelte gjenstander inn i boet, og dermed kan ha rett til naturalutlegg etter skifteloven § 50. Særlig er det viktig hva som skal til for at det skal bli sameie mellom ektefeller og samboere.

Når det gjelder uttrykket »brakt inn i felleseiet«, henviste justitiarius *Terje Wold* i sine særmerknader i en viktig sameiedom i Rt. 1966 s. 874 til at det måtte foretas en »samlet vurdering«. Og *Carl Jacob Arnholm* henviste i sin lærebok i familierett fra 1969 til »en sterkt skjønnsmessig all round-vurdering«.¹² I den såkalte husmordommen i Rt. 1975 s. 220 ble det etter min mening foretatt en slik vurdering hvor en rekke momenter ble tillagt vekt.

Også Thue nevner flere steder at det ble foretatt en helhetsvurdering. På s. 63 uttaler han at dommene er fattet ut fra en »samlet helhetsvurdering« og at dommen av 1975 bygger på »en helhetsvurdering av alle relevante elementer«. På s. 85 uttaler han at dommen er fattet ut fra »en samlet helhetsvurdering av en rekke – tildels nokså ulike hensyn og momenter«.

Etter dette skulle man tro at forfatterens oppgave ble å kartlegge og beskrive de momenter som Høyesterett har tillagt vekt og drøfte om disse og andre momenter bør tillegges vekt i framtiden. Men han glir fort over i en drøftelse av om det og det forhold kan være et vilkår for at det skal etableres sameie, se f.eks. s. 86 flg. Det blir problematisk for ham at det i et par setninger fra dommen ligger »to helt forskjellige problemstillinger« (s. 87), at man må »velge« mellom disse (s. 88), og at det er »en viss motstrid i argumentasjonen« i husmordommen.

Man kan bli schizofren av å tenke i slike baner, men det løser Thue ved å velge ett synspunkt som avgjørende for stiftelsen av husmorsameiet, nemlig at det er *arbeidsdeling mellom en heltids husmor og en yrkesaktiv mann*. Han tilføyer dog at det i slike tilfelle bare er en presumsjon for sameie. Men i dette

9. *Carl Jacob Arnholm*, Privatrett III, Alminnelig obligasjonsrett, Oslo 1974 s. 151-166.

10. *Per Augdahl*, Den norske obligasjonsretts alminnelige del, Oslo 1978 s. 394-406, se særlig s. 401.

11. *Helge J. Thue*, Samliv og sameie, Oslo 1983.

12. *Carl Jacob Arnholm*, Privatrett IV, Familieretten, Oslo 1969 s. 76-77, på s. 75.

ligger det visstnok bare ett unntak, nemlig hvis »husmoren gjør lite eller intet« (s. 96).

På denne måten har Thue eliminert nesten alle de momenter som Høyesterett har lagt vekt på i husmordommen og i de senere dommer. Det knytter seg store retts tekniske og prosessøkonomiske fordeler til hans løsningen. Og fra et personvernsynspunkt kan det være en fordel at man slipper å grave opp i alle forhold mellom tidligere ektefeller som vil være av betydning i en helhetsvurdering.

Men Thues kriterium vil neppe føre til gode og rettferdige avgjørelser. F.eks. avviser han å stille som vilkår at husmoren har hatt omsorg for barn (s. 94 og 96), og det ser ut til at han ikke engang vil tillegge dette vekt som et moment i en helhetsvurdering. Jeg har ikke særlig tro på at domstolene vil holde seg til Thues ene kriterium om »arbeidsdeling« og til den ene unntaket om »lite eller intet« husarbeid.

Domstolskapt rett er ofte vag i sine konturer, og det er først etter en tid med flere dommer at hovedinntrykket kan formuleres i regler og retningslinjer. Selv når det gjelder det norske *ulovfestede objektive erstatningsansvaret*, hvor det foreligger en rekke dommer fra en periode på over hundre år, kan det ofte være vanskelig å gjøre seg opp en noenlunde sikker mening om hvorvidt ansvar vil bli ilagt før Høyesterett har avsagt dom. *Karsten Gaarder* uttaler at det neppe er slik at det er »noe enkelt synspunkt eller noen samlende ide, som kan rommes i et fyndord, som ligger bak det objektive ansvar, men at flere hensyn gjør seg gjeldende.«¹³

Etter min mening foreligger det et behov for at rettsvitenskapen prøver å kartlegge de momenter som er eller bør være relevante, og forsøker å si noe om hvor stor vekt disse skal tillegges. En god metode ved en slik analyse er å sammenholde dommer hvor resultatet har blitt sameie med lignende dommer hvor det ikke har blitt sameie.

Ved siden av de to hovedmodellene – betingelser og helhetsvurdering – er det en *mellomvariant* som undertiden bør benyttes. Etter denne oppstilles det visse minimumsvilkår som må være oppfylt for at rettsvirkningen skal inntre, men dessuten foretas det en skjønnmessig helhetsvurdering hvor en rekke momenter tillegges vekt.

13. *Karsten Gaarder* under medvirkning av *Peter Lødrup*, Domstolene og den alminnelige rettsutvikling, i *Gunnar Nissen, Finn Hiorthøy og Karsten Gaarder*, Den dømmende makt, Domstolene og rettsutviklingen 1814-1964, Oslo 1967, særlig s. 265.

*Nils Nygaard*¹⁴ og *Viggo Hagstrøm*¹⁵ mener at visse minimumsvilkår må være oppfylt for at skadelidte kan kreve erstatning på ulovfestet objektivt grunnlag. *Peter Lødrup* tar avstand fra dette og hevder at man må foreta en helhetsvurdering av en rekke momenter.¹⁶ Uenigheten er her ikke bare av framstillingsmessig karakter, men det foreligger klarligvis også en uenighet om hva som er gjeldende norsk rett. I alle fall gir Hagstrøm uttrykk for dette i sterke ordelag.

9. Partikulære drøftelser eller generaliserende rettstenkning

I rettsdogmatiske arbeider gis det først og fremst svar på hvilke regler og prinsipper som gjelder på de og de områder. Det er som å *legge fliser* med forskjellig størrelse og farver. Dogmatikeren beskriver en flis, går over til neste flis, osv. Når man har skrevet noen hundre sider på denne måten settes det punktum.

Det rettsdogmatiske arbeid inneholder som regel en serie av konklusjoner om hva som må antas å være gjeldende rett på vedkommende område. Det resultat som man oppnår, er at man får klarlagt hvilke regler som gjelder. Det er ikke alltid at slike regler og regelfragmenter egner seg som basis for utformning av mer generelle regler og prinsipper.

Men rettsforskere bør bestrebe seg på å undersøke om det er grunnlag for mer generaliserende rettstenkning. Et ganske vellykket eksempel på dette er etter min mening Ragnar Knoph's oppstilling av en generell *passivitetsstandard* i norsk rett.¹⁷ Kanskje presset han rettskildematerialet litt for meget for å kunne komme fram til en syntese, men ellers er Knoph's arbeide etter min mening framragende vitenskap.

Samme syn har jeg på *Henning Skovgaards* doktoravhandling. Ut fra ekspropriasjonsrettslige, kontraktsrettslige og erstatningsrettslige regler oppstiller han en *integreert ansvarsstandard* for det offentliges erstatningssansvar.¹⁸ Kanskje går han for langt for å oppnå *syntese* de lege lata, men sammenstillingen av regler fra forskjellige områder gir dyp forståelse og kunnskap om emnet.

14. *Nils Nygaard*, Skade og ansvar, Bergen 1985, s. 238 flg.

15. *Viggo Hagstrøm*, Offentligrettslig erstatningsansvar, Oslo 1985 (stensil), s. 111 flg.

16. *Peter Lødrup*, Lærebok i erstatningsrett, Oslo 1985 (stensil), s. 175 flg.

17. *Ragnar Knoph*, Rettslige standarder, Oslo 1948, s. 192 flg.

18. *Henning Skovgaard*, Offentlige myndigheders erstatningsansvar, København 1983.

10. Rasjonalisering av rettslige standarder

Mange artikler og avhandlinger har som formål å kartlegge innholdet i rettslige standarder, f.eks. hva det ligger i uttrykket »saklig grunn« i arbeidsretten og husleieretten.

Avgjørelser av om det foreligger saklig grunn beror som regel på en konkret vurdering hvor en rekke momenter tillegges vekt. I arbeider hvor dette begrepet analyseres, må det da gjøres rede for slike momenter. Det er viktig at forbindelseslinjene mellom disse konkrete drøftelsene og det abstrakte uttrykket »saklig grunn« vies oppmerksomhet. Det er ikke tilstrekkelig at det implisitt i et skrift og/eller disposisjonen ligger synspunkter på dette, men de bør komme klart fram.

I vitenskapelige arbeider bør det skilles mellom *vesentlige* og mindre vesentlige spørsmål og synspunkter. Kapitler og avsnitt bør ikke avsluttes med redegjørelser for konkrete saker og enkeltsynspunkter uten konklusjoner. De enkelte kapitler bør avsluttes med *oppsummeringer/konklusjoner* hvor hovedsynspunktene fra de partikulære drøftelsene foran kommer fram. Dermed vil deler av framstillingen kunne løftes opp på et høyere abstraksjonsnivå.

Det er en fordel om forfatteren søker å gi en oversikt over *hvor stor vekt* de enkelte momenter skal tillegges. Det er selvsagt umulig å kvantifisere de enkelte momenter, men problemet er så viktig at det bør tas opp til nærmere drøftelse. Det kan f.eks. i et eget avsnitt gjøres rede for alle de momenter som er tillagt vekt i et par viktige dommer hvor arbeidstakeren/leietakeren har fått medhold og et par viktige dommer hvor arbeidsgiveren/utleieren har fått medhold. Dersom det gjøres rede for hele saksforholdet og alle de momenter som er tillagt vekt i noen avgjørelser (helst høyesterettsdommer), kan man få veiledning om hvor stor vekt de enkelte momenter blir tillagt. Dessuten kan man få veiledning om hvor mye det totalt skal til for at en oppsigelse kan finne sted.

Ofte ser man at en forfatter beskriver et synspunkt fra hver dom, så et nytt synspunkt fra hver dom, deretter et tredje synspunkt fra hver dom, osv. Det blir som om man vil *beskrive en steinrøys ved å ta for seg en og en del av hver stein*. Helheten ved den enkelte stein (dom) blir dermed borte, og man får heller ikke noe fullgodt inntrykk av steinrøysa som helhet (hele emnet). En forfatter må forsøke å løfte seg opp over bakken for å få et avstandspreget perspektiv på de fragmenter som beskrives. Man bør ikke innskrenke seg til å *disekere de enkelte rettsavgjørelser* for å få fram de enkeltmomenter som er tillagt vekt. Ofte blir mange avgjørelser nevnt på en rekke steder i en avhandling som illustrasjon på at det og det moment er tillagt vekt. Dette er selvsagt viktig, men på den annen side taper en *helheten i den enkelte dom, og helheten i problemområdet* ved denne fragmentariske behandling.

11. Om å ta opp enkelte emner innen et større område

De fleste forskere velger seg eller skjærer til et passe stort problemområde, og drøfter alle spørsmål innen dette område nogenlunde *like grundig*. Dette var en praksis som jeg fant å ville bryte med etter å ha arbeidet et par-tre år med trygdeforskning.

Jeg hadde opprinnelig satt meg som mål å gi en systematisk framstilling av hele problemområdet »rett til økonomisk kompensasjon ved uførhet«. Det viste seg etter hvert at dette var et meget omfattende område. Jeg kunne ha begrenset det til varig uførhet, til uførhet som kan tilbakeføres til yrkesskade, til uførhet som skyldes alkoholisme, til uførhet etter bilulykker o.l. De avgrensninger jeg forsøkte meg på, førte til en sterk innsnevring av perspektivet og av mulighetene til å kunne videreformidle kunnskaper om og forståelse for uførhetens rettslige problemer.

I stedet for å ta én del av hele området til nærmere bearbeidelse, tok jeg for meg *seks teiger*, som jeg presenterte i min doktoravhandling.¹⁹ Det var nok noe tilfeldig hvilke teiger som ble valgt ut til dyrking, men sett i sammenheng tror jeg de gir et dekkende bilde av problemene innen området »rett til økonomisk kompensasjon ved uførhet«.

12. Om å bevege seg på forskjellige nivåer i rettsdogmatiske framstillinger

Det rettsdogmatiske stoffet i de seks arbeidene er dels av *oversiktskarakter* og dels *spesialanalyser*. De grunnleggende prinsipper som trygderetten og erstatningsretten bygger på, framgår av arbeidet »Trygd og erstatning ved personska- de« og av arbeidet »Hovedprinsippene i yrkesskadetrygdlovgivningen«.

Det var ikke mulig eller ønskelig å foreta en *detaljbeskrivelse* av *alle de stønadsformer* som folketrygden inneholder og som kan bli aktuelle ved midlertidig og varig uførhet. Det er imidlertid viktig at man på noen områder går i dybden. I »Skoleskader og yrkesskadetrygd« foretok jeg mer inngående studier av et grunnvilkår for stønadsrettigheter. I »Yrkesskadeerstatningen« foretok jeg en nærmere analyse av en av folketrygdens stønadsformer.

I en mellomstilling mellom oversiktsframstilling og detaljbeskrivelse står de rettsdogmatiske deler i »Folketrygdens uførebegrep«. I kapittel 3 er det gjort

19. Asbjørn Kjønstad, Om rett til økonomisk kompensasjon ved uførhet – Et sammendrag av seks trygderettslige og tilgrensende erstatningsrettslige og sosialrettslige arbeider, Oslo 1978 (stensil).

rede for hovedinnholdet av det uførebegrep som lovgivningen bygget på. Det kreves at den ervervsmessige uførhet må ha en medisinsk årsak. Ofte er det en gradvis overgang fra sykdomstilstander til normalt tilstander. Enkelte av de tilstander som byr på størst avgrensingsproblemer er drøftet nærmere i andre kapitler i utredningen.

13. Disponering og utforming av artikler og avhandlinger

Det er viktig at en forsker har omtanke for potensielle lesere ved disponering og utforming av artikler og avhandlinger. Vanskelig tilgjengelig stoff blir med rette *bare lest av et fåtall*. Når man ofrer flere år av sitt liv på et forskningsprosjekt er det viktig at resultatene også kan nå fram til andre enn medlemmer av bedømmelseskommitéer.

Selve *lengden* på doktoravhandlinger kan være avskrekkende. Hittil er det vel *Bo von Eyben* som har nordisk rekord med over tusen tettpakkede sider.²⁰ Etter min mening er det beklagelig at gode tanker skal forsvinne i en ordflom.

Ved disponering av stoffet er det viktig at man får behandlet *det enkle* før man kommer til de vanskeligste spørsmål. Man må hindre at likeartede problemstillinger blir behandlet på helt forskjellige steder. Man må velge en disposisjon som *hindrer mange overlappinger*, gjentakelser og behov for en rekke interne henvisninger.

Lange sitater og referater fra andres arbeider bør unngås. Man bør bare gjengi hovedinnholdet og det som er relevant for ens eget emne.

Viktig stoff bør ikke plaseres i *petitavsnitt*, og *footnoter* bør etter min mening reserveres til *kildehenvisninger*. Men mange forfattere bruker footnoter også som et forum hvor synspunkter framføres. For leseren er det plagsomt å skifte mellom teksten og notene. Framstillingen blir oppstykket og leseren kan få vondt i øynene eller hodet. Skiften mellom tekst og noter er tidkrevende, fordi man etter å ha lest en viktig fotnote trenger tid til å finne seg til rette i tekstens mer flytende framstilling.

I *Per Augdahls* verker finner man mye av det viktigste stoffet i footnotene. Som redaksjonssekretær i Lov og Rett oppdaget jeg hvordan disse ble til i den siste artikkelen som den store juristen skrev om testamenter.²¹ Etter å ha gått gjennom manuskriptet skrev jeg ned mine kommentarer og sendte dem til

20. *Bo von Eyben*, Kompensasjon for personskade 1. reformering af ulykkeskompensation, bind 1 og 2, København 1983.

21. *Per Augdahl*, Nogen Bemærkninger om testamentarisk rådighed over fellelseie, Lov og Rett 1974, s. 236-240.

Augdahl. Han takket høflig for dette ved å utvide sin noteliste betraktelig. Også de nye synspunkter som han selv hadde kommet på siden sist, ble plassert i notene. Og i korrekturumgangen kom det med en ny note 2a som presiserte noe som sto i teksten. Teksten hos Augdahl representerer altså det originale manuskriptet, mens notene representerer de verdifulle tanker som er kommet til etterpå.

Jeg kan forstå at Augdahl benyttet denne arbeidsmetoden, men det er ikke anbefalelsesverdig for dem som har ungdommelig pågangsmot, moderne *tekstbehandlingsutstyr* og omtanke for leserne. For disse er bearbeiding av teksten etter min mening å foretrekke framfor utstrakt bruk av noter til annet formål enn rene kildehenvisninger.

14. Tverrvitenskap

I nordisk rettsvitenskap i dette århundret har *rettsdogmatikken vært plassert i høysetet*. Rettsforskere har primært tatt sikte på å gi svar på hva som er gjeldende dansk, finsk, islandsk, norsk og svensk rett på et gitt område. Og begrepet gjeldende rett har vært knyttet til profetier om hva domstolene vil komme til.

Mange har imidlertid også beveget seg ut over disse grenser – til rettshistorie, rettspolitikk, retts sosiologi, rettsøkonomi, rettsmedisin, rettsinformatikk og komparative studier. Disse fagområder dyrkes også av andre enn jurister. De tverrvitenskapelige fagområder betraktes undertiden som *hjelpvitenskaper* til rettsdogmatikken og undertiden som *selvstendige grener* av rettsvitenskapen.

Problemformuleringene og forskningsmetodene er stort sett likeartede i hele rettsdogmatikken. I de tverrvitenskapelige fagområdene er det stor variasjonsbredde i angrepsmåter og metoder. Vi mangler i stor grad skoloring, fast praksis og ensartede oppfatninger når det gjelder slike spørsmål.

Rene dogmatiske avhandlinger og artikler forekommer svært sjelden. Det er vanlig å spe på med litt om bakgrunnen for gjeldende rett, fremmed rett osv. En normativ framstilling hvor alle *forbindelseslinjene til omgivelsene er klippet av*, er som regel nokså kjedelig.

Universitetsjurister bør etter min mening interessere seg for tverrvitenskapelig forskning. Det faglige fellesskap som universitetene representerer, kan gi næring til slik forskning. Og slik forskning vil gi bedre og sikrere forskningsresultater enn de man får ved forskning ut fra tradisjonene ved de enkelte fakulteter. I grenseland mellom forskjellige grener av vitenskapen vil man ofte finne tomrom med *viktige, spennende og ubearbeidede problemstillinger*.

Det er selvsagt en fare for at man blir halvstudert på mange områder og forskningsmetoder. Og man må vare forberedt på å få kritikk fra historikere,

Noen synspunkter på rettsdogmatisk forskning

sosiologer, medisinere og andre om mangelfulle kunnskaper, erfaringer og forståelse på »deres« områder. Slik kritikk vil ofte være berettiget; man bør dels søke å skaffe seg større kunnskaper og forståelse, dels arbeide i tverrfaglige forskerteam og dels lære seg å tåle denslags kritikk.

En eventuell kritikk fra andre fagområder må ikke føre til at man forblir i de »trygge« rettsdogmatiske nisjer. Forskerne må ikke primært søke etter trygghet, men etter utfordringer og muligheter til å sprengre tradisjonelle faggrenser. *Jan Hellner* har gitt anvisning på noen veier som man kan gå i festskriftet til Alf Ross.²²

22. *Jan Hellner*, Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning, i Festskrift til professor, dr. jur. & phil. Alf Ross, København 1969 s. 205 flg.

Typiske evalueringskriterier for retsdogmatiske arbejder – en oversigt

Ole Hasselbalch

Det almindelige udgangspunkt:

- Hvilken type arbejde drejer det sig om – håndbog, lærebog, videnskabelig analyse o.s.v.?
- Hvilken vinkling har arbejdet – retsvidenskabelig, retspolitisk, andens samfundsvidenskabelig o.s.v.?
- Hvilken bedømmelse er det genstand for – lektorbedømmelse, doktorafhandling, licentiatafhandling o.s.v.?

Angående forfatteren:

- Hvad er forfatterens forudsætninger: Er han begynder eller erfaren, besidder han særlige forudsætninger inden for det behandlede område eller ej?
- Er der redegjort for disse forhold?

Angående emnevalget:

- Er emnet angivet ordentligt i forhold til den foretagne undersøgelse?
- Er emnet nyt eller gammelkendt?
- Egner emnet sig for videnskabelig (nyskabende og original) undersøgelse?
- Har emnet generel betydning, således at det kan danne basis for yderligere forskning?
- Befinder emnet sig på et specialområde?
- Hvad er dets aktualitetsværdi?
- Repræsenterer det en rimelig prioritering af forfatterens muligheder?
- Repræsenterer det en rimelig prioritering i lyset af samfundets og forskningens behov?
- Hvad er placeringen i forfatterens samlede forskningsprofil?
- Hvad er den praktiske værdi af at tage pågældende emne op?
- Hvor svært er emnet?
- Har forfatteren vurderet udsigten til succes hhv. fiasko?

Typiske evalueringskriterier for retsdogmatiske arbejder – en oversigt

- Indebærer emnevalget evt., at forfatteren har taget en risiko i et anerkendelsesværdigt formåls interesse?
- Er der redegjort for disse forhold?

Angående strategien for arbejdets gennemførelse:

- Hviler arbejdet på en bevidst strategi for dets gennemførelse?
- Er det ordentligt planlagt?
- Er der redegjort for disse forhold?

Angående disponeringen af stoffet:

- Er dispositionen dækkende ud fra afhandlingens formål og emnets muligheder i lyset af dette?
- Er dispositionen (indholdsfortegnelsens afsnits- og kapitelinddeling) klar og let overskuelig, så at afhandlingens enkelte elementer fremstår med tydelighed?
- Er der en fornuftig indgang i form af en indledning med beskrivelse af emne, begrundelse for emnevalget, afhandlingens metode, oversigt over konklusionerne m.v.?
- Er der et fornuftigt afsluttende afsnit med syntese og konklusion?
- Er der et ordentligt register?
- Er afhandlingens forskellige elementer vægtet på passende måde i lyset af afhandlingens formål?
- Rummer den alle relevante spørgsmål? Har noget evt. måttet henskydes til noterne, som burde have været medtaget i selve teksten, og er irrelevant stof og overflødige, resultatløse undersøgelser klippet bort?
- Er dispositionen følgerigtig?
- Er der uden nødvendig grund gjort afvigelser fra tidligere vedtaget systematik for håndteringen af pågældende emneområde?
- Er der uden nødvendig grund gjort afvigelser fra tidligere vedtaget begrebsdannelse?
- Er den historiske baggrund medtaget?
- Er der behov og mulighed for komparative islæt, og findes der i bekræftende fald sådanne islæt?
- Er der redegjort for de valg, der er truffet m.h.t. stoffets disponering?

Angående fremstillingsmåden:

- Er afhandlingen klar og forståelig for den kreds, den er rettet til? Hvad er dens pædagogiske niveau?
- Er afhandlingen dækkende for forfatterens tanker?

- Tager den udgangspunkt i hævdundne begreber og hidtil anerkendt terminologi? Er eventuelle afvigelser herfra præciseret og begrundet?
- Hvorledes er den sproglige fremstilling? Er den unødigt bred eller omvendt klar, kortfattet og let læselig?
- Virker afhandlingen i h.t. sin form overbevisende på andre?
- Er resultaterne sat ind i en større sammenhæng?
- Er dokumentationen i orden (henvisning til kilder?)
- Er anvendelsen af noter og småtryk fornuftig?

Angående materialeanvendelsen:

- Hvordan er materialeindsamlingen afgrænset? Er der redegjort herfor?
- Har det anvendte materiale været svært tilgængeligt for forfatteren? Er der redegjort herfor?
- Hvorledes er udnyttelsesgraden af det fundne?
- I hvilken udstrækning er der draget nyt materiale frem?
- Er al relevant lovgivning (med forarbejder) fundet frem?
- Er al relevant litteratur fundet frem (men ikke mere end nødvendigt – litteraturlistens længde er intet bedømmelseskriterium). Bygges der videre herpå eller kritiseres de øvrige forfattere evt. blot for kritikkens skyld? (ikke alt bør starte fra Adam og Eva). Er der redegjort for forskningens status ved arbejdets påbegyndelse?
- Er alle relevante afgørelser draget frem; hvad er de anvendte afgørelses retskildeværdi; er afgørelserne tilstrækkeligt analyseret og dissekeret?
- Med hvilken nøjagtighed er det fundne gengivet; er andres tanker loyalt gengivet?
- Er der gjort de nødvendige virkelighedsstudier? Er der redegjort herfor?
- Har forfatteren vist videnskabelig fantasi ved udnyttelsen af det forhåndenværende materiale?
- Er dokumentationen sand: Foreligger misforståelser eller fordrejninger; gælder det påberåbte stadig; hvad er eventuelle komparative indslags sandhedsværdi; hvor tilgængeligt og læseligt har evt. anvendt fremmedsproget materiale været; hvad er påberåbt af parterne i de domme, der anvendes; er der uden nødvendighed anvendt andenhåndskilder; er evt. statistik og økonomisk materiale fejllæst o.s.v.

Angående de opstillede problemstillinger:

- Er de nødvendige spørgsmål stillet?
- Er spørgsmålene stillet på den rigtige måde? Kunne de være stillet anderledes og med et andet resultat til følge?
- Er spørgsmålene ordentligt præciserede?

Typiske evalueringskriterier for retsdogmatiske arbejder – en oversigt

- Er spørgsmål, der efter deres natur er forskellige, holdt tilstrækkeligt ude fra hinanden (differentieret)?
- Er vurderings spørgsmål og faktaspørgsmål holdt ude fra hinanden?
- Er det nye eller gamle problemstillinger, der behandles?
- Er de naturlige retspolitiske og inden for forfatterens spændvidde øvrige samfundsvidenskabelige spørgsmål stillet?

Angående svarene på de opstillede spørgsmål:

- Er der konkluderet og taget stilling (jf. ovenfor om afhandlingens afslutning)?
- Har de givne svar en empirisk forankring?
- Er svarene på vurderingss spørgsmål rimelige ud fra de anførte grunde (rationelle)?
- Er realspørgsmål besvaret realistisk ud fra gældende forhold retskilder mv.?
- Er svarene på realspørgsmål stikprøvevis rigtige?
- Er der holdt et tilstrækkeligt abstraktionsniveau og en tilstrækkelig distance til det, der behandles?

Angående den videnskabelige hæderlighed:

- Har forfatteren pyntet sig med lånte fjer?
- Har forfatteren haft evne og vilje til at hævde det fundne, også selv om det måtte være upopulært?
- Har forfatteren forstået at nyttiggøre de efterhånden indvundne erfaringer, eller er han forblevet i en på forhånd opstillet skabelon?
- Fastholder han evt. synspunkter, selv om de viser sig uholdbare?
- Har forfatteren stræbt efter objektivitet?

Angående nyhedsværdien:

- Hvor megen ny viden tilfører afhandlingen os? – Afhandlingens omfang er ikke afgørende.
- Er der redegjort for status ved arbejdets begyndelse, således at nyhedsværdien kan vurderes?
- Er allerede indvunden sikker viden nyttiggjort eller tværtimod kritiseret for at skabe en kunstig nyhedsværdi?
- Hvad er den eventuelle negative nyhedsværdi (den tilvejebragte viden om, hvor der ikke kan findes noget)?
- Repræsenterer afhandlingen metodeforbedringer i forhold til allerede tilvejebragte arbejder?

Ole Hasselbalch

Angående afhandlingens blivende værdi:

- Er afhandlingen grundlæggende, således at den må forventes at bevare en langsigtet værdi uanset ændringer i lovgivning m.v.?

Praktisk forskningsarbejde

Ole Hasselbalch

Den, der har færdiggjort et forskningsforløb, véd som regel væsentligt mere om, hvorledes en række praktiske problemer i denne forbindelse bør løses, end han vidste, da han startede. I de fleste tilfælde vil han også erkende, at megen tid er gået til spilde, netop fordi han ikke havde denne viden i forvejen. De, som har gjort sådanne erfaringer, taler imidlertid sjældent herom, og de skriver endnu mindre. Det er overladt til nye generationer selv at gennemleve problemerne.

Det følgende sigter på at give nye forskerstuderende et indtryk af, hvordan man på det praktiske plan tilrettelægger sit arbejde bedst muligt.

Fremstillingen bygger på en enkelt persons erfaring. Denne erfaring er ydermere i hovedsagen hentet inden for retsdogmatikkens område. Nogle vil antagelig også ud fra eget gemyt arbejde anderledes end anvist nedenfor og vil være bedst tjent hermed. Generelt set er det imidlertid af stor betydning, at man bevidst tager stilling til, hvorledes arbejdet bedst tilrettelægges, og at man på forhånd overvejer de problemer, der kan forventes at dukke op undervejs. Et forskningsarbejde er ikke noget, man bare gør.

Den generelle ramme

Hvis man sigter på at opnå en videnskabelig meritering, er der visse ting, som bør gennemtænkes, allerede inden arbejdet påbegyndes.

Først og fremmest bør man betænke, at et sådant arbejde som regel stiller store krav til sin udøver. I de fleste tilfælde vil det være så opslugende på det intellektuelle plan, at det er umuligt samtidig at koncentrere sig om andre problemer. Skal forskning drives sideordnet med erhvervsarbejde, bør dette sidste altså helst ikke være alt for krævende. Man må også regne med, at et forskningsprojekt let fører ind i en arbejdsuge med betydeligt timetal. Endelig er det klogt at regne med, at arbejdet må bære lønnen i sig selv. Det danske klima er ikke gunstigt for påskønnelse af en videnskabelig indsats. Den, der ikke kan leve uden sikkerhed for efterfølgende påskønnelse, bør overveje at finde en anden måde at afregere sin arbejdsiver på.

Man bør indledningsvis gøre sig klart, hvor man står i lyset af disse præmisser for arbejdet. Især bør de familiemæssige og økonomiske forhold være på plads inden for den tidshorizont, projektet kræver.

Der vil altså kunne opstå et problem for den, der ikke sidder ved en læreanstalt i forvejen. Flere eksempler viser imidlertid, at det trods alt er muligt at meritere sig helt op til det højeste niveau ved siden af et fuldtids erhvervsarbejde. Sådant kræver imidlertid *særdeles* god arbejdsdisciplin og planlægning. I almindelighed bør man også med et sådant udgangspunkt være forsigtig med at lægge et for stort projekt op. Start i så fald hellere med mindre artikler og glid evt. over i en ph.d.-afhandling. Derigennem er det lettere at finde ud af, hvor langt isen kan bære. Det vil også ofte være lettere at retfærdiggøre sit fortsatte arbejde, nemlig ved hjælp af de hen ad vejen indvundne resultater.

Endvidere er det nødvendigt at være opmærksom på, at ønskes en formel meritering, kan det ikke nytte at arbejde for intimt sammen med andre. De præsterede resultater skal jo nemlig så kunne udskilles klart og efterviseligt som hidrørende fra én selv. Delopgaver kan derfor også vanskeligt »udliciteres« til andre (f.eks. studentermedhjælp).

Ønskes en sådan meritering, vil det være en fordel i god tid at skaffe sig kontakt med en eller flere seniorforskere med kendskab til området og interesse for dets udvikling. Ved diskussion med sådanne kolleger vil man kunne slippe for mange ubehagelige oplevelser senere hen og undgå mange fejl, som ellers vil belaste den endelige afhandling. Men vær ikke naiv. Det er ikke alle seniorforskere, der har tyngende interesse i at vejlede nye folk. Der findes endog seniorforskere, som lader sig inspirere af sådanne kontakter til selv at tage det emne op, der på denne måde bliver bragt inden for deres rækkevidde. Følgerne af noget sådant for den yngre forskers meriteringsmuligheder er lette at forestille sig.

Endelig: Overvej din samlede situation nøgternt og uden at hengive dig til ønsketænkning: Hvor er dine svagheder, og hvad er din styrke. Sørg for at minimere førstnævnte og udnyt sidstnævnte maksimalt. Sæt dig ikke større opgaver for, end du realistisk kan magte også inden for det tidsrum, du kan regne med at have til rådighed. Overvurder ikke dine muligheder m.h.t. hvad der kan nås. Overvej også realistisk, hvilket konkurrenceforhold der kan opstå i forhold til andre forskere. Overvej endvidere, hvilke jantelovsmekanismer du kan blive udsat for under forskellige forudsætninger m.h.t. din fysiske placering – disse mekanismer kan være mere belastende, end du tror. Overvej, hvilken grad af uafhængighed du vil være i stand til at mobilisere i tanken og dermed i forskningsresultatet. Overvej, hvor let tilgang du vil have til det nødvendige materiale inden for det påtænkte forskningsområde. Og overvej endelig sidst,

men ikke mindst, hvilke muligheder du vil have for til sin tid at få offentliggjort resultatet af dine anstrengelser.

Emnevalget

Det er vigtigt ikke at kaste sig ud i et hvilket som helst emne, som ser ud til at være interessant. Overvej nøgternt, om emnet er rummeligt nok til en afhandling af den størrelsesorden (meriteringsværdi), der tilsigtes. I benægtende fald må det overvejes, hvorvidt det valgte emne sammen med andre afhandlinger i h.t. reglerne vil kunne begrunde en ph.d.- eller doktorgrad (jfr. doktorbekendtgørelsens og ph.d.-bekendtgørelsens bestemmelser). Emnet må selvsagt også rumme de nødvendige udfordringer til en videnskabelig bearbejdelse.

Husk i øvrigt, at valget af emne i sig selv indgår som element ved den senere kvalitetsvurdering. Tænk derfor over de foreliggende mulige emners nyhedsværdi, deres aktualitetsværdi, den praktiske værdi af, at de tages op, og deres værdi som basis for yderligere videnskabelige projekter. Hvor generel betydning har emnet altså, vil andre kunne bygge videre på afhandlingen, eller vil den forblive stående for eftertiden som en specialundersøgelse? Pas på den anden side på, når du lægger et emne bredt op, for det indebærer en risiko for at glide uden om de mere besværlige enkeltproblemer, emnet rummer. Og falder du for fristelsen hertil, trækker det fra ved den senere bedømmelse af arbejdet.

Man bør selvsagt også overveje, hvorvidt det valgte emne repræsenterer den bedst mulige udnyttelse af ens egne forudsætninger, som jo kan være større på visse områder end på andre, f.eks. i kraft af erfaringer fra praktisk arbejde. Retningen af ens interesser bør dog også tillægges betydning, selv om disse interesser bevæger sig i en anden retning. Det er trods alt normalt lysten, der skal drive værket igennem de trange stunder.

I øvrigt bør man overveje, hvorledes mulighederne er for at få vejledning inden for de emneområder, mellem hvilke valget står. Afgiver visse emner bedre muligheder for at opnå en betryggende ydre ramme om arbejdet end andre, bør man lade dette indgå med en ikke ringe vægt i overvejelserne.

Husk endelig, at såfremt du vælger et emne, som indeholder vægtige tværvidenskabelige elementer, påfører du dig selv den særlige risiko, som dine manglende forudsætninger inden for andre videnskabsgrene indebærer.

Såfremt du under arbejdets indledende fase opdager, at emnet ikke er frugtbart, bør du skifte emne. Denne opdagelse bør helst gøres inden for et halvt års tid. Intet er værre end at begrave sig selv i noget, som ikke er lønsomt.

Starttidspunktet

Skal man lave et større samlet arbejde, vil det ud fra, hvad der allerede er sagt, kunne forstås, at starttidspunktet skal vælges med omhu. Begynd ikke at tære på en begrænset forskningsfrihed, førend de nødvendige fysiske forudsætninger for arbejdets udførelse er i orden. Sørg f.eks. for at alle forberedende arbejder (bogindsamling, oparbejdelse af nødvendige kontakter o.s.v.) er afsluttet. Intet er mere frustrerende end forsinkelser, der skyldes praktiske hindringer. Begynd ikke på et større projekt, førend du ved erfaringer indhentet gennem udførelsen af mindre kender dine muligheder og har opnået en vis rutine. Begynd så vidt muligt heller ikke på et tidspunkt, hvor inspirationen savnes.

Forberedelsen på det praktiske plan er vigtig. Hjemskaffelse af bøger og andet materiale tager tid. Såfremt der kun kan samles ressourcer til en kortvarig forskningsperiode, bør bøgerne selvsagt ligge parat, når startskuddet lyder. På samme måde kan det tage tid at oparbejde nødvendige kontakter i andre lande eller blandt praktikere hjemme. Husk, at det er langt mere hensigtsmæssigt at skaffe sig underretning om forholdene andetsteds ved at benytte sig af dér-værende jurister. Det er næsten uoverkommeligt at sætte sig ind i andre landes retsregler uden lokal hjælp. Praktikere herhjemme kan også sidde inde med en viden, som bør udnyttes. Skal man have materiale fra sådanne praktikere og ikke bare høflig snak, er det imidlertid oftest nødvendigt både at bevise sin og projektets seriøsitet. Også den slags tager tid.

Arbejdsplanlægningen

Det er helt afgørende for et godt resultat, at det praktiske arbejde tilrettelægges ordentligt.

Nøgleordet i så henseende er: Arbejdsdisciplin. Forskningsarbejde er uhyre frit. Den, der ikke forstår at administrere denne frihed, kører let af sporet.

Kravet om arbejdsdisciplin indebærer, at man følger en ganske fast og *på forhånd lagt* arbejdsplan. Sørg for at opstille en målsætning for, hvor meget arbejde du skal udføre hver dag. En forhåndsplan tjener til at fjerne flugtmulighederne. Og når du først kommer i gang, vil du opdage, hvor let det er at finde påskud til at gøre mindre vigtige ting i arbejdstiden.

Sørg i øvrigt for, at der i denne plan tages højde for, at de personlige ressourcer udnyttes bedst muligt. Er man A-menneske, behøver dagen altså ikke nødvendigvis først begynde kl. 9. Er man omvendt B-menneske, er man måske bedst tjent med at arbejde eftermiddag og aften og bør ikke få dårlig samvittighed i den anledning. Sørg også for at afveksle arbejdet gennem dagen. Ingen

kan f.eks. sidde en hel dag og læse domme. Tag pauser eller skub evt. rutinearbejde ind imellem de mere krævende arbejdstimer. Regn ikke med, at du kan arbejde intensivt på det intellektuelle plan mere end 5 á 6 timer pr. dag. Et arbejdsresultat svarende til et gennemsnit på 1 trykside pr. dag er som regel et godt resultat, hvis det er et lødigt produkt, der produceres.

Husk i øvrigt i selve afhandlingen at redegøre for, hvorledes arbejdet er planlagt og gennemført. Bedømmerne bør have lettest mulig adgang til at spore de fremskridt, der er gjort.

Selve arbejdet

Selve arbejdet udføres som regel bedst på den måde, at der indledningsvis foretages en registrering af alle informationer (domme, litteratursteder m.v.). Dette kan ske med udgangspunkt i en synopsis, i hvilken forfatteren gør sig emnet klart, og som er egnet til at fokusere hans opmærksomhed i de relevante retninger. Registreringen kan ske på PC eller i et skillebladssystem opbygget som en arbejdsystematik, der dækker emneområdet. De her indlagte informationer bør i første omgang ikke være mere omfattende, end at det netop er muligt at se, hvad henvisningerne går ud på. I systemet indlægges også notater med strøtanker over de enkelte problemstillinger.

Samtidig med at informationsindsamlingen foregår til dette system, kan man rundt omkring begynde at skrive det, som det er muligt at skrive. Meget langt kan man skrive sig frem til større klarhed på de vanskelige punkter. Skriverierne kan i al fald tjene til at nedfælde nødvendige arbejdshypoteser. Men regn ikke med straks at formulere det optimale og endelige. Husk også på risikoen for, at papiret binder tankerne. Læg det skrevne væk, inden du tager fat på problemstillingen ved næste gennemgang, og prøv at anlægge andre indfaldsvinkler på stoffet. Bryd hensynsløst den valgte disposition op, såfremt emnet lader sig behandle i en bedre systematik. Efterhånden som arbejdet skrider frem, vil der nødvendigvis opstå en større klarhed, som indebærer, at dispositionen bør forandres. Pas på ikke at blive bundet af dine egne oprindelige tanker. Kør evt. ad flere tankespor, indtil der er opnået fuldstændig klarhed over, hvilket potentiel materialet rummer.

Den endelige disposition skal selvsagt være dækkende for emnet. Den indbyrdes vægtning af dettes enkelte elementer må også være klart begrundet. Det samme gælder disses detaljeringsgrad og de eventuelle afvigelser fra den systematik, de resultater og den begrebsdannelse, som hidtil anerkendte værker bygger på. Se efter, at de opstillede spørgsmål er rigtigt præciserede, og at der er konkluderet (og delkonkluderet). Søg op i abstraktionsniveau og husk, at en

videnskabelig afhandling er mere end blot en håndbog over gældende ret til brug for praktikere. Rent deskriptive skildringer af gældende ret er normalt ikke videnskabeligt meriterende, som mange tror.

I øvrigt kan selve skrivarbejdet med fordel foregå på et tekstbehandlingsanlæg. Haves intet sådant, bør man betjene sig af blyant, således at endeløse udstregninger undgås. Benyt bred margin til senere tilføjelser. Husk, at det endeligt produkt ofte fremstår gradvist på den måde, at værket vokser overalt på én gang i takt med, at erfaringer og ny erkendelse indvindes. Der kan altså blive rigelig brug for saks og tape.

Kildebehandlingen

En restdogmatisk afhandling må nødvendigvis indeholde en gennemgang af den på området eksisterende litteratur. Man må her altid søge til originalværkene og ikke lægge 2. hånds beskrivelser til grund. Kontrollér, hvad der egentlig står, og kontrollæs det læste i projektets sidste fase med den større baggrund, du har på dette tidspunkt. Skriv ikke af, men citér gerne med tydelig angivelse af, at der er tale om et referat.

Den læste litteratur bør naturligvis fremgå af en litteraturliste i den udstrækning, det læste er *nyttiggjort* i afhandlingen. Lange lister over alt, hvad man har måttet læse, og altså også af, hvad der *ikke* har kunnet nyttiggøres, kan ganske vist have en vis imponatorvirkning. Men de er en uskik.

Domsmaterialet må som regel gennemgås flere gange. Først når man har fuldstændig klarhed over de problemstillinger, emnet rummer, er man nemlig i stand til at udvinde alt det af dommene, som har værdi.

De trykte og elektroniske domssamlinger må naturligvis undersøges. De heri valgte registerstikord vil imidlertid i reglen ikke være et tilstrækkeligt fremfindelsesmiddel. Man må simpelt hen gå alt det igennem, som kan tænkes at indeholde noget af værdi. Efterkontrollér også de afgørelser, der henvises til i den anvendte litteratur – de kan være skævt refererede.

Sæt ind under hvert (evt. elektroniske) skilleblad en liste over de domme, som vedrører emnet, ordnet kronologisk. På den måde vil du hurtigt kunne se, hvorvidt du allerede har en dom med, som du måtte falde over i en anden sammenhæng senere hen.

Hvor de trykte afgørelser udgør et for spinkelt arbejdsgrundlag, må undersøgelsen evt. udstrækkes til utrykte afgørelser. Husk, at Østre Landsret har et register over sådanne.

Man bør i øvrigt være forsigtig med at overfortolke enkeltafgørelser i arbejdets tidlige faser. Ofte er det i øvrigt klogt først at se den endelige bekræftelse på stillingen i retspraksis, når der foreligger flere afgørelser i samme retning.

Administrative afgørelser kan medinddrages. Men husk, at deres retskildeværdi kan være begrænset. Derimod er de naturligvis et glimrende udtryk for, hvad der faktisk foregår hos pågældende myndighed, og for hvorledes denne tænker.

Også forarbejderne til lovgivningen på det valgte emneområde må naturligvis gennemgås. Man bør i denne forbindelse huske, at der kan foreligge utrykt materiale, som belyser baggrunden for det vedtagne. Selv om sådant materiale måske ikke har formel retskildeværdi, kan det have væsentlig betydning i en videnskabelig afhandling. Som eksempel kan nævnes spørgsmål til og svar fra ministeren i forbindelse med behandlingen af et lovforslag.

Endelig er det nødvendigt at undersøge ikke blot indholdet af formelt gældende ret på det undersøgte område, men også hvad der her foregår i praksis. Uden indblik i, hvorledes de formelle regler anvendes og virker i praksis, vil de resultater, man når frem til, være lette at kritisere. Retsregler fungerer f.eks. ofte i praksis på en helt anden måde, end man skulle tro ud fra deres formelle indhold. Og dette har betydning for de retspolitiske anbefalinger, der kan gives, og for med hvilken vægt man bør behandle disse regler.

Husk i øvrigt at referere det anvendte materiale således, at det kan genfindes af læseren.

Skriveformen

Skriveformen bør følge læsernes forudsætninger. Når det drejer sig om videnskabelige afhandlinger, har man altså ret til at regne med videnskabelige forudsætninger. Men regn ikke med, at læseren ved alt det, du véd om netop dit emne – husk at forklare dig således, at læseren kan følge med.

Forklaringer kan gøres mere eller mindre brede. Mange er tilbøjelige til at formulere sig ret fyldigt. Risikoen ved at skrive for bredt er imidlertid, at læseren trættes og mister overblikket. For den, der læser en bog ved at læse frem og tilbage, er det også ofte lettest at læse en kompakt fremstilling.

Under alle omstændigheder skal den sproglige form være i orden. Stavefejl o.l. må ikke forekomme.

Retssociologiske indslag i afhandlinger med andet primært sigte

Jørgen Dalberg-Larsen

1. Indledning

Hovedsigtet med det følgende er at give praktisk råd og vejledning til juridiske forskere, der måtte ønske at inddrage retssociologien i deres forskning i et større eller mindre omfang. Det bliver dog nødvendigt indledningsvist kort at gøre rede for, hvad man kan forstå ved betegnelsen retssociologi, idet jeg formoder, at mange juridiske forskere ikke kender noget særligt til dette fag, og desuden fordi faget kan defineres på flere vidt forskellige måder. Og det betyder, at det, man kan bruge retssociologien til, bliver vidt forskellige ting, alt afhængigt af hvilken form for retssociologi, man tænker på.

2. Hvad er retssociologi?

Mange forestiller sig nok umiddelbart, at sociologi, og således også retssociologi, nærmest må have noget med tal og tabeller at gøre. Man finder da også definitioner af faget, der alene bestemmer det ud fra dets anvendelse af visse kvantitative metoder. Således mener Stig Strömholm, at en juridisk relevant retssociologi må bestemmes som anvendelse af sociologisk metode på retlige fænomener og intet andet.¹ Hertil er i det mindste to ting at bemærke.

For det første er det ikke rimeligt at karakterisere sociologisk metode som noget præcist og entydigt. Som det fremgår af det følgende, findes der vidt forskellige sociologiske metoder, og den kvantitativt orienterede, som man oftest beskæftiger sig med i lærebøgerne, suppleres ofte af forskellige kvalitative metoder i sociologisk forskning, især i nutiden. Og for det andet vil næsten alle retssociologer fremhæve det teoretiske element i faget som aldeles centralt.² Man kan således definere retssociologi som det fag, hvor man systematisk søger

1. Se Stig Strömholm, Sv.J.T. 1970, s. 105 flg.

2. Se f.eks. Jørgen Dalberg-Larsen, Retssociologi, problemstillinger og teorier, København 1977, s. 1 flg.

at nå frem til en teoretisk forståelse af rettens placering i samfundet som et socialt fænomen i vekselvirkning med andre sociale fænomener. Ud fra en sådan definition består faget af de teorier, som er formuleret omkring sådanne emner, og disse teorier, og den viden, som disse teorier er baseret på, må man følgelig sætte sig ind i for at kunne nyttiggøre rettssociologien, også i en juridisk sammenhæng.

Der er naturligvis intet i vejen for, at man kombinerer de to typer af definitioner, som her er nævnt, og det vil da også blive gjort i det følgende.

3. Hvad kan man bruge rettssociologien til?

Vi har altså bestemt rettssociologi ud fra dels et metodisk og dels et teoretisk synspunkt og skal her se lidt nærmere på, hvad man kan opnå ved at inddrage rettssociologien i denne brede betydning i sin juridiske forskning.

Anvendelsen af sociologiske *metoder* til at belyse retligt relevante forhold kan angå uendeligt meget, som vi her for oversigtens skyld inddeler i to kategorier. I den første kategori falder alle de forhold, som ikke har med selve kortlægningen af gældende ret at gøre. Man kan f.eks. ønske at få oplyst, hvor mange der bliver indsat i danske fængsler i løbet af et år, eller hvor meget det koster at gennemføre en retssag. Sådanne oplysninger kan bidrage til at belyse sider af retlige problemstillinger, som ikke ville blive belyst, hvis man alene anvendte traditionelle juridiske metoder. Undertiden kan sådanne oplysninger findes i officielle statistikker eller i anden litteratur, undertiden må man selv indsamle materialet under anvendelse af forskellige typer af sociologiske metoder, såsom spørgeskemaer eller interviews.

I den anden kategori falder undersøgelser, der mere direkte supplerer de gængse juridiske forskningsmetoder ved at udvide det juridiske kildemateriale, som kan bidrage til at belyse, hvad der er gældende ret på et område. Her vil det f.eks. ofte være nyttigt og påkrævet at supplere det trykte kildemateriale med utrykt praksis fra underretterne³ eller med administrativ praksis.⁴ Det gælder især i de situationer, hvor sådanne sager sjældent ender ved de øverste domstole, men også hvor man må formode, at et omfattende kendskab til praksis vil give en mere nuanceret forståelse af de retlige problemer på området, end man ellers kunne opnå.

Undersøgelser som de her nævnte betegner man i Tyskland som »Rechtstaatsachenforschung« for at understrege deres særlige karakter, og de kan have

3. Se f.eks. Stig Jørgensen, U.f.R. 1962, s. 165 flg.

4. Se f.eks. Ellen Margrethe Basse, Miljøankenævnet, København 1987.

betydning dels i en praktisk juridisk sammenhæng, dels som basis for formulering eller kritik af teorier om rettens sociale funktioner.

Ud fra retssociologisk *teori* kan man som foran antydnet opnå en bedre forståelse, end man ellers ville kunne det, af retten som et socialt fænomen i samspil med andre sociale fænomener, og jeg skal her helt kort nævne et par områder, hvor man også i en juridisk sammenhæng vil have glæde af at sætte sig ind i retssociologiske teorier og evt. selv forsøge sig med teoretiske ræsonnementer.

For det første kan man have interesse i at forstå de processer, der fører til fremkomsten af ny lovgivning. En sådan forståelse kan f.eks. have betydning for den måde, de pågældende love bør fortolkes på. Hvis man således får blik for, hvad der sker, når man indgår politiske kompromiser omkring formuleringen af en bestemt retsregel, vil man naturligt tolke den anderledes, end hvis man alene ser på lovens formelle udseende.⁵

For det andet kan man have interesse i at finde frem til, hvilke virkninger en lov må formodes at have i det omgivende samfund i forskellige typesituationer. Dette kan ligeledes have betydning for den måde, loven må fortolkes på, især hvis den selv lægger op til en konsekvensorienteret fortolkning.⁶

For det tredje kan man have interesse i at kunne forstå, hvorfor anvendelsen af visse givne retsregler af bestemte myndigheder er sket på en bestemt måde. Jeg tænker her især på situationer, hvor praksis ud fra en ren juridisk betragtning virker inkonsistent eller endog selvmodsigende. Her vil en sociologisk forståelse af, hvad der foregår inden for den pågældende myndighed, ofte kunne virke klargørende.⁷

For det fjerde vil man kunne være interesseret i at beskæftige sig med de lange linjer i retsudviklingen på et bestemt område for herved at sætte den aktuelle situation ind i et større perspektiv og for at kunne forstå, i hvilken retning den fremtidige udvikling kan tænkes at gå.⁸

Her er blot kort skitseret nogle enkelte situationer, hvor retssociologisk teori vil kunne være af betydning for den juridiske forsker. Til slut i dette afsnit skal nævnes en særlig sammenhæng, hvor retssociologien ofte vil have en speciel betydning, nemlig i forbindelse med *retspolitiske* drøftelser. Sådanne drøftelser forekommer særdeles ofte i juridiske afhandlinger, og det vil specielt her ofte være en direkte mangel, hvis de ikke i et vist omfang baseres på retssociologisk empiri eller teori. I en retspolitisk sammenhæng kan det være naturligt at be-

5. Se f.eks. Jens Vedsted-Hansen, *Juristen* 1986, s. 203 flg.

6. Se f.eks. Jørgen Dalberg-Larsen, *T.f.R.* 1981, s. 445 flg.

7. Se f.eks. Erik Boe, *Distriktenes utbygningsfond*, Oslo 1979.

8. Se f.eks. Hanne Petersen, *Ledelse og loyalitet*, København 1987.

skæftige sig med alle de hidtil nævnte former for rettssociologi, og flere til, afhængigt af den konkrete problemstilling.⁹

4. Valg af metode

Det er vigtigt, når man ønsker at indsamle oplysninger af den ene eller anden art, at man vælger den fremgangsmåde, der i det konkrete tilfælde er mest formålstjenlig. Undertiden vil man primært være interesseret i at få en omfattende kortlægning vedrørende forekomsten af det ene eller andet fænomen, og det vil være af afgørende betydning, enten at kortlægningen bliver total, eller at man får en repræsentativ viden indsamlet, således at man herefter ved, hvor ofte et givet fænomen optræder i bestemte sammenhænge. I sådanne situationer bør man anvende *kvantitative metoder*, f.eks. i form af spørgeskemaer med lukkede svarmuligheder, hvor et stort indsamlet materiale kan bearbejdes statistisk.

I andre tilfælde er man mere optaget af at opnå en dybtgående og nuanceret belysning af, hvordan forholdene ser ud i enkelte typiske situationer, og man må her betjene sig af *kvalitative metoder* i sin forskning. Det kan dreje sig om dybtgående interviews med enkelte personer,¹⁰ eller det kan dreje sig om deltagerobservation. Her bliver det muligt at finde ud af, hvad der virkelig gør sig gældende i den enkelte situation, hvorimod man vanskeligt herudfra kan slutte, hvordan det mere generelt forholder sig.

Ofte vil det være nyttigt at betjene sig af en kombination af kvalitative og kvantitative metoder, enten således at man starter i dybtgående interviews med enkelte personer, eller således at man efter indsamlingen og analysen af et stort, men mindre dybtgående materiale supplerer dette, hvor man føler, der er et behov for det, idet man ikke har fået belyst alle de spørgsmål, man ønskede belyst.

I en juridisk sammenhæng vil man i øvrigt undertiden være særligt interesseret i at bearbejde et på forhånd foreliggende skriftligt materiale. Det kan dreje sig om domme, nævnsafgørelser m.v. Også i en sådan situation kan man anvende en række forskellige metoder af kvantitativ eller mere kvalitativ karakter.

9. Se nærmere f.eks. Jon Jonsen, *Retten til juridisk bistand*, Oslo 1987.

10. Se f.eks. *Kvinnerett 2* (red. af Tove Stang Dahl), Oslo 1986, kap. 6 og 8.

5. Hvornår bør man inddrage retssociologien?

Det spørgsmål, som her skal behandles, kan naturligvis ikke besvares entydigt, men jeg mener dog, det kan have sin værdi her kort at nævne nogle mulige måder at besvare det.

Først og fremmest må det være op til den enkelte forsker, hvorvidt han eller hun ønsker at supplere de traditionelle juridiske metoder og synsvinkler med andre, herunder de retssociologiske. Det må i meget vidt omfang afhænge af den enkeltes interesser, ambitionsniveau m.v. Der kommer oftest ikke noget godt ud af at presse en forsker til at dreje sin forskning i en retning, som byder vedkommende inderligt imod. Derimod bør den, der har interesse i at udvide det snævre juridiske perspektiv, gøre det uden at frygte for derved at forlade det retsvidenskabelige forskningsfelt. Det vil ofte være krævende for en jurist uden samfundsvidenskabelig skoling at gå ind i retssociologien, men også ofte give et fagligt og personligt udbytte, som rigeligt står mål med besværet og arbejdsindsatsen.

Dernæst kan man sige, at det må afhænge af problemformuleringen i et forskningsprojekt, hvilke typer af metoder og teorier man bør inddrage. Hvis man f.eks. lægger vægt på de retspolitiske aspekter i projektet, vil det oftest være både naturligt og påkrævet at bevæge sig i retning af retssociologien og/eller andre hjælpevidenskaber.

Endvidere vil det på nogle retsområder være mere umiddelbart indlysende end på andre, at projektet bør have en retssociologisk dimension. Jeg tænker her på områder, hvor man vanskeligt kan få besvaret selv de mest traditionelle juridiske spørgsmål uden at gå udover den snævre retsdogmatik. Inden for mange nye retsområder, såsom f.eks. miljøret, finder man på lovgivningsplan alene nogle rammer afstukket, inden for hvilke retsudviklingen må ske, og man finder næsten ingen domspraksis. Her er det helt naturligt at bevæge sig i retning af en empirisk kortlægning af den administrative praksis under anvendelsen af sociologiske forskningsmetoder, dersom man ønsker at trænge ind i den faktiske retstilstand.

Endelig kan det spørgsmål, som er formuleret som overskrift for dette afsnit, forstås som et spørgsmål om, hvornår man inden for det juridiske videnskabs-samfund vil kræve eller værdsætte inddragelsen af retssociologiske synsvinkler. Heller ikke her kan gives noget entydigt svar. Der er forskellige traditioner i så henseende fra land til land, og der eksisterer generationsforskelle og individuelle forskelle vedrørende dette spørgsmål. Man kan nok forsigtigt sige, at der er en stigende tendens til at acceptere, og endog undertiden kræve, at retssociologiske eller andre samfundsvidenskabelige synsvinkler medinddrages i juridisk forskning.

6. Nogle gode råd

Til slut nogle praktiske tips, der måske kan hindre en og anden i at begå nogle af de fejltagelser, som det på forhånd er muligt at gardere sig imod.

1. Det er meget vigtigt at ofre megen tid og omhu på de første faser i forskningsprocessen, nemlig problemformuleringen og tilrettelæggelsen af undersøgelsen. Ved en nøje gennemtænkt problemformulering undgår man, at man senere ustandseligt står i en situation, hvor man ikke kan komme videre, fordi der opstår uforudsete problemer. Man kan således på forhånd finde frem til, hvor der bliver behov for rettssociologiske indslag i projektet, og man kan starte forberedelsen af disse. At selv en nøje forberedelse af et projekt ikke hindrer, at visse nye uforudsete problemer dukker op, er en anden sag. Som forskningsprocessen skrider frem, vil man uundgåeligt støde på visse nye problemer. Men den grundige forberedelse hindrer de problemer, som er rent selvskabte.
2. Det er langt at foretrække at gennemføre små gode afgrænsede rettssociologiske undersøgelser end store altomfattende. Ofte vil man ved at tænke sig om kunne begrænse undersøgelsen til et omfang, som er tidsmæssigt overkommeligt, og som ikke stiller for store krav til metodiske færdigheder.
3. Det kan være en vigtig inspirationskilde at sætte sig ind i, hvordan man tidligere har lavet rettssociologisk forskning af den pågældende art. Brug derfor tid på de nødvendige litteraturstudier.
4. Sørg for at få kvalificeret vejledning vedrørende de rettssociologiske elementer i et forskningsprojekt. Mange er gået i stå, fordi de har manglet den vejledning, som de fleste jurister vil have et helt naturligt behov for på dette felt.
5. Hvis det drejer sig om indsamling af oplysninger, f.eks. via spørgeskemaer, regn da med store forsinkelser undervejs i undersøgelsen. En sådan undersøgelse har man som forsker langt mindre personlig kontrol over end gængse typer af juridisk forskning, hvor grundmaterialet kan findes på det juridiske bibliotek.
6. Grundbøger i sociologisk metode er uundværlige hjælpemidler for den, der påtænker empiriske undersøgelser. Hvilke man bør anvende afhænger naturligvis af undersøgelsens art og omfang.
7. Ved indsamling af oplysninger via spørgeskemaer er det vigtigt først at afprøve skemaet på nogle kvalificerede personer. Herved undgår man dels at få besvarelser, der er ubrugelige, fordi spørgsmålene er uklart formuleret eller irrelevante, dels at folk undlader at besvare spørgeskemaerne, fordi de opfatter undersøgelsen som useriøs.

8. I en forskningsrapport, der bl.a. gengiver besvarelserne fra en spørgeskemaundersøgelse eller andre kvantitative oplysninger, er det vigtigt at undgå en ophobning af tabeller, der blot gengives uden nærmere kommentarer. Viderebring kun de allermest centrale oplysninger og forklar med ord, hvad oplysningerne kan bruges til i den konkrete sammenhæng. Det resterende materiale kan evt. bringes i et appendix.
9. Angående den teoretiske retssociologi: Man bør ikke forholde sig til sociologiske teorier som til påstande om gældende ret i anerkendte lærebøger. I stedet bør de diskuteres og afprøves. Der findes ikke ét sæt af teorier, som er rigtigere og mere autoritative end andre, og der vil oftest eksistere mange dels modstridende, dels gensidigt supplerende teorier om de samme forhold. Teorier bør derfor opfattes som gode eller dårlige hjælpemidler til at forstå og bringe orden i iagttagelser af virkeligheden og ikke som en genvej til at forstå denne på en bedre og sandere måde. Derfor er det vigtigt at sætte sig ind i den retssociologiske litteratur mere bredt, og ikke blot tage udgangspunkt i en vilkårligt valgt teori, hvis man har som mål at foretage en kvalificeret retssociologisk analyse af et bestemt retligt problemkompleks.¹¹

11. Af retssociologiske grundbøger, der giver en bred indføring i retssociologiske teorier både på det generelle og konkrete niveau, kan fremhæves Vilhelm Aubert, *Rettenns sosiale funksjon*, Oslo 1976, og Roger Cotterell, *The Sociology of Law, An Overview*, London 1984.

Komparativ ret i juridiske afhandlinger

af Ole Lando

I. Indledning¹

De fleste akademiske afhandlinger, der skrives her i landet, behandler et emne i dansk ret. Mange af dem har dog et afsnit, der er viet fremmed ret. Dette afsnit er undertiden et mindre vigtigt appendiks til afhandlingen. Den kan med udbytte læses uden det. Forfatteren har blot villet vise, at han ved, at emnet også er blevet behandlet i fremmed ret. Han har ikke hentet nogen inspiration fra det fremmede materiale.

I en afhandling med andet primært sigte bør man kun have et afsnit om fremmed ret, hvis man har set, at der i udlandet kan hentes viden, der befrugter afhandlingen. Det vil der i reglen være. Som en tysk jurist sagde for mere end 100 år siden, er der ingen rigtig retskultur, der kan nøje sig med at undersøge et enkelt lands ret.

Inden for visse emnekredse er det vanskeligt at undgå fremmed ret. I en afhandling om et emne inden for den internationale privatret kan man ikke lade fremmed ret ude af betragtning. Skriver man om EF-ret, som er et fælles retssystem for 12 lande, må man også undersøge hvordan reglerne anvendes i de andre EF-lande. Vil man behandle et emne, der er dækket af internationale konventioner, som Danmark er med i, er det nødvendigt at undersøge, hvordan disse konventioner fortolkes i andre konventionslande. Også den forfatter der mener, at hvert land bør kunne anlægge sin egen fortolkning af konventionen,

1. Litteratur på fremmede sprog

Fransk: David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8. udgave ved Camille Jauffret-Spinosa, Paris 1982. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, I-II, Paris 1972-1974.

Tysk: Zweigert & Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* 2. udgave, Tübingen 1984.

Engelsk: David & Brierly, *Major Legal Systems of the World*, 2. udgave 1978 (Bearbejdet oversættelse af Davids ovennævnte værk på fransk). Zweigert & Kötz, *An Introduction to Comparative Law III*, 2. udgave Oxford 1987 (Bearbejdet oversættelse af forfatterens ovennævnte værk på tysk).

Se i øvrigt litteraturhenvisningerne i »Kort Indføring til komparativ Ret« s. 114 ff og i Davids ovennævnte franske værk s. 593.

bør undersøge, om dette faktisk sker. Mange forfattere går dog ind for en ensartet fortolkning i medlemslandene. Deres afhandlinger må nødvendigvis blive komparative og har da ikke længere andet primært sigte. Det samme gælder de egentlige komparative afhandlinger, som bliver mere og mere almindelige i vore nabolande. I den behandling, forfatteren her giver et problem eller en problemkreds, får alle de retssystemer, der omtales, i princippet samme rang. Målet med en sådan afhandling er ofte at analysere og vurdere de forskellige løsninger, som findes, for derved at søge frem til den løsning, som er bedst egnet til at blive optaget i en kommende europæiske civillovbog eller til anvendelse ved internationale domstole eller voldgiftsretter, hvor sagen skal afgøres ud fra almene retsgrundsætninger (*lex mercatoria*)².

For den der vil give en retssammenlignende fremstilling opstår der, uanset hvilket sigte den har, en række metodeproblemer. Hvordan afgrænser man det emne der tages op, hvorledes undersøger man retstilstanden i de pågældende lande, og hvorledes beskriver og måler man forskelle og ligheder? Hvilke retssystemer bør inddrages i undersøgelsen, og hvordan bør de grupperes? Skal en fremstilling, der omfatter flere problemer, gives land for land, således at det beskrives, hvorledes alle problemerne løses i hvert enkelt land? Eller bør man gå fra problem til problem og fremstille samlet, hvordan hvert er løst i alle landene? Bør fremstillingen gøres dynamisk, d.v.s. skildre retsudviklingen, eller statisk, således at kun nugældende ret behandles?

Dette bidrag bygger i hovedsagen på min fremstilling af retssammenligningens metode i bogen »Kort Indføring i komparativ Ret«, fra 1986.

II. Emnet

Emnets afgrænsning. Den funktionelle metode

Retssammenligningen beskæftiger sig med det samme som retten og videnskaben i øvrigt sysler med: Løsning af samfundsspørgsmål gennem retsregler. Man erkender et problem. Man oplever f.eks., at den efterladte ægtefælle har behov for at blive tilgodeset i den afdødes bo, eller man ser, at det i kontraktforhold sker, at den stærke part udnytter den svage, og at den svage har brug for beskyttelse. For at løse disse spørgsmål giver man lovregler. Her beskriver man de retsfakta, som afspejler problemet. I det ene tilfælde er det ret enkelt: Den ene ægtefælle dør og efterlader sig en formue: i det andet tilfælde må en nøjere

2. Se Ole Lando, *Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium*. 40 *Scandinavian Studies in Law* (2000) Stockholm, pp 343-402.

beskrivelse til. Den ene part udnytter den andens betydelige økonomiske eller personlige vanskeligheder, manglende indsigt, letsind eller et bestående afhængighedsforhold til at opnå eller betinge en ydelse, der står i misforhold til modydelsen, eller som der ikke ydes vederlag for. Retsreglen fastsætter så retsfølgen: Den længstlevende ægtefælle skal arve en bestemt brøkdel af den førstafdødes formue. Den udnyttede part bliver ikke bundet af aftalen. Problemet er nu søgt løst ved en regel, og der dannes ret hurtigt, hvis det ikke allerede er sket, et begreb, som jurister forbinder med den gældende regel: Man taler om ægtefællers arveretlige stilling og om udnyttelse. Det første henføres under arveretten, mere specielt under læren om familiens arveret, det andet under aftaleretten, mere specielt under læren om de ugyldige viljeserklæringer.

Den, der vil foretage en retssammenlignende undersøgelse, vil ofte være tilbøjelige til at tage sit udgangspunkt i begrebet, sådan som det er blevet bestemt af de gældende regler (retsbegrebet) i stedet for i det samfundsproblem, som skabte reglen. Herved kan han komme ud for problemer.

Han vil opleve, at det retsbegreb, der er rammen for hans undersøgelse, ikke eksisterer i visse retssystemer. Problemet er enten ikke løst eller løst på en anden måde. Den, der vil undersøge udnyttelse som ugyldighedsgrund, vil finde lande, hvor begrebet udnyttelse ikke bruges i loven. Et af dem er Frankrig. Vil han skildre fransk ret, kan han ikke blot forlade den med en bemærkning om, at udnyttelse som ugyldighedsgrund ikke eksisterer i Frankrig. Det, han så må gøre, er at søge oplyst, hvorledes fransk ret tager stilling til de situationer, som hos os omfattes af aftalelovens § 31 om udnyttelse. Han vil da opdage, at fransk ret har regler om renteåger (usure), hvorefter renter, der overstiger lovens maxima, kan nedsættes. For salg af fast ejendom har man en særlig regel om, at et salg kan blive ugyldigt, hvis ejendommen er solgt for under 5/12 af sin værdi (*lésion*, Code civil art. 1674). I ganske særlige situationer har franske domstole anvendt reglerne om ugyldighed på grund af manglende cause, idet de fandt, at den udnyttede persons løfte savnede en rimelig retsgrund. I den seneste tid har enkelte domstole brugt reglen om tvang (*violende*, Code civil art. 1111 og 1112), som de har givet et større anvendelsesområde end før. Alle disse regler kan komme på tale i situationer, som hos os dækkes af udnyttelsesreglen. Alt i alt må det dog konstateres, at fransk ret ikke giver den udnyttede samme beskyttelse som dansk ret. Men undersøgelsen bør ikke stoppe her. For at gøre billedet af fransk ret mere fuldstændigt må forfatteren også overveje, om de franske regler om formkrav, B om at aftaler skal være skriftligt affattede og i visse tilfælde bekræftet af en notar, B bidrager til at undgå, at visse arter af udnyttelse forekommer. Formkrav kan jo have den virkning, at de gør den ubesindige eller uerfarne part opmærksom på aftalens alvor og derved maner ham til eftertanke.

Efter en sådan undersøgelse erkender man, at det ikke er reglerne om udnyttelse, der er blevet undersøgt og sammenlignet, men de problemer, som den danske udnyttelsesregel tager stilling til og de opgaver eller funktioner, en udnyttelsesregel har. Undersøgelsen har været funktionel.

Den funktionelle metode bør ikke begrænses til de retsfakta eller retsfølger, som findes i et enkelt lands retsregler. Den må også medtage beslægtede fænomener, som omfattes af det samme problem. Udnyttelse kan antage andre former end dem, aftalelovens § 31 beskriver, og kan føre til retsfølger, f.eks. lempelse eller ændring i aftalen, som ikke er fastsat i § 31.

Sammenligning med fransk ret vil måske bekræfte forfatteren i, at vor udnyttelsesregel rammer et centralt problem og at vor behandling af dette problem er den franske overlegen. Denne erkendelse er ikke uden værdi.

Den måde, hvorpå et problem løses i udlandet, vil kunne tvinge en forfatter til at omformulere sit problem. Vil han i en retssammenlignende undersøgelse give en sammenlignende fremstilling af familiens arveret, opdager han, at han ikke kan give en fyldestgørende redegørelse for den længstlevende ægtefælles stilling, hvis han blot beskæftiger sig med vedkommendes stilling som arving. I nogle lande tilgodeser lovgivningen den længstlevendes interesser ved regler, der i stedet for arv giver den pågældende ret til at hensidde i uskiftet bo eller til at udtage dele af boet. En sammenligning får kun mening, hvis den omfatter alle den længstlevendes rettigheder i den førstafdødes bo. Forfatteren må opgive at beskrive familiens arveret og i stedet behandle familiens stilling i boet. Denne opdagelse kan være værdifuld også for den forfatter, der vil skrive en afhandling som ikke har komparativt sigte.

Efter den funktionelle metode er det altså problemerne og ikke retsreglerne, der afgrænser emnet. I en sammenlignende undersøgelse, der henvender sig til en international læserkreds, vil man heller ikke kunne bestemme emnet ud fra et enkelt lands begreber. Vil man bruge et begreb, må man selv lave et. Det franske begreb »force majeure«, det tyske »Wegfall des Geschäftsgrundlages« og det engelske »frustration« er beslægtede. De handler om den situation, at skyldneren bliver forhindret i at opfylde en kontrakt på grund af væsentligt ændrede forhold. De tager stilling til, om han bliver fri for ansvar. Betingelserne for, at skyldneren bliver ansvarsfri, er forskellige i de tre lande, og følgelig er de tre begreber også forskellige. Ingen af dem er derfor egnet til at beskrive emnet for en komparativ fremstilling. Det der skal analyseres og beskrives, er et »neutralt« begreb, som kan kaldes ansvarsfritagelse på grund af væsentligt ændrede forhold.

Den der vil skrive en fremstilling med dansk sigte bør måske også bruge dette neutrale begreb, der omfatter fænomener som »hardship« der er beslægtede med vis major. I det hele taget bør det ofte overvejes, om man i stedet for et

juridisk bør vælge et neutralt begreb som genstand for ens undersøgelse. Det er retsvidenskabens opgave at analysere de sociale problemer, der hører sammen, og det er ikke altid dem, der omfattes af de juridiske begreber.

Selv betegnelser, som man må tro har samme betydning i flere retssystemer, kan vise sig at være falske venner. Det gælder f.eks. ordet kontrakt. Vil man omtale, hvilke løfter i kontraktforholdet der kræver accept, vil jurister på Kontinentet tage gaveløfter med. Det vil man ikke i common law, fordi gaver ikke er egentlige kontrakter. En forfatter, der har erkendt dette, må herefter gøre op med sig selv, om han vil lade sin undersøgelse omfatte gaver.

For den, der vil skrive om kontrakter eller specielt om gaver i dansk ret, har det ikke den store betydning, om gaveløfter er at henregne til kontrakter. Vi nordboer ved jo, at man ikke kan uddrage regler at begreber. Men det giver jo stof til eftertanke, at common law opfatter gaver og kontrakter som så forskellige fænomener, at gaver ikke kan gå under betegnelsen »contracts«.

Selv om specielle retsregler ikke bør danne rammen om en undersøgelse, kan de meget vel ansprende til reformer. At de ikke findes i et land kan betyde, at de problemer, de søger at regulere, ikke er løst i det pågældende land. De kan afsløre et savn. Det er nævnt ovenfor, at enkelte franske domstole er begyndt at bruge Code civil's regler om tvang til at tilsidesætte aftaler, som er blevet til under omstændigheder, som vi vil betegne som udnyttelse. Det er sket i enkelte tilfælde, hvor den svage part har stået i et økonomisk afhængighedsforhold til den stærke part. At anvende reglerne om tvang forekommer her noget anstrengt. Dommene viser, at der måske er et behov for regler om udnyttelser.

Talrige er de retsbegreber, der er blevet indført til Danmark fra udlandet for at udfylde et savn. Dette gælder generalklausulen om god markedsføringskik i markedsføringsloven, som stammer fra Tyskland, reglerne i købeloven om sælgerens ret til at standse afsendt gods på vej til en køber, der er insolvent, som kommer fra England, og læren om ugyldige forvaltningsakter, som bygger på fransk ret. Nye kontraktstyper som leasing, factoring og franchising er kommet til Europa fra USA, fordi de amerikanske virksomheder, der handlede med Europa, havde dem med til forhandlingsbordet. Europæerne så, at de var hensigtsmæssige og antog dem.

Større retssammenlignende undersøgelser omfatter ikke blot problemer, men hele problemkredse. Til deres afgrænsning må man ofte bruge begreber, som har juridisk farve, såsom ægteskab, løsøre køb og aktieselskab. De findes i mange lande og bruges også i ikke-juridiske sammenhænge. også mere juridisk prægede begreber, såsom international privatret, ophavsret, arbejdsret kan være velegnede emner for en undersøgelse. Er der forskelle i begrebernes konturer, må man som nævnt gøre op med sig selv, hvorledes emnet skal afgrænses.

III. Sammenligningens gennemførelse

A. Sammenligningens materiale

Der har været forfattere, der har troet, at lovttekster alene var et tilstrækkeligt grundlag for en retssammenligning. Denne opfattelse er forladt; den er uigennefmørlig på ulovbestemte retsområder, og den tager ikke i betragtning, at loven, således som den anvendes og fortolkes af domstole og andre retsanvendende myndigheder, giver et sandere billede at retstilstanden i landet end loven alene. Endvidere må den juridiske litteratur tages i betragtning. Det gælder både i de lande, hvor domstolene og myndighederne konsulterer litteraturen flittigt og i de lande, hvor dette ikke sker. Det vil altid være vigtigt at vide, hvordan landet forfattere tager stilling til problemer, der ikke er løst i lov eller praksis. Forfatternes kritik at den bestående retstilstand vil endvidere oftest blive hørt selv i lande, hvor forfattermeninger ikke agtes så højt.

Endvidere bør man ikke blot tage i betragtning, hvorledes lovgivningen, domstolene og forfatterne løser et problem, men også hvorledes borgerne i landet reagerer over for det, se herom nedenfor.

Den kasuistiske metode

I en sammenlignende undersøgelse vil det ofte være svært at måle forskellen mellem reglerne i to eller flere lande. Lovreglerne giver sjældent den fornødne vejledning. Den foreliggende retspraksis er ikke altid sammenlignelig, fordi domstolene og litteraturen i de pågældende lande har taget stilling til forskellige problemer. For ret at måle ligheder og forskelle opstiller man da konkrete eksempler, som er hentet fra et eller flere af landenes retspraksis. På grundlag af de domme, som findes, litteraturen og »kulturtraditionen« i de andre lande søger man at gisne om, hvordan domstolene der ville have dømt i disse tilfælde. Denne metode er behæftet med usikkerhed, men kan undertiden give resultater.

I landet A har man f.eks. den lovregel, at en producent bliver gjort objektivt ansvarlig for skade, som forvoldes på forbrugerne af den vare, han har fremstillet og markedsført. Han går dog fri for ansvar, hvis han beviser, at teknik og videnskab på det tidspunkt, produktet blev markedsført, ikke havde kunne opdage den fare, der er ved at anvende produktet. I landet B bliver producenten fri for ansvar, hvis han godtgør, at han var uden skyld i, at produktet var farligt. En undersøgelse baseret på konkrete eksempler, der er hentet fra domme i A og B vil vise, at forskellen er lille, idet domstolene i B stiller meget strenge krav til beviset for, at producenten er uden skyld.

Undersøgelser af denne art kan også afsløre uoverensstemmelser i resultaterne mellem lande, hvis regler tilsyneladende er ens. To lande har f.eks. den fælles regel, at tilbudsgiveren er bundet af sit tilbud, når det er antaget af til-

budsmottageren. Indtil det er antaget, kan tilbudsgiveren tilbagekalde tilbudet. Eksempler vil imidlertid vise, at denne regel i landet X ikke er uden undtagelse. Hvis tilbudsmottageren, inden han antog tilbudet, fra anden side havde fået sikre oplysninger om, at tilbudsgiveren havde fortrudt det og handlet i strid med det, vil grundsætningen om redelig handlemåde føre til, at tilbudsmottageren, selv om han antager tilbudet, ikke kan holde tilbudsgiveren fast ved det. Doms-tolene i landet Y har ikke taget stilling til dette særlige problem. Der findes imidlertid ingen afgørelse, der gør undtagelser fra reglen om, at tilbagekaldelsen for at være virksom må komme fra tilbudsgiveren selv. Grundsætningen om redelig handlemåde anvendes langt sjældnere i landet Y end i X. Man må derfor B omend med tvivl B antage, at tilbudsgiveren i Y bliver bundet af sit tilbud, hvis han ikke selv når at tilbagekalde det, inden det bliver antaget.

Strukturelle forskelle vanskeliggør beskrivelsen

Ved beskrivelser af retten i forskellige lande løber man undertiden ind i problemer, der skyldes afgørende forskelle i retsstrukturernes landene imellem. Ikke engang begrebet retsregel er det samme overalt. The legal rule er i common law noget andet end retsregel i civil law.³ Denne grundlæggende forskel må man have for øje, når man sammenligner »retsregler« i common law og civil law. Den kan gøre de sammenlignende analyser vanskelige. Nogle socialistiske forfattere hævder, at der er umuligt at sammenligne de kapitalistiske landes ret med de socialistiske landes. Det må også erkendes, at sammenligningen kan være vanskelig. De to ideologier, den kapitalistiske og den socialistiske, fører til en forskellig opfattelse af retsreglernes mission i samfundet og af rangfølgen mellem filosofiske principper og retsregler samt til en forskellig fortolkning af retsreglerne. Men det er ikke rigtigt, at sammenligninger af den grund skulle være umulige.

Ikke-retlige normers betydning

Problemer kan også opstå, hvor retsreglerne ikke dækkende beskriver de samfundsmæssige realiteter. Det, folk retter sig efter, er ikke retsregler, men noget andet.

I nogle lande i Det fjerne Østen spiller retten en ringe rolle til regulering af samfundets konflikter. Den, der vil sammenligne disse landes ret med vor europæiske ret, må derfor ofte inddrage de ikke-retlige mekanismer, f.eks. de såkaldte »giri« i Japan og »li« i Kina i sin undersøgelse.⁴

3. Se »Kort Indføring i komparativ Ret« s. 43.

4. Kort Indføring i Komparativ Ret, s. 33 og 74.

Det forhold, at retsreglerne ikke dækker livets realiteter, kendes også i de vestlige lande. Der findes forbud i loven, som ingen efterlever, og som heller ikke myndighederne søger at håndhæve. omvendt findes der moralbud, som det ville være uklogt at sidde overhørig. Det er alment kendt at et tilbud ikke er bindende i engelsk kontraktret, før det bliver antaget.⁵ Alligevel anses det for unfair, hvis en handlende tilbagekalder et tilbud, navnlig hvis han har sat en frist for dets antagelse. Det gøres derfor normalt ikke. I mange brancher findes der endvidere skikke, som B endnu B ikke har fået den fasthed, som en kutyme eller retssædvane har. At handle imod dem ville dog være uklogt, og de må tages i betragtning, når man beskriver branchens »regler«. Endvidere er store dele af de vestlige landes aftaleret erstattet af »Almindelige Betingelser«, som har vid udbredelse, og som derfor giver et bedre billede af de vilkår, der handles på, end retsreglerne.

B. Retssystemerne og deres inddeling i familier

Valg af retssystemerne bestemmes af formålet

Hvilke retssystemer, man vil have inddraget i undersøgelsen, kommer an på, hvilket formål den skal have. Der findes i verden mange hundrede retssystemer, og flere af dem er vanskeligt tilgængelige. At undersøge og fremstille dem alle ville gøre retssammenligningen til en mammutvidenskab, som selv de mest veludrustede institutter ikke kan overkomme. Det ville som regel heller ikke være anstrengelserne værd.

Valget må afhænge af mål og ressourcer. Ofte vil man kunne begrænse sin fremstilling til de lande, som Danmark har mest samkvem med. Tysk, svensk, norsk, engelsk og amerikansk ret får da en fremtrædende plads. Vort samkvem med Frankrig er ikke så stort, men fransk ret har betydning af en anden grund. Et stort antal retssystemer i og uden for Europa bygger på fransk ret.

Inddelingen i retsfamilier

Herved er angivet et andet kriterium for udvælgelsen. Retten i de fleste lande kan henføres til en familie. Hver familie har sin historiske udvikling, sin struktur, sin retskildelære og sin politiske eller religiøse ideologi. Retten i et land har været moderen for de fleste andre retssystemer, idet de andre enten efter erobring eller kolonisation har været påtvunget moderlandets ret eller frivilligt har brugt det som mønster.⁶ Ved at inddele retssystemerne i familier kan man bringe orden i en eller uoverskuelig mængde. Det kan have praktiske fordele.

5. idem s. 55.

6. Kort Indføring i Komparativ Ret, s. 11.

Den forfatter, der skal redegøre for regler i flere retsordner, vil ofte finde det hensigtsmæssigt først at skildre reglerne i et af systemerne, f.eks. modersystemet, og dernæst redegøre for de afvigelser, der måtte findes i andre retssystemer. Dette først at præsentere familien ved sit mest fremtrædende medlem sparer forfatteren for mange gentagelser. Han kan lægges fremstillingen således til rette, at han først redegør for problemets løsning i modersystemet. Har en eller flere døtre en anden løsning, gør han opmærksom på afvigelsen. Siger han intet om døtrene, betyder det, at de følger moderen.

Det letter det endvidere for den, der vil søge oplysninger om retten i et land, at han kender modersystemets ret. Ved han, at visse bestemte regler om pant i fast ejendom hører til Equity i engelsk ret, har han grund til at gå ud fra, at de samme regler i Australien og Canada også kan søges i fremstillinger af Equity.

Inddelingskriterierne

Når en forfatter inddeler retssystemerne i familier, vil han lade sig lede af, hvilke der bedst fremstilles sammen. For at opnå en hensigtsmæssig inddeling kan han ikke bruge et kriterium. Han må lade sig lede af en samlet vurdering, der er bestemt af flere kriterier.

a. Et af dem er den historiske udvikling. De kontinentale lande syd for Danmark har indtil begyndelsen af forrige århundrede været opdelt i mange små retssystemer.⁷ Fælles for dem alle var et mere eller mindre stærkt romerretligt islæt. Romerretten kom derfor også til at sætte præg på lovbøgerne, som afløste de lokale systemer. De franske lovbøger kom omkring år 1800. Den første og førende, Code civil, fik en enestående udbredelse i verden. Den var de praktiserende juristers værk, »Juristenrecht«, som en tysk forfatter kaldte den. De tyske og svejtsiske lovbøger kom ca. 100 år senere. De var begge resultatet af videnskabsmænds arbejde. BGB fremtrådte med logisk skarpsindighed og systematisk stringens; den var, hvad samme forfatter kaldte »Professorenrecht«.

I Norden er den romerretlig påvirkning forholdsvis svag. De nordiske er de eneste europæiske lande uden for de britiske øer, der ikke i moderne tid har iværksat en omfattende kodifikation. I disse to henseender er der lighed mellem britisk og nordisk ret. Alligevel står vi nærmere de kontinentale systemer. Næsten alle de mange påvirkninger, som vore retssystemer har modtaget fra udlandet, stammer fra det europæiske kontinent og kun få fra de angelsaksiske lande.

I England indførte domstolene allerede i middelalderen en »fælles ret«. The common law blev formet af forholdsvis få dommere over en lang periode. Disse dommere anvendte ikke lovbøger og kun få love; de fik heller ikke mange

7. idem s. 12 og 21.

impulser fra retsvidenskaben eller fra udlandet. De støttede sig på tidligere domme, som blev skrevet ned og nøje studeret og analyseret.

b. Den historiske udvikling i England og på Kontinentet har ført til afgørende forskelle i den juridiske metode. Kontinentets jurister opfatter retsregler som en abstrakt norm, fra hvilken de sluttet deduktivt til den konkrete sag. På Kontinentet opleves retsordenen som et hele, der altid må give svar. Common law's jurister finder derimod the legal rule i et tidligere retstilfælde. I common law erkender man retsordenens ufuldkommenhed: Her går man fra sag til sag og har ofte først reglen, når man har afgørelsen. På Kontinentet arbejder man med love, i England med eksempler. Den juridiske metode i Norden ligger her nærmere den kontinentale end den engelske.

c. Det historiske fællesskab har givet tysk og fransk ret et nogenlunde fælles retssprog, mange fælles institutioner og visse fælles grundtræk i den retlige systematik, som de har konsolideret i de store lovbøger. De socialistiske lande har i et vist omfang bevaret det retssprog, som de brugte, før socialismen blev indført, og som har meget tilfælles med det franske og det tyske. I de nye lovbøger har de dog indført andre institutioner, en anden systematik og tildels også en ny terminologi. Den nordiske retsstruktur ligner den kontinentale. Vi har ingen lovbøger, og vi har heller ikke adskillelse mellem civilret og handelsret. Men vor opdeling af den borgerlige ret i personret, obligationsret, tingsret, familieret og arveret stammer fra romerretten og ligner meget den tyske. Vi bestræber os, ligesom man gør på Kontinentet, for at udvikle et klart og entydigt retssprog, og her hjælper også hos os retsvidenskaben og lovgiveren hinanden. Common law's retssprog adskiller sig væsentligt fra den kontinentale. Det er forment af de enkelte dommerpersonligheder, der hver har haft sine forestillinger om de juridiske begrebers betydning. Det har ikke samme klarhed og entydighed som det kontinentale.

d. Ved inddelingen af retssystemerne i familier må der også lægges vægt på retskildernes indbyrdes forhold. På Kontinentet er den øverste og sikreste kilde loven, som dommene fortolker. Loven har et klart budskab, så snart den er trådt i kraft. I common law dyrker man dommene. En lov kan ændre retstilstanden, men indtil dommerne har fortolket teksten, er det usikkert, hvad den bestemmer.

e. Der er afgørende forskelle mellem de politiske ideologier, som præger retssystemerne. Der var et grundlæggende skel mellem Vestens individualistiske og de socialistiske landes kollektivistiske opfattelse af retten og dens opga-

ve i samfundet. Der er dog i dag meget få lande, hvor socialistisk ret endnu gælder. Der er stadig afgørende forskelle mellem de islamiske landes opfattelse af retten som en ting, der åbenbaret af gud, og som derfor er uforanderlig, og Vestens opfattelse af retten som noget, der er foranderligt, og som ændres med de skiftende økonomiske, sociale og etiske behov.

Blandt de vestlige lande kunne man tidligere udpege den franske familie og common law som de mest individualistiske efterfulgt af den tyske og den nordiske, som var mere samfundsorienterede. I dag er adskillelsen mindre udpræget.

f. En religion kan spille en rolle for et retssystems udvikling. Der findes »religiøse« systemer, islamsk og hindu ret, som gælder i de muhammedanske lande og i Indien.

Andre grupperinger

Flere faktorer kunne nævnes. Den opregning af inddelingskriterier, der her er givet, er ikke udtømmende.

Den opdeling af familierne, som mange forfattere bruger tager især sigte på privatretten. En anden gruppering kan være mere hensigtsmæssig på andre retsområder. Inden for forfatningsretten ville det f.eks. ikke være rimeligt at henføre engelsk og amerikansk ret til samme familie, også inden for privatretten kan der være forskellige inddelinger. Uden for Europa findes der lande, hvis familie- og arveret hører til ån familie, f.eks. den islamske eller hinduiske, men hvis formueret hører til en af de europæiske familier.

Som tidligere nævnt er slægtskabet ingen garanti for, at der er retsenhed inden for familien. Mellem nært beslægtede retssystemer er der ofte en lighed i de metoder, man anvender for at nå frem til en løsning, men man kan ikke gå ud fra, at løsningerne er de samme. Der findes endvidere døtre, som har frigjort sig fra moderen også i metodisk henseende. Det gælder f.eks. nederlandsk ret i forhold til fransk ret og amerikansk ret i forhold til engelsk ret. Selv de meget moderbundne systemer kan have udviklet visse dele af deres ret i en helt egen retning. Store dele af erstatningsretten B the law of torts B er i New Zealand forskellig fra den engelske. På New Zealand kan den, der ved en ulykke mister sin forsørger eller lider skade på sin person, ikke få erstatning af skadevolderen. I stedet får han erstatning fra en offentlig myndighed, the Accident Compensation Board, der får sine midler fra præmier, som blandt andet betales af automobilister og arbejdsgivere.

De repræsentative løsninger

I nogle tilfælde vil den, der søger impulser til et problems løsning, ikke behøve at efterforske alle de store familier med deres mødre og børn. Det, han søger, er typeløsninger B eller som de også kaldes, realtyper B som ligger de såkaldte idealtyper nær. For at løse problemet på en rationel måde er det tit nødvendigt at forestille sig idealtyper, f.eks. én løsning, der konsekvent gennemfører én idé og en anden, der lige så konsekvent gennemfører den modsatte idé. I en fremstilling af reglerne om erstatning i kontraktforhold kan det f.eks. være hensigtsmæssigt at konfrontere to sådanne idealtyper. Den ene går ud på, at skyldneren pålægges ansvar for misligholdelse uden skyld, d.v.s. et såkaldt objektivt ansvar. Den anden går ud på, at skyldneren kun ifalder ansvar, hvis misligholdelsen kan tilregnes ham som forsætlig eller uagtsom. Ingen af de to »idealer« praktiseres i noget land. Den, der vil analysere problemet, vil drage nytte af engelsk og tysk ret, som er to realtyper, som går langt i hver sin retning; engelsk ret går vidt i retning af at pålægge skyldneren objektivt ansvar og tysk i retning af at forlange skyld som betingelse for at ifalde ansvar. Måske vil han inddrage flere retssystemer i undersøgelsen, men han behøver da kun tage dem med, der belyser hans problem. Ofte vil man finde bedst vejledning i de retssystemer, hvis aktører med særlig energi har kastet sig over det retsområde, man vil undersøge. I USA har lovgivere, dommere og forvaltningens embedsmænd brugt mange kræfter på at udvikle regler om karteller og monopoler i et land, der har en ellers forholdsvis fri økonomi og en magtfuld industri- og handelsstand. Retten i USA har været et forbillede for flere andre lande.

C. Länderbericht eller analytisk metode

Skal man, hvor flere retssystemer sammenlignes inden for et større emne, redegøre samlet for hvert retssystem for sig (Länderberichtmetoden), eller skal man sammenligne systemernes holdning til hvert enkelt problem (den analytiske metode)? I nogle tilfælde lønner det sig at benytte begge metoder. Dette gør Ernst Rabel i sin fremstilling af løsøresælgerens pligter i bind I af »Das Recht des Warenkaufs«. Først redegør han for hvert af de forskellige systemers regler, begyndende med sælgers pligter i tysk ret, østrigsk ret o.s.v.. Her fremstilles reglerne i deres indbyrdes sammenhæng, og der er plads for en fremstilling af reglernes tilblivelseshistorie. Dernæst sammenligner han de enkelte systemers holdning til hvert spørgsmål inden for emnet (leveringstid, leveringssted, betingelserne for misligholdelsesvirkningernes indtræden o.s.v.). Her vurderer han de mulige løsninger og fremsætter på dette grundlag forslag til fælles regler.

Skal man vælge mellem de to metoder, vil det emne og de retssystemer, man vil fremstille, ofte være bestemmende for, om Länderberichtmetoden eller den

analytiske metode skal følges. Er retssystemerne inden for det pågældende emne vidt forskellige i deres terminologier og problemstillinger og derfor vanskelige at sammenligne spørgsmål for spørgsmål, kommer man næppe uden om en Länderbericht. Er retssystemerne beslægtede på det pågældende område, kan den analytiske metode bedre bruges. Medbestemmende kan også pladshensyn være. Den analytiske metode tager liden plads op sammenlignet med Länderberichtmetoden, som vil rumme mange gentagelser af problemer og løsninger. Endvidere kan målsætningen også her være bestemmende: Den, der søger oplysninger om et bestemt spørgsmål i et bestemt retssystem, vil gerne se det bevaret i sin sammenhæng med andre spørgsmål inden for samme system. Han har brug for en Länderbericht. Lovgiveren vil ofte (tillige) være taknemmelig for en analyse.

D. Dynamisk eller statisk fremstilling

Ved fremstilling af fremmed ret kan beskrivelsen være dynamisk, og den kan være statisk. Målsætningen med fremstillingen afgør her, hvilken af de to beskrivelsesformer, man vil vælge. For lovgiveren og for enhver anden der vil uddrage en lære af, hvordan reglerne er blevet til, vil den dynamiske beskrivelse, som skildrer den historiske udvikling i et eller flere fremmede systemer, have særlig interesse. Udviklingen afspejler jo de gjorte erfaringer på godt og på ondt. For advokaten, forretningsmanden eller dommeren, der står over for et aktuelt retsforhold, som skal bedømmes efter fremmed ret, vil en beskrivelse af retstilstanden i dag have større interesse.

Retshistoriske indslag i afhandlinger med andet primært sigte

af Ditlev Tamm

Hvordan skal man håndtere retshistoriske problemstillinger i forbindelse med udarbejdelsen af juridiske afhandlinger, hvis hovedemne er gældende ret? Det er det spørgsmål, som jeg er blevet bedt om at besvare. Med fare for, at de følgende betragtninger i højere grad kan komme til at virke som en løftet pegefinger end som en egentlig vejledning, skal jeg søge at give nogle almindelige retningslinier uden nogen pretention om fuldstændighed.

Jeg vil disponere mit indlæg på følgende måde:

Først vil jeg som introduktion citere tre forskellige meninger om, hvordan jurister arbejder med retshistorien, og til de tre meninger vil jeg knytte en kort kommentar.

For det andet vil jeg fortælle om retshistoriens egen historie for på den måde at give et grundlag for en diskussion af forholdet mellem retshistorie og den gældende ret.

Som et tredje punkt vil jeg omtale nogle konkrete eksempler på, hvordan man i praksis har arbejdet med retshistorien i forbindelse med juridiske afhandlinger.

Endelig vil jeg for det fjerde søge at give nogle konkrete råd om, hvordan man skal arbejde med retshistorie, når man ikke er retshistoriker.

1. Først de tre meninger:

Det første citat stammer fra den engelske konservative politiker og filosof Edmund Burke, som i begyndelsen af forrige århundrede kort og godt udtalte: »Lawyers are bad historians.«

Det er et på mange måder bemærkelsesværdigt citat. Udtalelsen om at jurister er dårlige historikere er nemlig rettet til engelske jurister, der traditionelt som følge af det engelske retssystemets karakter beskæftiger sig med ældre ret i højere grad, end vi er vant til herhjemme. Men Burke mente altså, at selv de engelske jurister var for utilbøjelige til at beskæftige sig med fortiden – de ønskede, mente han, at isolere retsvidenskaben fra retshistorien. Bemærkelsesværdigt i den forbindelse er også det tidspunkt, da Burke fremsatte sin opfattelse. Det blev sagt på et tidspunkt, hvor der netop parallelt med strømninger inden for romantikken også inden for juraen viste sig en fornyet interesse for historie.

Den tyske historiske skole, som var samtidig med Burke, er et eksempel. Men de engelske jurister gav den historiske undersøgelse en underordnet placering i deres virksomhed. Afgørende for dem var retten, som den er eller bør være, og ikke undersøgelsen af, hvorledes retten havde været. Og sådan er det vel også i dag. De fleste engelske jurister er nok at betragte som »bad historians«.

Det andet citat stammer fra Stig Iuul, som i 1950'erne i en polemik, som udsprang af en anmeldelse af et familieretligt værk, der indeholdt en række historiske undersøgelser, herunder også af formuefællesskabets oprindelse, som Iuul forstod sig særlig godt på. Diskussionsemnet var, om lighedingsnormen ved skifte i forbindelse med opløsning af ægteskab i levende live var fastslået før eller efter Ørsted. Og denne diskussion gav Iuul anledning til at fastslå: »Retshistorisk forskning stiller visse krav til sine udøvere, både i metodisk henseende og med hensyn til almindelig retshistorisk viden, og hverken en høj grad af fantasifuldhed eller kendskab til dansk og tysk filosofi kan bevirke, at der dispenseres fra disse krav« (UfR 1957, s. 69).

Det er ord, som let kan virke skræmmende på den, som vil gå i gang med en retshistorisk undersøgelse. Men der blev samtidig gjort opmærksom på noget vigtigt, nemlig, at der af den, som vil gå i gang med en retshistorisk undersøgelse, kræves en vis ydmyghed over for stoffet, uden at man dog af den grund straks skal lade sig slå ud. Men fortiden er nu en gang et afsluttet kapitel, og vil man sige noget om, hvad der var gældende ret, er det vigtigt at gøre sig klart, hvilke vanskeligheder man kan støde på. Kildematerialet må anskues i en helhed, man kan ikke blot tage enkelte domme frem, man må se på deres betydning i en sammenhæng. Og nok så vigtigt er det, at man ikke kan slutte fra en lovregels eksistens, til at reglen også i praksis blev anvendt. En lov er det, som vi kalder en normativ kilde, den viser noget om nogle intentioner, som lovgivere har haft, men den kan aldrig i sig selv vise, hvad der var gældende ret. Det kræver en verificering gennem kendskab til retsbrugen. Hertil kommer naturligvis også en række andre problemer, som vi kan komme ind på i forbindelse med erkendelsen af, hvad der i fortiden var gældende ret.

Det tredje citat, stammer fra en nyere disputats, Bernhard Gomards afhandling fra 1958 om forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt. Forfatteren giver her en kort oversigt over erstatningsreglernes udvikling i romerretten og i ældre dansk og engelsk ret, og han konkluderer s. 38:

»Den beskrivelse, der her er givet af erstatningsreglerne i romersk, ældre dansk og engelsk ret lider af væsentlige mangler. Dels støtter den sig ikke på selvstændige kildestudier, dels bør man være særlig skeptisk over for en ikke historisk skolet jurists opfattelse af ældre ret. Trods god vilje kommer man let til på et for spinkelt grundlag at finde en bekræftelse i historien af de resultater, man anser for rigtige for moderne ret.«

2. Det andet spørgsmål, som jeg vil komme ind på her, er afgrænsningen af retshistorien over for gældende ret. Der kan ikke gives nogen entydig bestemmelse af, hvor en sådan grænse går. For blot 50 år siden ville man have sagt, at grænsen mellem gældende ret og retshistorien går i året 1683. Hvad der havde fundet sted før Danske Lov, var retshistorie, mens lovgivning efter Danske Lov hørte til den gældende ret. I dag vil vi være tilbøjelige til at rykke grænsen langt frem og sige, at til retshistorien hører også den moderne ret, som ikke er gældende mere. Altså også dette århundredes retsudvikling hører med til retshistorien. Men der er naturligvis forskel på at beskæftige sig med middelalderens ret og det tyvende århundredes retsudvikling.

Inden jeg i det følgende kommer ind på retshistorikerens arbejdsmåde vil jeg give et kort overblik over retshistoriens egen udvikling for på den måde at placere retshistorien som disciplin i sin rette historiske sammenhæng. Forholdet er jo det, at selv om retsvidenskaben er gammel, dens europæiske oprindelse ligger i Bologna omkring 1100, er retshistorien en temmelig ung disciplin.

I årene 1769-1776 udkom den første større fremstilling af dansk retshistorie, P. Kofod Anchers (1710-1788) fremstilling af den danske »lovhistorie«. Man kan betragte dette værk som grundlaget for det senere studium af den danske retshistorie. Et fast led i det juridiske studium blev retshistorien dog først nogle år senere nemlig ved en studiereform, der gennemførtes i 1821. Formålet med studiet af retshistorien, således som man opfattede det på Kofod Anchers tid og endnu i begyndelsen af det 19. årh., kan vi aflæse på forsiden af Kofod Anchers værk. Hovedmotivet er et træ – »Ius Dan. C. V.« står der på dets stamme eller på dansk Christian den Femtes Danske Lov, altså vor første samlede lovbog med gyldighed for hele riget fra 1683. Træet har fire rødder, der alle betegner sig som love givet af tidligere konger (nævnt er Knud, Valdemar I og II, Erik den VI og VII og Christian III og IV). Ideen er altså den, at træet, Danske Lov, suger sin næring af ældre lovgivning. Det står der også på latin tværs over rødderne: »I roden findes liv og ånd«. Kofod Ancher har andetsteds udtrykt det samme ved at sige: »at forstå en lov grundig og vel, det er at kende den fra roden af«. Vi kan heraf se, hvad meningen med retshistorien var efter Kofod Anchers opfattelse. Det var at opnå en bedre forståelse af gældende ret ved at studere gældende love. Hermed var han i pagt med tanker, der rørte sig i det 18. årh. og som ikke mindst den franske filosof Montesquieu var eksponent for: At det for at forstå loven og for at give gode nye love var nødvendigt at kende baggrunden for den eksisterende retstilstand. Montesquieu talte i den forbindelse om lovens ånd, hvormed han tænkte på de omstændigheder, der betingede at et bestemt folks love blev som de blev. Det er også hvad Kofod Ancher

tænker på, når han vil finde lovens ånd i dens rødder. Han indledte bogen med at fastslå:

»Hvem der ved, at lovens rette mening beror fornemmelig på lovgiverens egentlige hensigt, og at man ikke kan komme til nogen af delene uden nøjagtig kundskab om lovenes årsager og oprindelse, han kan ikke tvivle om, at jo en lovkyndig, for at forstå lovene vel, behøver af lovhistorien at vide, når, af hvem, hvorfor og ved hvad anledning en lov gives.«

Disse tanker blev også afgørende for retshistoriens udvikling i Danmark.

Et særligt opsving fik retshistorien efter at den såkaldte historiske skole var opstået i Tyskland i begyndelsen af det 19. årh. med Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) som den førende skikkelse. Den historiske skole pegede på betydningen af hvert enkelt folks egen nedarvede retsorden og hævdede, at det for forståelsen af gældende ret var nødvendigt at følge de enkelte retsinstitutter tilbage til deres oprindelse. Vigtigt var det også, at Savigny havde peget på, at det var sædvanen og ikke lovgivningen, der dannede det oprindelige grundlag for folkets retsorden. I virkeligheden burde man – hævdede Savigny – være meget tilbageholdende med at gribe ind i retsordenen ved lovgivning og snarere lade denne udvikle sig gennem retsvidenskaben, der bedre end lovgivning kunne fremstå som et udtryk for den folkelige tradition eller »Volksgeist«, som han kaldte den. I konsekvens af denne opfattelse fik retshistorien en vigtig opgave – ja retsvidenskaben var i virkeligheden retshistorie.

Efter at have fastslået sædvanens betydning for retsudviklingen i ældre tid gik man samtidig i begyndelsen af det 19. årh. over til at tale om retshistorie i stedet for lovhistorie, som Kofod Ancher havde kaldt den. Den første, der brugte betegnelsen retshistorie, var J.L.A. Kolderup-Rosenvinge, der var professor i faget ved Københavns Universitet fra 1818-1850. Han fik flere efterfølgere. Blandt disse var Chr. L. Ernst Stemmann (1802-1876), der i 1871 udgav sit værk »Den danske Retshistorie indtil Chr. V's Lov«. Som sin opfattelse af de retlige forudsætninger udtalte han i indledningen:

»I de forskellige staters retsudvikling såvel i det hele som ved enkelte institutter viser sig på den ene side en stundom overraskende overensstemmelse og lighed, på den anden side betydelige forskelligheder og modsætninger, der er udsprungne og fremgæede af forskellige indre grunde og udvortes forhold, af folkenes hele sociale og kulturtilstand. Af stor almindelig og videnskabelig interesse for et lands retshistorie er derfor altid en sammenligning med andre landes retsudvikling i ældre tid (almindelig eller komparativ retshistorie)«.

Stemmann var elev af den tyske historiske skole, men også af dennes efterfølgende skole, hvis fornemste repræsentanter var H. Brunner og K. von Amira. De repræsenterede en ny opfattelse af retshistorien, nemlig som en forgrening af kulturhistorien, der tillagdes stor vægt, samtidig med at man i nogen grad

forsøgte at frigøre sig fra den moderne dogmatiks bestemmelser af retsbegreber. Man fik voksende interesse for ældre, man kunne næsten sige antikvarisk, ret, og bestræbelserne gik især ud på at forsøge at rekonstruere den forhistoriske retsudvikling. Vi befinder os i Bismarcks og Darwins æra og i den tidlige industrialisme.

Udgangspunktet for denne metode var den opfattelse, at mange moderne folkegrupper tidligere havde hørt til samme folk med fælles sprog og fælles kultur. Således forestillede man sig et urgermansk folk, hvorfra de germanske landes, herunder de nordiske landes, folk havde udviklet sig.

Den sidste i rækken af det 19. århundredes retshistorikere var *H. Matzen* (1840-1910), som i årene 1893-97 udgav sine »Forelæsninger over den danske Retshistorie«. Han understregede i indledningen som noget særpræget for dansk retshistorie, at der ikke i Danmark har fundet noget brud sted fra den oprindelige ret og frem til hans egen tid, således som f.eks. i England på grund af de forskellige erobringer eller i Tyskland ved romerrettens reception. »Vor ret er vedbleven at være national« – siger han ikke uden stolthed. Det var en vigtig politisk konstatering for en mand født i de tabte områder syd for Kongeåen – at dansk ret havde udviklet sig uafhængig af tysk ret.

Matzen brød med den hidtidige periodeinddeling:

»Den almindelige retsudvikling belyses bedst ved at se disse forskelligartede retskilders opkomst og udbredelse, tiltagen eller aftagen inden for det samme tidsrum, mens det sammenhængende overblik ville hindres, hvis man delte den samlede fremstilling i bestemte tidsafsnit.«

Mens retshistoriens oprindelige formål således havde været at danne baggrunden for forståelsen af gældende ret, ændredes opfattelsen radikalt i 1870-erne. Man fristes til med et ofte citeret udtryk fra naturvidenskabens historie at tale om et paradigmaskift. Retshistorien blev nu løsrevet fra sin tilknytning til gældende ret, idet man ønskede at selvstændiggøre retshistorien i forhold til den øvrige retsvidenskab. I stedet fremhævedes retshistoriens betydning som et led i den almindelige kulturvidenskab med en egen metode og målsætning, der placerede den som et historisk og juridisk hjælpefag. Retshistorie blev en gren af den almindelige kulturhistorie.

Faget har på mange måder ændret karakter i de senere år. Medens hovedvægten tidligere lå på de middelalderlige danske retskilder, de såkaldte landskabslove, er tyngdepunktet nu forskudt i retning af nyere tid. For blot nogle få år tilbage var alene perioden indtil 1683 genstand for retshistorikeres interesse, ligesom forbindelsen mellem dansk og fremmed ret kun i begrænset omfang blev inddraget i fremstillingerne. Det gjaldt således Poul Johs. Jørgensens grundlæggende fremstilling *Dansk Retshistorie* (1940), der gennemgår retskil-

derne og statsrettens historie indtil 1660. Indtil for få år siden dannede gennemgangen af landskabslovene fra begyndelsen af det 13. århundrede (særlig Skånske Lov og Jyske Lov) tyngdepunktet i retshistorieundervisningen, ligesom også en stor del af den retshistoriske forskning var centreret om den opgave at udforske landskabslovene. Det gjaldt også i vidt omfang Stig Iuuls (professor i retshistorie 1947 – 1968) værker, hvis tyngdepunkt ligesom forgængerens, Poul Johs. Jørgensens, var beskæftigelsen sig med dansk ret før 1683, bl.a. disputatsen om formueforholdet mellem ægtefæller i tiden indtil Danske Lov. Dette tyngdepunkt har nu forskudt sig, og som retshistorie betragtes nu hele retsudviklingen indtil i dag, således at særlig udviklingen i det 18. – som Thøger Nielsen som den første tog op i en disputats – og 19. årh. kommer til at spille en fremtrædende rolle. Hovedsigtet er at pege på en række generelle udviklingslinier og særlig på betydningen af sammenhængen mellem retsordenen og vekslende tiders sociale og kulturelle, økonomiske, religiøse og filosofiske strømninger og ideer.

3. Vender vi os herefter til spørgsmålet om, hvordan den jurist, som i øvrigt beskæftiger sig med gældende ret, skal behandle retshistorien, kan der være grund til at fremhæve som almindeligt synspunkt: Det er en grundlæggende forskel mellem retshistorikeren, og den, som beskæftiger sig med den moderne ret, med hensyn til erkendelsesinteressen, for at bruge et udtryk fra moderne filosofi. Den, som beskæftiger sig med et bestemt problem i moderne ret, og som gerne vil knytte en historisk undersøgelse hertil, søger et bestemt historisk udviklingsforløb opklaret med udgangspunkt i moderne ret. Det er et andet udgangspunkt end retshistorikerens. Han er interesseret i at erkende og forstå fortidens ret uden hensyn til, om den har betydning for moderne ret. Heri ligger ikke, at retshistorikeren føler sig helt isoleret fra gældende ret som den er i dag. Tværtimod. Det er naturligvis et led i retshistorikerens opgaver at bidrage til at skabe et bedre grundlag for forståelsen af moderne ret. Men det meste moderne ret er meget moderne, og det er kun sjældent at det er gennem en historisk fortolkning, at der skabes klarhed over, hvad reglerne går ud på. Retshistorikeren kan med sine studier bidrage til at klargøre den almindelige historiske bevidsthed om juraen som fænomen og naturligvis også om bestemte retlige fænomener. Men det kræver hele tiden, at han sætter dem ind i en helhed med kendskab til den periode i fortiden, som han beskæftiger sig med.

For den, som med udgangspunkt i gældende ret går til retshistorien, er der også anledning til at være opmærksom på, at den danske retshistorie slet ikke er kortlagt i sin helhed. Der er i tidens løb kun relativt få, som overhovedet har beskæftiget sig indgående med dansk retshistorie, og det kan derfor heller ikke undre, at det kun er begrænsede områder, som er blevet udforsket. Mange

områder er forsømt, der er mange hvide pletter på kortet. Det gælder en stor del af perioden fra ca. 1400-1800. Der var som nævnt blandt ældre retshistorikere en klar forkærlighed for at beskæftige sig med landskabslovene og middelalderretten i det 13. århundrede. Og ser vi på den nyere retshistorie, ja så er områder som socialretten, arbejdsretten eller erhvervsretten også forsømt. Den offentlige ret har især historikere beskæftiget sig med, mens der kun er få juridiske undersøgelser af den offentlige rets historie. Det 20. århundrede er kun i begrænset omfang blevet til retshistorie, det samme gælder det 19. århundrede og et område som strafferetshistorien hører også til dem, som retshistorikerne kun i begrænset omfang har nået at beskæftige sig med. Det betyder, at den, som med udgangspunkt i gældende ret ønsker at anstille historiske studier, når han kommer til de områder, hvor den retshistoriske undersøgelse har været sparsom, selv må gå i gang med de ofte vanskelige og tidkrævende studier, hvis der skal siges andet end helt almindelige ting. Her må de, som beskæftiger sig med gældende ret, ofte søge at klare sig selv uden egentlig vejledning i retshistoriske fremstillinger.

Under forberedelsen af dette foredrag gennemlæste jeg nogle af de seneste års juridiske afhandlinger for at se på, hvorledes de retshistoriske problemstillinger var blevet behandlet der. Det viste sig, at der inden for visse fag synes at være tradition for i højere grad at tage historiske emner op end inden for andre. Det gælder således familieretten, hvor den historiske undersøgelse synes at spille en vigtig rolle for juristerne. Gode eksempler er her Ernst Andersens »Ægteskabsret I-II« og den fremstilling af familieretten, som ved Universitetet i Århus er blevet udarbejdet af et forfatterkollektiv. Fælles for disse to fremstillinger er, at det historiske stof er inddraget på en sådan måde, at det umiddelbart danner grundlag for forståelsen af baggrunden for reglerne i gældende ret. Og ikke mindst når det gælder Ernst Andersen er der tillige tale om en høj grad af selvstændige kildestudier, mens den anden fremstilling bygger på en udstrakt læsning også af udenlandsk familiehistorisk litteratur.

En anden disciplin, hvor historiske studier synes at spille en vis rolle, er processen. Det er typisk retsplejeloven og dens forarbejder, som kommer til at indgå i overvejelserne. To nyere processuelle arbejder, nemlig H. Krag Jespersens »Proceskumulation« (1968) og Finn Taksøe Jensens »Materiel procesledelse« (1976) viser begge, hvorledes kendskabet til retsplejelovens forhistorie danner en vigtig baggrund for forståelsen af retsplejelovens regler.

Den offentlige rets historie hører som nævnt til de hvide pletter inden for retshistorien. Administrationshistorien er især forestået af arkivarer og andre historikere, mens juristernes bidrag er få. Et godt eksempel på, hvorledes den historiske undersøgelse af nyere lovgivning dog kan bruges som udgangspunkt for en problemformulering giver Steen Rønholdts afhandling om habilitetsreg-

lerne i kommunalforvaltningen. Netop inden for et område, hvor de historiske studier er så få, spiller også en sådan regelgennemgang en selvstændig rolle som bidrag til den retshistoriske forståelse af reglerne. Dette værk giver derfor anledning til at fremhæve betydningen af retshistorien, som et led i problemformuleringen, og som en baggrund for forståelsen af, hvorledes retstilstanden har udviklet sig.

Inden for strafferetten er der også tradition for retshistoriske undersøgelser. Knud Waabens afhandling om det kriminelle forsæt (1957), er et godt eksempel på, hvorledes en undersøgelse af de filosofiske og historiske forudsætninger for et givent juridisk problem kan fremstilles.

Erstatningsretten synes ligeledes at være et område, hvor redegørelsen for den historiske udvikling indgår som et naturligt led i fremstillingen. Det er da også en i særlig grad historisk betinget disciplin. Afgrænsningen af culpa over for objektivt ansvar og overhovedet forståelsen af culpareglens opståen og funktion lettes af en vis historisk viden. Det er ældgamle og centrale retshistoriske problemer, som vi her står over for. Det er da heller ikke underligt, at vi i lærebogsfremstillingerne af erstatningsretten, som A. Vinding Kruses, finder en udførlig historisk indledning. Men, som det så ofte er typisk for den historiske indledning, er der tale om en fremstilling af de historiske grundregler isoleret fra fremstillingen i øvrigt. På den måde får den retshistoriske redegørelse en mere begrænset betydning for fremstillingen af gældende ret. Netop erstatningsretten frembyder et i øvrigt godt eksempel på, hvorledes retsudviklingen kan udvikle sig på grundlag af en retshistorisk fejlfortolkning. Det gælder forståelsen af reglen i Danske Lovs 3-19-2 om husbondansvaret, som bygger på en bestemmelse, hvis oprindelige betydning som påvist af Thøger Nielsen var en ganske anden, end den regel om ansvar for folks fejl uden for kontrakt, der støttedes på bestemmelsen i slutningen af forrige århundrede. En mere utraditionel brug af retshistorien findes i Jørgen Trolles klassiker »Risiko og skyld«. Her bruges retshistorien i et lille intermezzo til at kritisere gældende ret.

4. Der kunne naturligvis nævnes adskillige andre værker, hvori der indgår en omtale eller beskæftigelse med retshistorien. Men jeg vil her begrænse mig til disse eksempler, som hver for sig kan give anledning til at fremhæve noget vigtigt i forbindelse med brugen af retshistorien, når der skrives om gældende ret. Skal man sammenfatte det her sagte i nogle huskereglere, vil jeg især fremhæve følgende:

Vær ved udarbejdelsen af de retshistoriske afsnit opmærksom på, om der findes retshistorisk litteratur, eller om der er tale om et nyt af retshistorien uopdyrket område.

Når der citeres, undersøg da, hvad der er hovedværket om det pågældende område, benyt den rigtige udgave og citér korrekt. Jeg har set eksempler på, at det samme værk på samme side i en disputats er citeret med forskellig stavemåde og årstal. Det virker sjusket. Og læg især mærke til, om der er kommet nyere litteratur. Det virker dilettantisk, når der i et historisk afsnit i en helt ny bog om løsøreomsætning kun citeres retshistorisk litteratur fra 40'erne eller 50'erne, selv om emnet har været behandlet senere. Det giver et klart indtryk af, at den, der skriver afsnittet, ikke selv har foretaget nogen retshistoriske undersøgelser, men blot har valgt at skrive de henvisninger af, som er fundet i ældre litteratur.

Vigtigt for den, der giver sig i kast med at skrive historiske indledninger, er det, at det sikres at litteraturhenvisninger og overhovedet det grundlag inden for den retshistoriske forskning, som der bygges på, er up to date. En fare ved at støtte sig til udenlandsk mere almindelig litteratur af socialhistorisk eller antropologisk art, er, at de udenlandske resultater uden videre overføres til danske forhold, uden at det overvejes om den danske udvikling ikke indtager en særstilling. En anden fare, som historiske indledninger let kan komme ud for er, at fremstillingen bliver for generel og derfor kun i mindre grad bidrager til at forstå det juridiske indhold af de danske retsregler. En huskeregel bør være den, at det ved brugen af udenlandsk litteratur overvejes, om de resultater, som her nås, nu også passer på den danske retshistoriske udvikling.

Det bør også undgås, at fremstillingen indskrænkes til en regel gennemgang uden egentlig sammenhæng med afhandlingens hovedemne. Det kræver, at der også redegøres for den nærmere baggrund for den historiske udvikling og ikke blot for reglerne selv. Overvej, hvad det er for et kildemateriale, der benyttes. Er det retslitteratur? Er det love, eller er det praksis? Og husk, at love er normative kilder. Man kan ikke beskrive retstilstanden alene på grundlag af en gennemgang af lovbestemmelser. Det er nødvendigt at undersøge, hvorledes praksis har været. Og husk, at praksis må anskues som en helhed. Det kan ikke nytte blot at plukke enkelte domme ud.

Det er vigtigt, ved undersøgelsen af den retshistoriske udvikling af et bestemt område, ikke at søge bekræftelse på en i forvejen given opfattelse – altså blot at se den gældende ret som udtryk for en bestemt udvikling. Det er af betydning også at finde modargumenter eller udslag af afvigende tendenser for at forstå, hvilken betydning gældende rets løsning af et givet problem har som et valg mellem flere muligheder. Retshistoriens formål er ikke at legitimere gældende ret, men at bidrage til at forstå, hvordan bestemte retsregler virker. Undgå derfor så vidt muligt udtryk som »historien viser« eller lignende. Det er ikke rigtigt, som det for ikke så længe siden blev skrevet om bevisreglerne, at retshistorien viser, at den legale bevisteori ikke kunne bruges. Det viser retshistorien aldeles ikke. Retshistorien viser tværtimod, at man igennem århundreder kun

har kunnet klare sig med en legal bevisteori, og at det først er i nyere tid, at indiciebeviset er trængt igennem. Historien kan ikke bruges til at vise, hvordan ting bør være eller det modsatte. Historien kan kun bruges til at forklare, hvordan bestemte regler virker. Retshistorien er et arsenal af viden, hvorfra vi kan hente oplysning om under hvilke omstændigheder bestemte retsfigurer kan bruges. Et malende udtryk for dette gav en østrigsk retshistoriker for nogle år siden, da han talte om »Wiederkehr der Rechtsfiguren«.

Det kan være en god idé, når man skal forstå et fortidigt lovmateriale, at søge at sætte sig ind i fortidens lovgiveres sted. Den kendte engelske historiker Colingwood talte i en bekendt bog »Idea of History«, om en såkaldt »reenactment« af historien. Han mente dermed, at den rette historiske forståelse forudsatte, at historikeren kunne sætte sig i aktørernes sted, dengang begivenheden fandt sted. Overført på beskæftigelsen med et fortidigt retsstof betyder det, at den, som skriver om ældre lovgivning, skal søge at forstå de motiver, som bevægede lovgiverne til at træffe et bestemt skridt. Det er ofte en positiv vej til at forstå, hvordan en ældre retstilstand blev til.

Og lad mig da til sidst endnu en gang advare mod udviklingstroen. Undgå at drage forkerte slutninger af den historiske udvikling. Det ovennævnte eksempel fra bevislæren, kan her tjene som advarsel. Vi kan ikke af den omstændighed, at en bestemt løsning ikke længere anses for den rigtige, slutte, at den var forkert engang, og at vores løsning er bedre. Vi kan kun lære, at bestemte retlige løsninger er bedre i bestemte situationer, eller måske endda kun, at man i bestemte situationer foretrækker bestemte juridiske løsninger. Opgaven for historikere er da netop den at forklare, under hvilke omstændigheder man går bort fra en given juridisk løsning og vælger en anden. Historien kan kun vise, hvad der var, den kan ikke vise, hvad der bør være.

Hvad kan man så overhovedet bruge retshistorien til? Spørgsmålet er svært at besvare entydigt. Men enhver undersøgelse af et givet regelkompleks giver en bedre indsigt i retsreglernes funktion. Vor forståelse af retsregler kan være udmærket, uden at vi kender retsreglernes forhistorie eller har nogen særlig historisk viden. Men den historiske viden giver altid perspektiv og kendskab til andre løsninger end lige netop den, som man har foran sig, og er derfor velegnet til at sætte den egne undersøgelse i perspektiv og til at skærpe opmærksomheden over for andre mulige løsninger. For den, som skønner på det, er retshistorien en spændende udfordring, som er værd at tage op. En veludført retshistorisk undersøgelse giver en afhandling en ny dimension. Den retshistoriske undersøgelse er kort sagt et led i videnskabsmandens stadige søgen efter sandheden. Længere kan vi næppe komme.