

Henrik Zahle

OMSORG FOR RETFÆRDIGHED

Essays om retlig praksis

Gyldendal

Omsorg for retfærdighed

© Henrik Zahle & Gyldendal, 2003

Omslag: Sven Reiner Johansen

med tegning af Albrecht Dürer, Albertina, Wien

Bogen er sat med Palatino hos Pamperin · Grafisk

og trykt hos Nørhaven Book, Viborg

Printed in Denmark 2003

ISBN 87-02-02440-3

www.gyldendal.dk

Af samme forfatter bl.a.:

Bevisret

Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1994

Legal Polycentricity: Consequences of Polycentricity in Law
(red. med Hanne Petersen)

Dartmouth 1995

EU og den danske grundlov

Christian Ejlers Forlag 1998

Danmarks Riges Grundlov – Kommenteret udgave (red.)

Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1999

Rettens Kilder

Christian Ejlers Forlag 1999

Dansk Forfatningsret bind 1-3

Christian Ejlers Forlag, 3. udg. 2001-03

OMSORG FOR
RETFÆRDIGHED



INDHOLD

Forord	7
Alternativer	13
Barmhjertighed	19
Begreber	26
Bevægelighed	38
Bundethed	43
Dannelse af retten	46
Dissens	54
Dommen	59
Fejl	67
Fordomsfrihed	73
Forgængelighed	76
Forløb	78
Fornemmelse	85
Fortællingen	89
Glemsel	94
Handling	103
Historier	106
Kedsomhed	111
Kroppen	115

Kynisme	118
Magt	120
Mod	125
Nøglen	128
Omsorg	136
Overbevisning	144
Praksis	147
Processen	153
Præstationsangst	157
Retfærdighed	160
Retsfaktum	167
Sag	179
Selvretfærdighed	187
Sitren	190
Strømmen	191
Svaghed	194
Taktisk fortolkning	200
Tilpasning	203
Tvivl	208
Ydmyghed	212
Efterord	215
Tak	217
Litteratur i udvalg	219

FORORD

Denne bog belyser en tilgang til retten, som ikke er særligt påagtet. Den søger at bygge en vej, der forbinder det snævert juridiske med det alment interessante. Denne vej er svær at skrive frem. Fremstillingen skal ikke være mere almen og filosofisk, end at den kan forstås af jurister, men den skal heller ikke være mere juridisk, end at den alment interesserede også kan fatte interesse for den. Jeg søger således at placere mig et sted mellem det juridiske og det filosofiske og mellem det videnskabelige og det alment tilgængelige. Jeg er klar over, at jeg dermed kan have placeret teksten et sted, hvor der ikke findes læsere – juristerne savner paragrafferne og de praktiske anvisninger, mens den alment interesserede finder fremstillingen for teknisk og juridisk. Når jeg alligevel har opsøgt denne tilgang, er det, fordi jurister ofte forholder sig meget håndfast og operativt til deres juridiske arbejde, og dermed bestyrker vi den opfattelse, der er udbredt blandt ikke-jurister, at jura er noget bastant og oftest negativt, der blokerer for den ideelle løsning eller i hvert fald opstiller urimelige barrierer for, hvad vedkommende anser for et godt resultat. Det er bl.a. sådanne forenklinger, jeg gerne vil anfægte.

Efter anfægtelsen melder sig så en interesse for et andet syn på retten, noget konstruktivt. Grundlaget for min opfattelse af retten har jeg hentet to steder. Mit arbejde med bogen begyndte og er afsluttet i forbindelse med min ansættelse

ved Københavns Universitet, og det forklarer min interesse for videnskaben og for forholdet mellem det videnskabelige og det praktiske retsliv, som det udfolder sig i domstole, advokatkontorer, administrationen osv. I perioden 1999-2002 har jeg været dommer i Højesteret, og mit arbejde i denne tid – i forbindelse med tidligere arbejde som advokatfuldmægtig, dommerfuldmægtig og konstitueret landsdommer – giver en mulighed for at sammenstille erfaringer fra det videnskabelige med erfaringer fra det praktiske.

Denne fremstilling tager *praksis* som udgangspunkt. Praksis omfatter i denne forbindelse arbejde med retten som det forløber i domstole og advokatkontorer, i offentlig administration og i private virksomheder og i organisationer, nationalt såvel som internationalt. Arbejde med retten finder vi i konkret sagsbehandling, i stillingtagen til offentlige foranstaltninger, og i regeludformning. Den *videnskabelige* praksis inddrages kun i begrænset omfang, selvom videnskaben danner grundlag for undervisningen og er en væsentlig kilde for nytænkning i praksis.

Den traditionelle retsfilosofi – og det omfatter her såvel naturret som retspositivisme – har beskæftiget sig med retten som social orden, med retten som noget, der er gældende eller gyldigt – eller blot noget, der faktisk følges. Det er også i forbindelse med disse spørgsmål, at problemet med etikken eller moralen kommer ind. Alle disse spørgsmål samler sig i dette hovedproblem: *Hvad er ret?* Det er jo, hvad man kalder „et godt spørgsmål“ – ingen (heller ikke jeg) vil vove at afvise dette spørgsmål som irrelevant eller uinteressant. Men der er alligevel noget galt, noget ildevarslende ved dette spørgsmål – i hvert fald når det gøres til hovedproblemet ved et fag ved den juridiske uddannelse. Og det ildevarslende er jo simpelthen, at dette spørgsmål er et spørgsmål, man ikke – eller kun undtagelsesvis – stiller i retlig praksis. Jeg har ikke hørt nogen stille det spørgsmål i en praktisk juridisk sammenhæng.

Retsfilosofien har efter min opfattelse med dette grund-

problem – hvad er ret? – kørt sig selv ud på et sidespor, når det gælder den juridiske professionelle kvalifikation og dermed den juridiske uddannelse. På sidespor er der som bekendt relativt fredeligt, man har god lejlighed til at iagttage tingene passere forbi. Det ville være dumt at benægte, at man selv fra et sidespor kan gøre interessante iagttagelser, og mange og gode retsfilosofiske fremstillinger bekræfter, at faget kan give noget. Men sidespor ruster ofte, og de ender blindt.

Det, jeg her opponerer mod, er selve starten, den måde hovedproblemet direkte eller indirekte formuleres på. Hvad er da hovedproblemet, når dette skal bestemmes med udgangspunkt i praksis? Når jeg skal besvare dette spørgsmål, er det ikke muligt at give et svar ved at søge at sammenfatte en litteratur, for den findes ikke. Jeg må hente mit svar fra min erfaring, fra min oplevelse af og i praksis. For mit mål er at lokalisere retsfilosofien i praksis. Et sådant grundlag for angivelse af, hvad der er „hovedproblem“, er selvfølgelig diskutabelt. Nogle praktikere (heriblandt praktikere med langt større erfaring end min) har andre oplevelser af, hvad der er deres hovedproblem, andre har måske slet ikke noget „hovedproblem“. Når jeg alligevel bygger det følgende på min erfaring eller oplevelse, skyldes det, at det jo ikke gælder om at dokumentere, at der „er“ et hovedproblem, men om at flytte retsfilosofiens tilgang fra en teoretisk definition til de problemer, praksis er optaget af. Praktikeres oplevelser varierer selvsagt fra person til person (og gennem tiden).

Grundlaget for den følgende beskrivelse er ikke alene en personlig oplevelse eller erfaring. De oplevelser og erfaringer, jeg henter mit stof fra, svarer til de vilkår, hvorunder praktisk arbejde foregår. Beskrivelsen er således ikke kun baseret på en „individuel“ oplevelse.

Hovedproblemet i praksis kan udtrykkes i følgende enkle spørgsmål, som praktikeren stiller sig selv: „*Hvad skal jeg gøre i denne sag?*“ Praktikeren stiller sig dette spørgsmål mange gange i løbet af en arbejdsdag – og måske også en

gang imellem om natten. Det stilles undertiden udtrykkeligt som her, men ofte implicit og underforstået. Ved at stille disse praktiske spørgsmål – hvad skal jeg gøre? – vender jeg blikket fra det abstrakte til det konkrete, fra det distancerende til det engagerede, fra det objektive til det subjektive. Spørgsmålet er, hvordan retten virker i og med mig som rets-anvender og retsdanner, og dette spørgsmål forsøger jeg i de følgende essays at besvare ved at give en række indblik i daglig, praktisk juridisk virksomhed.

Jeg søger en jurisprudence, en retsvisdom, der kan komme uden om den århundredegamle strid mellem naturret og retspositivisme. Denne strid, der har taget så megen opmærksomhed, er nu ved at rinde ud som både uafgjort og irrelevant. En sådan retsvisdom skal ikke blot angå retten som en bestemt social orden, men må medtænke dem, der praktiserer og dermed bærer retten, og dermed give plads for de mennesker, der indgår i retlige relationer – dem, der lever retten. Den, der arbejder med ret, udøver magt, og denne magtudøvelse er styret af et mål. Det er denne gennemgående bestræbelse mod at nå frem til et mål, jeg sammenfattende betegner *omsorg for retfærdighed*.

Selvom min fremstilling ikke har den ambition at være original, er den nok ikke ukontroversiel, og læseren opfordres til en kritisk position til de tolkninger, jeg præsenterer – men også åbenhed for selvkritisk refleksion. Min bestræbelse har været at fremstille mit eget standpunkt, og jeg redegør derfor kun for og kritiserer eventuelt andres opfattelser, hvor det er den bedste måde at fremstille mit eget standpunkt. Jeg søger at undgå den kendte position, der er stærk i kritikken af andre, men spag, når det gælder de egne standpunkter.

De fleste essays er skrevet eller i hvert fald påbegyndt, mens jeg var dommer. De er oprindeligt noteret som refleksioner over eller fikseringer af oplevelser og erfaringer, som jeg har fundet relevante for forståelsen af det retlige arbejde. De kan være forbundet med den da aktuelle situation og er

ikke altid rettet til efter en systematisk analyse. Nogle fremstiller min egen situation, og jeg-formen er da bevaret til trods for, at jeg ikke længere er dommer. Andre er fremstillet i en fiktiv form, og – som det hedder i filmverdenen – enhver lighed med virkeligheden er utilsigtet; det er ikke bestemte institutioner, men retten og retlig virksomhed, der interesserer mig. Endelig slår den akademiske form igennem i nogle mere abstrakte tekster. Fælles er deres fokus på den praksis, som udfolder sig ved administration og især domstole. Den videnskabelige praksis kan måske behandles efter samme mønster, men den er som nævnt ikke i fokus her.

De enkelte essays er anbragt alfabetisk som ordene i en ordbog. Rækkefølgen er tilfældig og ligner et kaos.¹ Alligevel giver alfabetiseringen en orden; en i og for sig meningsløs orden, der viser, hvor du kan søge – men ikke, hvad du kan finde. Alfabetet giver ikke nogen indholdsmæssig forklaring på, hvorfor det ene emne afløser det næste. Læseren bestemmer selv den rækkefølge, teksterne læses i. Gentagelser er ikke helt undgået.

Den punktvis refleksion over et ord – set og overvejet for sig – har gjort det muligt at opfange tanker og følelser, som en systematisk tilgang nok havde fortrængt. Om der af de deraf følgende afgrænsede essays kan udvikles en helhed, eller det må forblive ved de flere – større eller mindre – sammenhænge, overlader jeg til læseren at bedømme – eller måske rettere: at afprøve.

Juni 2003
Henrik Zahle

1. Inger Christensen: *Hemmelighedstilstanden*, København, 2000, s. 32.

ALTERNATIVER

I megen juridisk argumentation spiller muligheden for *noget alternativt*, noget fra det foreliggende forskelligt, en afgørende rolle.

Den aftale, parterne har indgået, og som de nu fortolker forskelligt, må f.eks. ses som en af flere mulige aftaler. Fortolkning af den indgåede aftale sker på baggrund af disse alternativer.

Skal jeg tage stilling til, om en gylletank er omfattet af en regel om „bygninger“ (en regel, der går ud på, at opførelse af „bygninger“ kræver tilladelse), så spiller det en rolle, at loven kunne have anvendt andre udtryk, f.eks. „bebyggelse“. Jeg læser reglen, som den ser ud – ved siden af en regel med et andet udtryk. Rækken af alternativer er lang eller måske uendelig. Alternativerne kan ligge så langt fra det aktuelle, at de ikke længere har interesse. En kollega vil sige, at jeg er „kommet for langt ud“, at mit eksempel ikke er belysende eller ikke er relevant.

Den første funktion af at få sådanne alternativer frem er at afgrænse rækkevidden af den fortolkning, jeg selv vil argumentere for: Når der er valgt udtrykket „bygninger“, giver jeg dette udtryk en tolkning, men – og det er funktionen af alternativerne – havde loven i stedet gjort brug af „bebyggelse“, ville jeg have fortolket bestemmelsen anderledes. Angivelsen af alternativer udpeger på en måde, hvad det er, jeg i min fortolkning betragter som afgørende. Jeg „lægger i

ordet“ bygning, at det i almindelighed må være et byggeri med vægge og tag, mens ordet „bebyggelse“ kan forstås bredere, og når loven nu har gjort brug af „byggeri“, tager jeg den snævrere fortolkning. Den snævrere fortolkning er „begrundet“ i ordet byggeri.

Alternativet kan imidlertid også have relevans for en bedømmelse af, hvordan teksten er blevet til: Den, der har skrevet teksten, har haft visse alternativer for sig – eller rettere sagt: Jeg kan – som fortolker – nøjes med at se på alternativer, der forelå for den, der skrev teksten. Den der læser en roman fra 1830, kan fortolke dens ordvalg („valg af ord“, dvs. valg mellem flere alternative udtryk) som et valg mellem de ord, der da forelå som anvendelige. Det sikre i fortolkningssituationen er det ord (de ord), der er anvendt, og jeg søger meningen i det valgte ord ved at se ordet som resultat af et valg, jeg rekonstruerer. Ordets mening skabes ved at blive placeret på række med de andre mulige ord. Undertiden er der spor af denne valghandling, eftersom der foreligger udkast til teksten, som senere er bearbejdet, og her kan der være sket vekslinger i udtryksmåden, der bestyrker den opfattelse, at det ord, vi har foran os, er valgt, og andre ord valgt fra, og dette kan tale for, at det valgte ord ikke gives samme mening som de fravalgte – for er meningen den samme, er fravalget uden mening. I andre – de fleste – tilfælde har man ikke sådanne spor, og tolkningen af valg handlingen kan kun baseres på en mere abstrakt rekonstruktion.

Dette er jo til dels cirkulært. For hvorfor betyder disse andre ord noget andet? Ophavsmanden kan have arbejdet ud fra den forudsætning, at der er sådanne forskelle, men det er jo ikke udelukket, at jeg bagefter siger, at „det er egentlig synd med al den møje, man der har gjort sig, for de to udtryk betyder jo det samme“. Der er „valgt“ mellem ord, som fortolkeren ikke vil tillægge forskellig betydning. At der vælges frem og tilbage mellem forskellige ord, kan jo også skyldes ganske andre aspekter end dem, der er aktuelle i den foreliggende sag.

Der er derfor argumentationsmønstre, der giver alternativerne en større vægt i retlig sammenhæng, end de kan have f.eks. ved litterær fortolkning: Jeg kan henføre det foreliggende udtryk til et valg, idet jeg tilskriver ophavsmanden, at han enten har foretaget et valg eller i hvert fald burde have foretaget et valg: Jeg giver udtrykket mening gennem en konstruktion af en valghandling (som måske/måske ikke har fundet sted) og underbygger min fortolkning ved, at dette valg er et valg, som har betydning for min fortolkning: Lovgiver har valgt udtrykket „bygninger“, jeg rekonstruerer som et alternativ til dette ord „bebyggelse“, jeg finder, at hvis lovgiver havde valgt udtrykket „bebyggelse“, havde A ret, men nu har lovgiver valgt udtrykket „bygninger“, det udtryk fortolker jeg som snævrere end „bebyggelse“, og på denne baggrund har B ret. Mit resultat føres på denne måde tilbage til de valg, som lovgiver har foretaget, og afgørelsen er dermed ført tilbage til lovgiver.

For en historisk synsvinkel er det nærliggende at underkaste sådanne ræsonnementer over alternativer en historisk prøve. Lad os se bort fra jura og retsvidenskabelig tradition. Her er der et rent historisk problem: Kan det påvises, at der var alternative formuleringer på tale, da teksten blev udarbejdet, og at disse ville støtte A's synspunkt, at man senere besluttede en formulering, der ikke støtter A, ja, så støtter „historien“ eller „forarbejderne“, at A ikke får medhold? Retshistorien kan – når det gælder ældre tekster – få en praktisk betydning og dermed lægge et videnskabeligt grundlag for den fortolkning, som praktikerne – måske til dels på også andet grundlag – vil nå frem til. Kan vi ikke med dette historiske perspektiv få et systematisk og uomtvisteligt bidrag til den ellers så vanskelige og uhåndgribelige juridiske fortolkning?

Hvis vi ikke ved mere om overvejelserne om teksten, end at der har været andre formuleringer (alternativer), er der deri intet grundlag for at vide noget om, at loven skulle fortolkes i lyset af disse alternativer (altså fortolkes med en

anden mening end den, der ville være gældende, hvis dette alternativ havde været gennemført), for hvordan kan vi vide, at man med dette alternativ ville noget andet? Hvis vi kan se, at der faktisk var to (eller flere) projekter for, hvordan formuleringen skulle være, og at disse overvejedes netop med henblik på sager som den foreliggende, kan der derimod være grundlag for at hævde, at tekstens ophavsmænd har villet en ordning, der er forskellig fra den, der ville være gældende, hvis alternativet var valgt. Historien støtter en fortolkning, der giver fravalget af alternativet effekt. Men selv her kan alternativ-tænkningen ikke bære fortolkningen til vejs ende. For det må vel stadig være afgørende, hvilket udtryk der blev valgt, dvs. det er loven (aftalen – eller hvilken tekst der er tale om), der giver det centrale grundlag for afgørelsen – det er ikke ophavsmandens vilje, der er vedtaget eller aftalt, men en tekst. Så tilbage står stadig at afgøre, hvordan den tekst skal fortolkes.

Den alternative tænkning kan imidlertid gives en stærkere relevans ved at supplere den historiske tilgang med den normative, dvs. med en bedømmelse af, om nogen af de involverede har gjort sig skyldig i en „forsømmelse“, således at denne forsømmelse kan berettige til en fortolkning, der går mod den pågældende part. Den ene part gør gældende, at aftalen er uklar, at aftalen er skrevet af den anden parts brancheorganisation, og aftalens uklarhed derfor må komme den anden part til skade. Aftalen burde have haft et andet indhold, hvis modparten skulle have haft medhold, kan man sige. Den ene part bebrejder den anden part, at den grundlæggende tekst ikke har et alternativt indhold, der ville have løst konflikten, og med denne bebrejdelse i tankerne må dommeren lade den part, der har stået for konciperingen, tabe. Med denne introduktion af en „forsømmelse“ har vi forladt den historiske undersøgelse. Forsømmelsessynspunktet kan videreføres i en regel, som stiller parterne forskelligt. „Koncipist-reglen“ i aftaleretten giver forsømmelsen en betydning, som ikke kendes i anden – ikke-juridisk –

fortolkning: Hvis en aftale er uklar, og hvis aftalen kunne være givet en anden formulering, der ikke ville have frembudt nogen uklarhed (som den foreliggende), må det komme den af parterne til skade, som har formuleret aftalen, at der er denne uklarhed.¹ Begrundelsen er jo klar: Den, der koncipierer en aftale, skal vide, at hvis der senere opstår en situation, hvor der antages at foreligge en „uklarhed“, vil aftalen blive fortolket mod koncipisten. Taktisk kan koncipisten intet vinde ved at formulere sig uklart. For den senere bedømmer giver koncipistreglen den fordel, at den giver en god grund for at vælge i en situation, hvor det er svært at vælge, for ved at lade koncipisten tabe, lader man det negative ramme den, der kunne have handlet, således at uklarheden og dermed det negative udfald var undgået. Den fortolkningstradition, som denne regel udtrykker, lokaliserer fortolkningen i den aktuelle situation, i nutiden, for det er her, at fortolkeren ikke alene afgør, om aftalen er „uklar“, og hvem af parterne der i så fald skal udpeges som „koncipist“, men især om der er grundlag for at bebrejde koncipisten, at denne uklarhed ikke er forebygget. Det er i nutiden, at der rettes en bebrejdelse mod den adfærd, som i fortiden (da teksten blev konciperet) skulle have afværget (den fremtidige) uklarhed. Forsømmelses-synspunktet lægger således en stor del af fortolkningens grundlag i det nutidige, i den aktuelle vurdering. Det er ikke så meget et spørgsmål om at formulere anvisninger for, hvordan en tekst burde have været håndteret som et spørgsmål om at finde et acceptabelt grundlag for løsning af en aktuel konflikt. Alternativet er midlet hertil.

Fortolkeren kan se frem i stedet for at se tilbage. Forskellige fortolkninger vil give forskellige afgørelser og dermed forskellige sociale konsekvenser. Fortolkningsspørgsmålet omsættes til et valg mellem alternative sociale konsekvenser. Tekstens fortolkning gøres til et valg af fremtid, et valg af

1. Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende Aftaleret*, København, 2002, s. 344f.

fremtidige sociale forløb. Fortolkeren foretrækker den fortolkning, der giver det forløb, som fortolkeren finder bedst. Hvad der er bedst, kan fortolkeren søge bedømt ud fra, hvad der anses som retfærdigt, hvad der stemmer bedst med, hvad fortolkeren anser som lovens formål, eller andre kriterier.

BARMHJERTIGHED

Retten sætter regler, regler der skal følges. At gå mod en regel er at bryde med retten. En myndighedsperson, der ikke gør, som han skal, og overholder reglerne, bryder med retten, sætter sig uden for retten. Både private og myndigheds-personer kan identificere sig med retten og dens overholdelse, så retten og dens overholdelse bliver bærende for deres selvforståelse, selvrespekt og identitet.

Retten mister sin mening, hvis den fraviges, og den myndighedsperson, der tillader en fravigelse, tilintetgør sig selv. Politipræfekten Javert i Victor Hugos *De Elendige* havde i sit lange liv som lovens ubønhørlige håndhæver set „alt, hvad han havde over sig, (som) ... en klar, jævn, gennemsigtig overflade, hvori der ikke fandtes noget ukendt eller dunkelt, hvor alt var nøjagtigt og bestemt, rubriceret, begrænset, defineret og forudset. Myndigheden var en flade uden nogen ujævnhed eller afbrydelse og uden noget svimlende dyb foran sig“.¹ En politipræfekt kender derimod til den uregelmæssighed og forvirring, som stammer fra oprørere, ildesindede og forbryderiske mennesker. Men denne uregelmæssighed ligger jo uden for – under – myndigheden. Da Javert redder sit liv ved en velgerning af den morddømte Valjean og derfor senere må lade Valjean gå, er Javerts verdensbillede faldet sammen. „At være granit og måtte tvivle; at være

1. Victor Hugo: *De Elendige*, København, 1968, s. 427 (*Les Misérables*, 1862).

revselsens billedstøtte frembragt ved en støbning i lovens form, og så pludselig opdage, at man under sit bronzebryst bærer noget urimeligt, ulydigt noget, der næsten ligner et hjerte!“ Og Javert må tilstå for sig selv, at „det ufejlbarlige er ikke ufejlbarligt ... sagen er ikke afgjort med, at en lovbog har sagt sin paragraf ... dommerne er kun mennesker, loven kan tage fejl, domstolene kan begå fejltagelser“.²

Javerts indsigt er rigtig, men hans løsning – at kaste sig i Seinen – er os ikke til nogen hjælp. Ofte fastholdes den generelle lovs ubønhørlighed – eller handlinger henføres til loven som lovens. Vi kan opleve myndighedspersoner (og også private), der beklagende og hændervridende træffer afgørelser og sætter foranstaltninger i gang, som de erklærer sig som ulykkelige ved – men altså ikke mere ulykkelige, end at de gør den ulykke, som de mener, at de skal gøre.

Men ofte tager de fejl. Ofte er retten ikke så stiv, at den tvinger nogen til ikke blot at skabe ulykke for den, der er i deres magt, men også for dem selv. Der er mange udveje, og barmhjertighed (bi-arme-hjerte, miseri-cordia) er en af dem. Barmhjertig er man over for den arme, den stærke er barmhjertig over for den svage, og barmhjertigheden kommer derfor på tale, hvor retsforholdet ikke er symmetrisk eller jævnbyrdigt, men en stærk (myndighed eller privat) står over for en svag. Det er ikke mærkeligt, for ret og myndigheder har netop den opgave (blandt andre) at støtte den svage over for den stærke, så hvor retten skaber en sådan asymmetri, er det ikke fremmed for rettens funktion at lade den bagvedliggende opgave træde frem og afbøde magtens skæve fordeling.

„Barmhjertig“ jævnstilles i ordbogen med „overbærende; mild; medlidende“³, og lad os bruge disse tre ord som udgangspunkt:

2. S. 426 og 427.

3. *Ordbog over det Danske Sprog*, bd. 1, København, 1923, s. 1155.

Først *mildhed*: Retten kan altid tolkes på mange måder, og ofte er nogle tolkninger „strenge“, andre „milde“. Ofte er det vanskeligt at vælge, for strenghed kan være ønsket, men mildhed er det rareste. Eller er man mild, er det ved nærmere eftersyn kun mildhed for den ene part, mens den anden part (og måske mange andre) bliver skuffet. Så mildhed kræver omtanke, ekstra omtanke. Man kan tænke på, hvad der er „strengt“, og hvad der er „mildt“, og det er let at se, at de to begreber lever af hinanden: En straf for drab i parforhold på ti år ville være mild, og den formildelse gik domstolene for nogle år siden med på⁴ – men det er jo kun mildhed, fordi den normale straf for drab er tolv år – den „strenge“ straf er på den anden side mild i sammenligning med de straffe, tilsvarende forbrydelser bliver mødt med i mange andre lande. Mildhed er da blot en bestræbelse, en stemthed efter at mindske den lidelse, som retten indeholder og indebærer. „... det er mildhed ikke at gå så langt, som man ville kunne i retfærdighedens navn.“⁵

At være *overbærende* er noget mere. Barmhjertigheden rummer da en tolerance, en forståelse af noget, der ikke burde være sket eller gjort, men som ses som noget, der kan ske eller gøres, uden at det skal være en klods om benet på den eller de ansvarlige til evig tid. Denne tolerance hjælpes på vej af indsigten, at de fleste ulykker (fra strafbare gerninger over tabsforvoldende kontraktbrud til krisepræget familieliv), som retten rummer, kunne enhver af os have været hovedpersoner i, og ingen dommer behøver at føle sig hævet over denne mulighed. Men dette sikrer ikke overbærenhed. For retsanvendere kan det være en kunst at splitte sindet og livsforståelsen i det professionelle (juridiske) og det personlige, og den retsanvender, der ønsker at se sig som fuldkommen, kan bestræbe sig på også at piske sig selv for egne synder.

4. *Ugeskrift for Retsvæsen* 1993 742 H.

5. Seneca: *Om mildhed*, i *Om Vrede ...*, citeret efter dansk oversættelse af Villy Sørensen, København, 1995, s. 89.

Med *medlidenhed* kommer man nærmere en samling af personen: Jurister er ikke dels almindelige mennesker, dels jurister. Socialrådgivere på det kommunale kontor er ikke dels myndighedspersoner, dels private. Vores liv er en enhed, og de vægge, som arbejdstider og -lokaler etablerer, ændrer ikke på denne fundamentale enhed. Den fejl, jeg selv har begået, og som jeg må leve med selv at have begået, må jeg også i mit arbejde lade andre, der har begået tilsvarende fejl, leve med at have begået. Og det gælder ikke bare små „fejl“ (den glemte cykellygte, den stjålne is), men også de store ugeringer. En politiadvokat citeres for at have sagt, at han ved afhøringer af selv den værste forbryder har tænkt: „Det kunne have været mig“, og paradoksalt nok giver politiets og til dels anklagemyndighedens nærmere kontakt med den tiltalte ofte større medleven i den tiltaltes situation end fjerne, ophøjede dommere kan opnå. Så det er ikke altid i retssalene, at man skal forvente barmhjertighed.

Det er den tanke, Seneca forklarede, da han argumenterede for mildhed: „... undertiden er det kun vort held, der har forhindret vor skyld“.⁶

Uanset den nærmere tolkning af, hvordan vi forstår barmhjertighed, har man slet ikke nogen „ret til at vente“ barmhjertighed, men barmhjertighed er dog ikke noget fremmed for retten. Utallige bestemmelser indeholder anvisninger på at tage den samlede situation i betragtning og giver dermed rig mulighed for barmhjertighed og et særligt hensyn til den „svage“, til den, der ingen penge har, den, der har særlige behov.

På grundlag af sådanne eksempler kan man fristes til at opstille en *regel* om barmhjertighed, altså vende det magtforhold på hovedet, som skaber behovet for barmhjertighed, og gøre den svage stærk og den stærke svag. Princippet bliver da, at der f.eks. i civilretten skal ske en afstemning af parternes forpligtelser efter deres økonomiske vilkår. I bank-

6. Seneca: *Om mildhed*, s. 59.

retten kan bankens krav f.eks. søges begrænset i overensstemmelse hermed.⁷ Sådanne synspunkter ligger bag regler om gældssanering, der indførtes for at undgå en uendelig og deprimerende belastning af debitorer, der plagedes af ustandselige besøg af fogeden, men som intet ejede, og som ikke kunne se noget formål i at tjene noget, da deres indkomst ville forsvinde direkte i kreditorernes lommer – eller måske også havde det formål, at kreditorer, der havde krav, der ikke kunne inddrives, da debitor intet ejede, skulle kunne få noget ud af det ved at give debitor en mulighed for selv at få noget ud af en indtjening.

Sådanne reformer kan være motiveret af barmhjertighed (og som nævnt af andet end det). Når de er gennemført som f.eks. nye lovregler, bliver de praktiseret, som de må fortolkes. Selvom lovens motiv var barmhjertighed, er det ikke længere barmhjertighed, der bærer retsanvendelsen som sådan. Barmhjertigheden viser sig nu i et næste plan, ikke i den automatiske retsanvendelse, ikke i en hvilken som helst retsanvendelse (bare fordi reglen er begrundet i barmhjertighed), nej, barmhjertigheden aktualiseres som før og som ved enhver anden regel – som en følelse for det eller de mennesker, reglen gælder for og anvendes på, som en medleven i den situation, den anden er i, og vil komme i, når afgørelsen er truffet, en medleven, der har den juridiske side, at retten ikke blot anvendes „på“ en anden, men i en vis forstand samtidig også anvendes på retsanvenderen selv. Retsforholdet indbefatter os begge, og det er den, der har magten, der bøjer sig.

Det er stadig den, der har magten, der bestemmer. Og det er ikke altid rart, hvad der bestemmes. At sætte i fængsel, at nægte førtidspension, at flytte formuer, at flytte børn – er alt sammen både ubehageligt og undertiden nødvendigt. Ubahaget er ofte af forskellig størrelse, og ofte anses netop de

7. Herom især Thomas Wilhelmsson: *Social Civilrätt*, Helsinki, 1987, og Hans Petter Graver: *Sosiale rettigheter i gjeldsforhold*, Oslo, 1990.

afgørelser, der kommer nærmest retsanvenderens eget liv, dvs. hvor retsanvenderen er nærmest ved at se sig selv på den anden side af bordet (f.eks. børnene), for særligt ubehagelige. At kalde disse ubehageligheder for nødvendige skal ikke forstås som en henvisning til en uomgængelig lovfortolkning eller en automatisk retsanvendelse – pointen er, at det er noget, det er nødvendigt at ville, når situationen er til det – men retsanvenderen fortolker, hvornår det er tilfældet.

Mildhed og barmhjertighed har kun mening som mildhed og barmhjertighed ved at blive besluttet eller rettere vist i den konkrete situation. Det kan ikke undværes, og det kan ikke være en regel. Loven skal ikke forlades, loven skal følges – af private og af myndigheder, men som det gælder for mennesker i almindelighed, gælder det også for mennesker, der handler efter loven, at de kan få tårer i øjnene.⁸

Barmhjertighedens magt-aspekt fremhæves i „Visdommens Bog“: Den ringe kan få tilgivelse i barmhjertighed, men de mægtige vil blive holdt fuldt ansvarlige.⁹ Alligevel må selv den – faldne – magtperson kunne håbe på barmhjertighed. Ikke som en ret – men som en pligt, for den, der nu har magten.

Da det er den magtfulde, der kan vise barmhjertighed, kan det være en magtdemonstration at „vise“ barmhjertighed: Ved at lempe reglerne for dig, viser jeg dig, at det er mig, der har magten, og når du modtager min mildhed, anerkender du dette! Den, der fungerer i et magtforhold, kommer imidlertid ikke ud af det ved at undlade at tænke i barmhjertighedens baner, og den, der er afhængig af en barmhjertighedsgerning, bliver ikke mere magtfuld ved at fornægte muligheden for en barmhjertighed. Snarere må netop *begges* betones. Begge parter i relationen har magt, og den, der – i sin magtesløshed – modtager barmhjertigheden, står for den handling at anerkende sin afhængighed og modtage.

8. Javert opdagede, at „... loven kunne få tårer i øjnene“, Victor Hugo, s. 424.

9. Det Gamle Testaments Apokryfe Bøger. Visdommens Bog, kap. 6.

Hvorfor vise barmhjertighed? Som sagt, fordi det kunne være dig (hvilket jo er lidt bagklogt og selvbetænkende)! Men også fordi barmhjertigheden kan rumme en tilgivelse. Og endelig fordi barmhjertighed er det, der giver styrke: „Man må uvægerligt frygte lige så meget, som man har villet frygtes“, skrev Seneca advarende til den unge Nero.¹⁰ Ser vi på retten, kan dommeren og andre magtpersoner vel mene sig sikre og dermed hævet over denne advarsel; i et så sikkert system, som det vi nu lever i, er advarslen ikke relevant som en personlig advarsel; tværtom er selv vores højeste embedspersoner mindre truede end en bankkasserer i en amerikansk provinsby.

Alligevel er advarslen måske relevant. Ser vi på retten som sådan, passer den: Den der frygter retten, er en trussel mod retten; den der kun gør, hvad han bør gøre, af frygt, bør alle frygte.

10. Seneca s. 79.

BEGREBER

anvendes i lovttekster, i domme og i andre retskilder. Når f.eks. en bestemmelse i en lov påberåbes af en part, og domstolen skal tage stilling til, om bestemmelsen kan anvendes, formuleres problemet ofte efter en skabelon som denne: „Hvordan skal begrebet xx i loven forstås? Omfatter udtrykket xx forhold som yy?“

Skabelonen kan illustreres af et par sager: Under en straffesag for vold mod en inkassator påberåber anklagemyndigheden sig en særlig (skærpet) strafferamme for vold begået mod „en person, der efter karakteren af sit arbejde er særlig udsat for vold“, straffelovens § 247, stk. 2. Straffeskærpelsen blev indført på baggrund af nogle sager om overfald på taxauffører og Falck-reddere.¹ I forarbejderne til lovforslaget gav justitsministeren følgende begrundelse: Der „kan der være grund til – ikke mindst som en præventiv foranstaltning – at øge straffen ved vold, der udøves over for personer, som f.eks. i kraft af deres erhverv løber en særlig risiko eller udfører særlige funktioner. Som eksempel kan nævnes, at hyrevognschauffører normalt er i den situation, at de modtager deres passagerer på alle døgnets tidspunkter og under forhold, hvor det kan være svært at bedømme risikoen herved. Hyrevognschaufføren er desuden normalt forpligtet til at køre kunden derhen, hvor denne ønsker, og er herunder

1. *Ugeskrift for Retsvæsen* 2000 340 H.

ofte alene med kunden uden mulighed for at tilkalde hurtig hjælp. Tilsvarende kan nævnes, at privat sundhedspersonale, f.eks. læger, sygeplejersker o.lign., der kører vagtkørsel på alle døgnets tidspunkter og herunder medbringer medicin, kan være særlig udsat for overfald og i mange tilfælde uden mulighed for at vurdere risikoen eller på anden måde forebygge angreb. Endvidere vil personale ved f.eks. døgnåbne kiosker eller tankstationer – afhængig af karakteren af deres arbejdsforhold – kunne være omfattet.”²

Forsvareren for den, der havde overfaldet inkassatoren, gjorde gældende, at den skærpede straf kun kunne angå sådanne personer, der var tilkaldt af den, der senere begik volden, ikke når den voldsramte som en inkassator handlede uden en sådan „invitation“. Skabelonen er da: Hvilke personer er omfattet af straffeskærpselsen, og er inkassatorer omfattet af denne kategori?

En anden sag: En landmand havde opført en gylletank, han havde ikke tilladelse til at opføre den, og spørgsmålet var, om opførelsen af tanken var i strid med planlovens § 35, hvorefter det er forbudt (uden særlig tilladelse) at opføre en bygning på åben mark.³ Det er da nærliggende at følge skabelonen: Hvad forstås ved en bygning, og er en gylletank omfattet af dette udtryk?

Det, der eftersøges, er tilsyneladende en generel definition af det relevante begreb. Det er den gængse forventning, at der må en definition til for at fastlægge begrebets udstrækning, og derefter kan den konkrete sags forhold placeres inden for eller uden for det definerede område for begrebet. Definitionen angiver de omstændigheder, der er nødvendige og – tilsammen – tilstrækkelige til, at et forhold er omfattet af begrebet. Sådanne definitioner betegnes analytiske definitioner. Vi illustrerer dem (og forestiller os dem i vores tanke) som en cirkel, hvor definitionen tegner cirklen, og

2. *Folketingstidende*, 1993-94, Tillæg A sp. 1346f.

3. *Ugeskrift for Retsvæsen* 2000 2412 H.

spørgsmålet derefter er, om det foreliggende sagforhold ligger inden for eller uden for cirkelens omkreds.

Det er denne forventning, jeg vil konfrontere med nogle praktiske mønstre for analyse og argumentation vedrørende fortolkning af begreber eller udtryk, der indgår i retsregler.

I

Analytiske definitioner findes undertiden i lovbestemmelser eller snarere i deres forarbejder. Det er ikke en dansk tradition, men et resultat af europæisk påvirkning, og mængden af lovbestemte definitioner er voksende. Men ikke alle begreber kan defineres i en lovtekst, og de begreber, der bruges i en definition, kan jo ikke i det uendelige blive defineret. Selvom lovdefinitioner således ikke dækker behovet for begrebsbestemmelse, sætter de netop et mål eller en standard for, hvad vi i almindelighed forventer os af en definition, når vi har brug for en definition for at løse et fortolkningsproblem.

II

Det er klart, at når et definitionsproblem stilles i praksis, stilles det i en konkret sag, f.eks. i en retssag. Definitionsproblemet indgår dermed i en større sammenhæng, som skabes af sagens forhold og den samlede regulering, som kan have betydning for afgørelsen. Problemet indgår med andre ord i en kontekst. I akademisk sammenhæng kan det være nødvendigt at påpege, at begreber ikke defineres isoleret, men defineres i en kontekst, der kan være sproglig, f.eks. når ordet indgår i en sætning eller længere tekst, men som også kan være symbolsk. Som et eksempel på en tekst uden sproglig kontekst kan tages et vejskilt med den enkle tekst „STOP“, hvor sammenhængen og dermed meningen skabes

af skiltets autoriserede udseende og sammenhængen mellem teksten og dets placering, f.eks. ved indkørsel til en større vej eller ved passage af en toldstation. Det følger af denne kontekst, at „stop“ ikke betyder, at man skal blive holdende stille ved dette skilt, til det en dag bliver fjernet.

Det følger af denne kontekst, at det er en sag, der skal afgøres, og det er dette formål, der sætter interessen for sagen. Vender vi tilbage til sagen om den overfaldne inkassator, er spørgsmålet for en domstol, der skal tage stilling til en strafudmåling for en voldstiltalt, helt konkret og ikke et almindeligt „teoretisk“ spørgsmål om, hvad det vil sige at være „en person, der efter karakteren af sit arbejde er særligt udsat for vold“. Vi interesserer os (kun) for afgrænsningen af en persongruppe – nemlig dem der er særligt udsatte for vold – fordi der er indført en særlig strafferamme for dem, der begår vold mod denne persongruppe, og vi skal tage stilling til, om denne strafferamme skal anvendes i denne sag, hvor en inkassator er blevet overfaldet. I dette tilfælde findes der ikke nogen definition i loven, men i bemærkningerne til lovforslaget nævnes nogle eksempler. De tilfældegrupper, forarbejderne nævner, er alle tilfælde, hvor den pågældende tilbyder en positiv ydelse til en kunde, og disse eksempler kunne derfor støtte forsvarerens tekstlæsning, hvorefter kun sådanne persongrupper var beskyttet, ikke inkassatorer, der ikke er inviteret eller tilkaldte, men som tværtom på grund af deres profession er uønskede af dem, de opsøger.

I dommen i straffesagen tages stilling til, om tiltalte var omfattet af den særlige strafferamme. Vi kan ikke af dommens præmisser aflæse nogen analytisk definition af det centrale og omstridte begreb, og vi må i almindelighed fortolke dommen ud fra den antagelse, at en sådan definition ikke nødvendigvis er lagt til grund. Begrebet (om at være særligt udsat for vold) er altså „anvendt“ i den forstand, at et sagforhold er henført under lovbestemmelsen med den forhøjede strafferamme, uden at begrebet er defineret på den måde, der er beskrevet ovenfor som analytisk. Dommen

fastslår, at sagens inkassator (og inkassatorer i almindelighed) er omfattet af lovens udtryk om personer, der er særligt udsatte for vold, men den giver ikke en definition af denne persongruppe. Selvom dommens præmisser således tager stilling til parternes strid, om loven kun gjaldt for vold mod personer, der tilbød en positiv ydelse (idet dommen afviser denne begrænsning), indeholder den ikke en definition af den beskyttede persongruppe.

Ret beset indeholder heller ikke det gengivne uddrag fra forarbejderne en analytisk definition. Det, der for en rask betragtning ser ud som en definition, er undertiden kun en „karakteristik“, dvs. en angivelse af træk, der er typiske ved det beskrevne forhold – men som ikke *nødvendigvis* kan findes (eller kræves) i hvert enkelt tilfælde. Karakteristikken peger på de træk, man *særligt* bør gå efter. Den kan undertiden også læses som en prioritering: det er særligt disse tilfælde, man skal se på – men altså ikke nødvendigvis kun disse og ikke nødvendigvis alle disse. Karakteristikken bruges netop ofte i tilfælde, hvor det ikke har været muligt at give en analytisk definition.

Det er vist en gængs forestilling, at alle begreber har en definition, ikke i den klassiske essentielle forstand, at begrebet udpeger fænomenets væsen, dets essentielle træk, som begrebet er entydigt forbundet med og repræsentant for. Nej, mere enkelt forestiller man sig, at når jeg benytter et udtryk eller i hvert fald, når en lov eller en dom bruger et udtryk, så hører der til dette udtryk en analytisk definition, dvs. en angivelse af de træk, der skal kunne påvises, for at begrebet overhovedet må bruges. Definitionen findes måske som nævnt ikke i loven eller dommen, men den findes, for en sprogansvender må kunne angive, hvad han eller hun mener med de ord, der bruges.

Imidlertid ser vi i dommen om inkassatoren, at retten har anvendt lovens udtryk om en særligt beskyttet persongruppe – de personer, der er særligt udsatte for vold – uden på forhånd at have og uden selv at producere en definition af

begrebet. Retten fastslår, at begrebet kan bruges i den aktuelle sag, men fastslår ikke, hvad begrebet definitions-mæssigt betyder.

Vi bruger begreber, som ikke har nogen definition, og vi bruger begreber, som anvendes på forhold, der ikke har noget til fælles.

III

Et begreb kan være en sammenfatning af grupper af tilfælde, der ikke har noget fælles – definerende – træk. Sådanne begreber defineres i f.eks. juridiske lærebøger eller kommentarer på en måde, der ikke svarer til, hvad vi forventer af en analytisk definition. Det sker ved, at der opstilles „tilfældegrupper“, idet en forfatter, der skal redegøre for, hvilke sager der henføres under en bestemmelse, opregner sagerne i flere grupper, der måske ikke har så meget med hinanden at gøre. Hver gruppe i disse „tilfældegrupper“ får hver sin karakteristik. Taget under et er tilfældegrupperne det sagområde, som vedkommende bestemmelse og de deri indeholdte begreber antages at omfatte. Begrebet „x“ omfatter følgende tilfældegrupper „yy“, „zz“ ..., og der er ikke nødvendigvis noget fællesskab mellem „yy“ og „zz“ – andet end det, der ligger i, at de henføres under begrebet „x“ og derfor behandles efter den regel, der gælder for „x“.

At jeg ikke har en definition på de ord, jeg overvejer at bruge, bringer mig ikke i daglig tale til tavshed. Jeg kan anvende ordet. Jeg kan give det en *ostensiv* definition, idet jeg siger: Dette er en elefant! Dette er en bygning! Disse påpegninger giver mening i praksis, selvom jeg ikke kan præstere en analytisk definition af en elefant eller en bygning.

Selvom disse træk af begrebsforståelse også gør sig gældende i juridiske sammenhæng, har vi fastholdt de gængse forventninger til definitioner, som jeg har nævnt. Selvom disse særegne træk ved sprog-anvendelsen ikke har været

særligt påagt i den danske juridiske litteratur, har de imidlertid stor praktisk betydning.⁴

IV

Vi har en sag, hvor et begreb – naturligvis sammen med en række andre begreber – skal anvendes, idet der skal tages stilling til, om en regel, der indeholder dette begreb, kan bruges eller ej. Jeg skal nævne nogle praktiske mønstre for den fortolkning, en sådan opgave sætter i gang, og benytter som eksempel spørgsmålet om fortolkningen af planlovens § 35 om opførelse af bygninger og denne bestemmelses anvendelse på en gylletank. I alle tilfælde gøres brug af en definition, der (konkret) udpeger det foreliggende tilfælde eller (generelt) udpeger en tilfældegruppe som omfattet af et begreb i en regel og dermed af en regel, der er anvendelig i sagen:

1. Lokalisering af sikre tilfælde: Dommeren eftersøger, om der er fortilfælde, hvor begrebet er anvendt eller er antaget at være anvendeligt. Fortilfælde findes i tidligere domme, i administrativ praksis eller i de eksempler, som omtales i forarbejder og litteratur. Dommeren lægger – i første omgang måske kun hypotetisk – til grund, at dette fortilfælde er „rigtigt“ bedømt, dvs. at dommeren er enig i den bedømmelse, fortilfældet udtrykker. Dommeren har hermed et (eventuelt kun hypotetisk) sikkert punkt. Dette punkt danner grundlag for en sammenligning: Er det foreliggende tilfælde „ligesom“ eller „forskelligt“ fra det „sikre“ tilfælde? Hvis de sikre tilfælde, der kan fremdrages, findes at være forskellige fra den foreliggende sag, er de ikke til megen nytte. Hvis de på den anden side har en lighed med den aktuelle sag, bliver

4. Wittgenstein, som dette kommer fra, betegner sammenhængen familielighed, *Filosofiske Undersøgelser*, København, 1971/2001, § 67.

det sikre tilfælde jo retningsgivende for udfaldet. Det bliver da nødvendigt at gå et skridt tilbage, for at dommeren kan tage stilling til, om dommeren nu (stadig) finder, at fortolfældet er korrekt afgjort (eller rettere, om dommeren ville afgøre en sag identisk med fortolfældet på samme måde i dag – det forhold, at sagen tidligere er afgjort på en bestemt måde, udgør jo nu i sig selv et argument for at komme til samme resultat, et argument som naturligvis ikke fandtes i første omgang). Spørgsmålet om, hvordan man afgør, om der foreligger lighed eller forskel, er jo i sig selv et fortolknings-spørgsmål, der ofte slet ikke formuleres, men det besvares konkret ud fra en reflekteret eller ureflekteret bedømmelse.

Det karakteristiske for denne overvejelse er, at man opnår en retning for sagens udfald, det sikre tilfælde er et orienteringspunkt, hvortil jeg kan se „fra“ den aktuelle sag, og det fungerer på denne måde uden at jeg har givet eller skaffet mig en analytisk definition af begrebet. Grundlaget er begrebets hidtidige anvendelse. Dommeren søger i virkeligheden ikke primært en definition i den tidligere sag, men en konkret begrebsanvendelse.

Der kan være „sikre tilfælde“, der ikke har noget fællesskab med den aktuelle sag. Hvis man forlangte en definition, i hvert fald som princip, ved enhver begrebsfortolkning, og hvis en definition forudsatte, at alle de tilfælde, der omfattedes af definitionen, havde et eller flere fælles træk, ville et sådant „negativt sikkert tilfælde“ indebære, at der ikke var plads til begge sager under det fælles begreb: Enten måtte man forkaste det sikre tilfælde – det var ikke så sikkert, som man i første omgang troede. Eller – hvis det sikre tilfælde fastholdes – kan den aktuelle sag ikke henføres under reglen. Dette ræsonnement er imidlertid forkert. Der er som nævnt intet, der hindrer, at et udtryk omfatter flere forhold, der ikke har noget fælles træk, og et „negativt“ sikkert tilfælde er således ikke grundlag for at afvise, at begrebet kan anvendes i den aktuelle sag.

Giver denne tilgang et positivt resultat – dvs. et retnings-

givende resultat – må dets vægt afstemmes efter fortilfældets karakter: Hvilken domstol har afsagt præjudikatet – høj eller lav, dansk eller international? Blev sagen dengang drøftet også på det punkt, der nu skal tages stilling til, eller ser dette punkt ud til at være passeret uden større opmærksomhed? Er der tale om eksempler i forarbejder, må der tages stilling til, om sådanne forarbejder har betydning – dette kan jo bl.a. i denne sproganvendelsessammenhæng bero på, om forarbejdernes eksempler netop kan læses som eksempler på læsning af lovtæksten, dvs. som en uddybende eksemplificerende fortolkning af teksten, eller om forarbejdernes eksempler måske snarere er ment „politisk“, dvs. løsrevet fra teksten angiver de bedømmelser, som koncipisten *ønsker* af udvalgte eksempler, og som anføres i forarbejderne for at virke *styrende ved siden af lovtæksten*.

2. *Hypotetiske ændringer af den foreliggende sag*: En bedømmelse af et konkret sagforhold kan hjælpes i gang ved at overveje betydningen af en – større eller mindre – ændring af sagforholdet. „Hvis det ikke havde været en gylletank (uden tag), men en rund staldbygning, havde det klart været en bygning.“ Argumentationen består altså i at tilføje eller fjerne og dermed ændre på det sagforhold, der er fremlagt, og dermed at skabe en situation, der lettere lader sig bedømme. Bedømmelsen kan gå ud på, at sagforholdet – efter ændringen – er omfattet eller ikke omfattet.

I begge tilfælde har man en bedømmelse, der ligesom de ovennævnte „sikre tilfælde“ kan sammenlignes med den foreliggende. Hvilken betydning har det forhold, der er ændret? Kan den forskel bære en forskellig behandling? Kan et tag på tanken gøre en forskel? For at kunne besvare dette bekræftende, kommer bedømmeren til at overveje, hvordan det ændrede moment vil fungere som skelnemærke i fremtidige sager: Er det teknisk muligt at skelne på grundlag af dette moment, og er det rigtigt i forhold til reglens grundlag at benytte dette skelnemærke?

3. *Den aktuelle sag som nærmest ved en af to bedømmelser:* Dommeren skal vælge mellem enten at anse dette for en bygning eller ikke at anse dette for en bygning! Det forekommer ikke muligt at give et kategorisk svar i dette dilemma. Det er ikke „en bygning“, men det er heller ikke „en ikke-bygning“. Sagen er for så vidt umulig at afgøre. Men den skal jo afgøres, hvis man ikke kan og vil finde et andet punkt at afgøre sagen på. Dommeren kan da tænke og argumentere med henblik på at eftersøge en tilnærmelse, en kvantitativ tilnærmelse til en af de to bedømmelser, hvor det bliver afgørende, hvilken af bedømmelserne der ligger „nærmest“. Det nærmeste svar, det svar hvortil der er den korteste afstand – disse begreber udtrykker i rumlige termer noget, der udspringer af en sproglig og kontekstuel fornemmelse, og som afspejler, hvilken af de to tilgængelige betegnelser der ledsages af den mindste modvilje eller ubehag. Det resultat er „nærmest“, som forekommer en mest „naturligt“, et udtryk der bruges uden at det skal fortolkes som en tilslutning til en essentiel sprogforståelse. „Naturligt“ eller „mest naturligt“ er den forståelse, der ud fra en sprogfornemmelse, der ikke tager så meget hensyn til den konkrete lovbestemmelse og dennes kontekst, forekommer nærmest.

En gylletank er jo hverken „en bygning“ (der er ikke tag, ingen indgang og ikke nogen mulighed for menneskeligt ophold) eller „ikke en bygning“ (den er opført af samme materialer som gængse bygninger, den er en varig installation, den fremtræder i landskabet som en bygning). Men kan man ikke sige, at den er – når alt kommer til alt – „nærmest en bygning“?

4. *Pragmatik:* Hvilken betydning har det, om den aktuelle sag henføres under begrebet, og reglen dermed er anvendelig? Giver reglens anvendelse i denne sag god mening? Hvilken mening giver det, om reglen ikke kan anvendes?

En anvendelse af reglen kan give god mening, selvom det må fastholdes, at reglen ikke kan anvendes. Der må være et

grundlag i reglen for dens anvendelse ud over det forhold, at dens anvendelse anses som hensigtsmæssig eller meningsfuld. Den beskrevne pragmatiske bedømmelse er derfor mere brugbar ved en fortolkning, når dens udfald er negativt: „I en situation som den foreliggende giver det ikke mening at anvende reglen“ – der er da ikke nogen god grund til at søge begrebet udstrakt til at dække den foreliggende sag. Dette har også betydning for den teleologiske fortolkningsmetode, dvs. den fortolkning, der tillægger formålet med reglen afgørende betydning, for et fortolkningsresultat kan meget vel være „hensigtsmæssigt“ set ud fra lovens hensigt, men alligevel ikke dækket af den formulering, loven har fået, og den teleologiske tilgang skal da bruges til at begrunde en udvidelse af reglens dækningsområde.

5. *Risiko for at tømme reglen for indhold:* Man siger til sig selv eller til hinanden, „Hvis dette ikke er ..., hvad er så?“ Den aktuelle sag karakteriseres af momenter, som er ofte forekommende, og de andre – sikre – situationstyper, der kunne henføres under begrebet, forekommer kun sjældent eller kendes måske slet ikke. Hvis dommeren når til det resultat, at tilfældet ikke er omfattet af begrebet, vil alle (eller mange af) de ofte forekommende sager ikke kunne henføres under reglen, og den vil miste betydning eller i hvert fald få en begrænset anvendelse.

Begrebsforståelsen sammenkædes i dette argumentationsmønster med en overvejelse af, hvilken betydning fortolkeren mener, at reglen bør have: Afgørende for begrebsbestemmelsen er, om reglen ønskes anvendt i et betydeligt antal tilfælde, eller om reglen ønskes begrænset til ganske få sager.

Disse forskellige argumentationer (1-5) for en begrebsanvendelse, der ikke bygger på en analytisk definition, muliggør en stillingtagen til, om et udtryk i en regel og dermed reglen selv kan anvendes eller ej – uden at dommeren behøver at danne sig en analytisk definition af det anvendte be-

greb. Dommeren svarer f.eks. på, om en gylletank er en bygning, uden at vide, hvordan han ville definere en bygning.

Disse argumenter kan indbyrdes komme i konflikt med hinanden. Hvis vi har et tilfælde som beskrevet under punkt 5, men den forståelse, der henfører de mange tilfælde under reglen, tillige er den „nærmeste“, vil dommeren nok ikke i almindelighed opleve det som muligt at tømme reglen for indhold. En anden komplikation følger af, at enhver retsanvendelse indebærer en selvstændig bedømmelse, og det er derfor bestandig en mulighed, at der foreligger momenter, der begrundet et afvigende udfald. Selv hvor loven indeholder en definition, må dommeren alligevel tage stilling til denne definitions forudsætninger og dens anvendelighed i den aktuelle situation.

V

Fortolkningen er i bund og grund konkret. Det generelle, alment gældende og fælles har man godt blik for, hvis man holder sig på afstand, betragter sagen som enkel og lige efter bogen. Men der er „en stor Afstand mellem det almindelige Begreb, som Loven slutter sig til, og det enkelte Factum, som foreligger“.⁵ Jo mere man derimod arbejder med en sag, desto mere står dens særegne karakter klart. Ikke alt er relevant, men hver sag er noget for sig. Eller vi kan sige som undersøgelsesdommeren Porfirij Petrovitj i *Forbrydelse og Straf*: „Det 'almindelige tilfælde', som alle juridiske lovsamlinger og retsregler er skrevet for at dække, som de vurderes i forhold til, og som beskrives i bøgerne, findes ikke, i og med at enhver sag, herunder en forbrydelse, så snart den har fundet sted, straks bliver et unikt, enkeltstående tilfælde...“⁶

5. A. S. Ørsted i *Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen, 1848-49*, sp. 2492, der anviser dømmekraften at udfylde denne afstand.

6. Fjodor Dostojevskij: *Forbrydelse og straf*, København, 2003, s. 408-09 (russisk 1866).

BEVÆGELIGHED

Den, der som dommer skal tage stilling til en sag, skal være „bevægelig“. Dommeren skal være åben for den mulighed, at han eller hun må ændre sit standpunkt i sagen – såvel det standpunkt, der angår dommens begrundelse, som dommens konklusion, der ofte er det, der interesserer parterne mest. Modsætningen til bevægelighed er „upåvirkelighed“ eller, med mere ladede ord, stivsind og stædighed.

Den bevægelighed, jeg her betoner, beror for det første på, at dommeren sanser, hvad sagen indeholder. De papirer, som udgør „sagen“, må ikke blot læses, men også læses med blik for deres indhold. Hver enkelt relevant oplysning må – optimalt – tænkes med som et led i sagen, ikke bare gennemses lige så flygtigt, som man løber gennem et varekatalog for at se, om den vare, man eftersøger, bliver udbudt (men altså uden interesse for alle de andre varer) – man må ikke bare nøjes med at hæfte sig ved de nye oplysninger, der stemmer med den opfattelse, man har dannet sig, men også – og særlig – ved dem, der peger i andre retninger. Hver oplysning indgår i „opbygningen“ af et stadigt tættere net af streger af et billede – om end ofte et billede, der må have mange blanke steder, og som endda oftest må være flerdimensionalt for at rumme de flere forskellige mulige opfattelser af sagen, som de efterhånden modstridende oplysninger kan føre til – en mulighed fremstiller tiltalte som skyldig, og den nye oplysning sættes ind i dette billede, mens en anden mulighed er, at tiltalte er

uskyldig, og også i dette billede skal man søge den nye oplysning indpasset. Man må arbejde med flere „scenarier“.

Det er nødvendigt at være *opmærksom*, og dette kan vel udgøre det grundlæggende krav. Men opmærksomhed er ikke nok. De – ofte mange – oplysninger („beviser“, „informationer“, „data“, „argumenter“ osv.), som en dommer forsynes med af parterne, skal ikke bare registreres – ses eller høres – men skal også tildeles en plads, som dels følger den opfattelse, vedkommende part mener, at oplysningen skal have, dels placeres inden for de alternativer, som sagen i øvrigt indeholder. Sådanne alternativer kan være præsenteret af parterne (modparten), men de kan – især når man kommer til detaljerne – være konstrueret af dommeren selv.

Der kræves *fantasi* for at lade sig bevæge, for det er ved fantasi, at dommeren ud fra de oplysninger, der på et givet tidspunkt er ham bekendt, kan se det videre perspektiv, de videre muligheder i sagen, som kan være af interesse. (Vi taler her kun om muligheder, der kan være af interesse – der er ikke taget stilling til, hvad dommerne mener). For hver ny oplysning skal man altså køre alle de scenarier igennem, der indtil nu har været på banen, og indplacere oplysningen og eventuelt bruge oplysningen som anledning til at udvikle nye scenarier, hvori oplysningen kan indpasses. Og jævnligt må bedømmeren overveje, om der ikke er plads for et alternativ, et nyt scenarie der er særlig egnet til at give den nye oplysning en plads i sagen.

Disse overvejelser begynder samtidig med, at arbejdet med en sag begynder. Efterhånden som arbejdet med sagen går frem, og flere scenarier er under overvejelse, bliver det samtidig iøjnefaldende, at de oplysninger, man først fik, ikke er placeret ind alle de steder, de hører hjemme. Derfor er det en – oftest lidt træls – nødvendighed at gennemgå en sag flere gange, netop for at sikre sig, at materialet er blevet udnyttet fuldt ud, dvs. at de enkelte oplysninger er brugt så langt og så vidt, de kan – foruden naturligvis for at sikre, at der ikke er sket misforståelser undervejs.

De scenarier, som her er på tale, er opbygget såvel af sagens konkrete oplysninger som af antagelser, som dommeren har uafhængigt af sagen. En del af de alternativer, som med sagens gang bygges op, bygges på, at de udgør alternativer til antagelser, som dommeren selv havde på forhånd. Jeg begynder – under en sag om en biltyv, der kom til skade ved et biluheld, og som forlangte forsikringsdækning af ejerens ansvarsforsikring – med den forhåndsantagelse, at en biltyv „selv er ude om det“, selv har bragt sig i en farlig situation ved at indlade sig – sammen med kammeraterne – i et biltyveri med efterfølgende bilræs. Men efter nogen tids refleksion over, hvad biltyve normalt gør, når jeg til, at der også er et modgående synspunkt: Biltyve behøver ikke køre hasarderet, mange biltyve kører lige så forsigtigt, måske mere forsigtigt end bilens retmæssige ejer, og den, der er med i et biltyveri, har ikke dermed automatisk indladt sig på nogen særlig kørselsrisiko. Hermed er den sag, der begyndte i et enkelt spor, blevet nuanceret i to muligheder.¹

De alternativer, der opstilles som modpoler til ens forhåndsantagelser, udgør en slags „refleksivt beredskab“, og de udgør derfor et grundlag for at overveje scenarier bygget på dommerens forhåndsantagelser over for antagelser bygget på oplysninger, som en af parterne gør gældende, eller som dommeren udvikler under arbejdet med sagen: Dommeren får stillet problemet: Er det, jeg hidtil har antaget, holdbart eller ej – og svaret har naturligvis betydning for vurderingen af sagen.

For nogle scenarier er en oplysning „umulig“, den kan ikke indpasses. Oplysningen svækker scenariet. Andre oplysninger passer godt med et scenarie og støtter det. De fleste oplysninger støtter nogle, men svækker samtidig andre scenarier.

En dommer har i almindelighed en fornemmelse, en foreløbig orientering. Det kan ses som udtryk for, at de flere

1. *Ugeskrift for Retsvæsen* 2000 2026 H.

(mange) scenarier, som sagen giver anledning til, ikke er si-destillede, men nogle – måske et enkelt – er privilegerede: Scenarierne ligger som kort i en bunke, og øverst ligger det, som dommeren for nærværende fæster mest lid til. Den stadige strøm af oplysninger medfører ikke blot en fortsat udbygning af de enkelte scenarier, men også en ændret prioritering af dem. Og det er her, at bevægeligheden især viser sig, for det er i viljen til eller åbenheden for at flytte rundt på rækkefølgen, at den gode dommer udmærker sig, at hans bevægelighed viser sig.

Det store antal af scenarier, som jeg har antydnet kan være aktuelle, kan ikke nå ud over en menneskelig grænse. Der er en grænse for, hvad dommeren kan holde styr på. Der er ikke 52 kort i dommerens kortbunke. For at sikre, at de aktuelle alternativer ikke overstiger det håndterlige, sker der en stadig frasortering. Der viser sig stadig oplysninger eller overvejelser og synspunkter, der udelukker nogle af de alternativer, der tidligere var mulige. Noget kommer til, noget andet forsvinder. Men også disse udelukkelse kan vise sig at være uholdbare. De muligheder, man fortsætter med at arbejde med, når f.eks. ikke den sikkerhed eller troværdighed, der må kræves, og det kan da forekomme, at dommeren ser i øjnene, at andre muligheder er blevet afskåret „for tidligt“: Hvordan ser de senest indkomne oplysninger ud, hvis de sættes ind i et af de udelukkede scenarier? Måske passer de bedre dèr end i de scenarier, der er opretholdt?

Bevægeligheden viser sig således ikke kun i villigheden til at bytte om på de øverste kort, men i det hele i, at det sæt af mulige scenarier, som er aktuelle i behandlingen af sagen, er en levende størrelse, der ikke er „endeligt“ afgrænset af beslutninger, der kun kan være foreløbige.

Den dommer (eller efterforsker), der har arbejdet længe med en sag og har haft held til at finde mange oplysninger, har ofte fæstet lid til et scenarie eller en hypotese som den klart mest troværdige. Sagen ligger i et godt leje, man følger et frugtbart spor, og der mangler kun lidt afsluttende bearbej-

delse og overvejelse af nogle „detaljer“. I en sådan fase er det svært at være „bevægelig“. Det er svært at forlade en opfattelse af sagen, som gennem lang tid har været dominerende for ens vurdering af det stadigt indstrømmende materiale. Der kan komme en oplysning, som – hvis den havde foreligget ved sagens start – havde blokeret for det scenarie, der nu arbejdes med, men som nu søges omtolket, imødegået og bortforklaret med henblik på, at det skal være muligt at opretholde scenariet som det privilegerede, det stadig mest troværdige. Ja, det kan gå så vidt, at man begynder at vurdere nye oplysningers troværdighed ud fra, om de stemmer med det valgte scenarie eller ej – ikke omvendt, om det foreløbigt fortrukne scenarie fortsat er værd at foretrække eller bør vige pladsen for et andet, eller om man burde starte forfra.

I enhver sag er der „usaglige hensyn“, som let lader sig formulere, og som enhver ved ikke forbliver irrelevante: Dommeren må ikke tage hensyn til, at den ene advokat er en god bekendt fra studietiden, at modparten er særlig smuk, at en dom efter den ene parts påstand (krav) vil blive anket, mens en dom for modparten nok vil blive accepteret. Ikke desto mindre kan sådanne hensyn gøre sig gældende, og jeg tror, at de særlig gør sig gældende i begyndelsen af sagen, dvs. når dommeren ikke har megen viden om sagen og derfor kun danner sig en foreløbig opfattelse: Heldigvis ser det ud til, at min bekendt har en god sag, at den smukke har ret, eller at jeg ikke behøver at blive udsat for, at min dom bliver anket. Dette er blot en „tanke“, en let fortrøstning og opleves ikke som en foreløbig dom. Det er heller ikke farligt eller kritisabelt, hvis dommeren er parat til – eventuelt ganske ubevidst – at forlade disse strøtanker og opleve og overveje sagen uden hensyn til dem. Men undertiden kan de bide sig fast og fortsætte med at farve den yderligere viden, som dommeren med tiden skaffer sig om sagen, og dermed bliver de egnede til at hindre „fordomsfri“ bedømmelse. Det, der er galt, er imidlertid ikke, at dommeren har „fordomme“, men at de bliver siddende.

BUNDETHED

I

Jeg sidder ved mit skrivebord kl. 8.30. Nogle få minutter i 9 skal jeg mødes med mine kolleger til en domsforhandling, der skal begynde kl. 9.00. Vi vil iføre os hver sin kappe, rød skarlagten, syet efter mål, hængt frem af en vagtbetjent. Vi sætter os ind i retssalen bag det buede bord ved podiet ved hver vores plads, der er bestemt af ancienniteten, med retsformanden i midten, derefter den ældste til højre for ham, den næstældste til venstre, osv. til man når til mig, den yngste, yderst til venstre (set fra dommerens synsvinkel). Foran den yngste er opsat den relevante litteratur, som parternes advokater forventes at ville påberåbe sig under domsforhandlingen, og som alle dommere har fået i fotokopi mindst en uge før. Når vi har fået sat os til rette, åbner vagten døren til lokalet foran retssalen, og parternes advokater kommer ind, den ældste før den yngre (ancienniteten bygger her på, hvornår advokaten fik ret til at møde for Højesteret), derefter parter og tilhørere. Appellantens advokat sidder til højre, indstævntes advokat til venstre (set fra dommernes synsvinkel), og de to parter med deres ansatte eller pårørende sidder som regel i samme side som deres advokat. Den indankede dom bliver som regel oplæst. Appellantens advokat „forelægger“ sagen, dvs. redegør for sagens problemer og oplæser i den forbindelse relevante tekster, og advokaterne „pro-

cederer“ sagen, dvs. redegør for hver sin retlige bedømmelse af sagen. Rammen for proceduren (og for dommen) er parternes „påstande“, dvs. de krav, hver af parterne har gjort gældende, og deres „anbringender“, dvs. de argumenter, som de har gjort gældende for deres påstande. Min – og de øvrige dommeres – opgave i dette forløb er i hovedsagen at lytte – og at se. Dommere i danske retssale stiller kun i behersket omfang spørgsmål, om end der er variationer, yngre formentlig mere end ældre, og i Højesteret kun sjældent. Jeg er derfor stadig primært fokuseret på det, der skal ske, når domsforhandlingen er slut, nemlig at vi skal „votere“, dvs. redegøre for vores syn på sagen, med den yngste dommer som den første og retsformanden som den sidste. Denne fokusering har været aktuel fra det øjeblik, jeg fik sagen, for spørgsmålet er jo basalt hele tiden: Hvad skal jeg mene om denne sag? Hvordan skal den afgøres, og hvordan skal afgørelsen begrundes?

Forløbet følger en fastlagt vej, ligger inden for en fast ramme, mit bidrag skal også ske inden for den faste ramme, min gang, min sidde, min talen, min skriven.

De bølgelængder, hvor min selvstændighed, min originalitet, min udfoldelse viser sig, er snævert afgrænsede, men bærende for domstolenes uafhængighed.

II

I bund og grund er dommere stillet som andre beslutningstagere. De er bundne eller afhængige – i den betydning af ordet, at af de mange handlemuligheder, man teoretisk kan fantasere sig til i en bestemt situation (hvad kan jeg gøre *nu?*), er der kun ganske få, der kan realiseres, uden at man selv, ens nære eller fjerne omgivelser vil reagere negativt på en sådan måde, at man ikke kan forblive i den stilling, man formodes at varetage i en rum tid.

Dommeren har sit embede ved en bestemt domstol, han

skal arbejde her med arbejdstider, som kendes fra embedsmandens arbejdsliv. Han skal sidde i retten i fastlagte tidsrum. Han skal i retssalen være iført den foreskrevne påklædning. Hvor der ikke er særlige forskrifter, sætter traditionen grænser. Retsmødet ledes efter en fast procedure, bestemt i lov og tradition. Når afgørelsen skal træffes, er dommeren selvsagt bundet til at tage hensyn til alle de oplysninger, sagen indeholder, og alle de regler i love, traktater og overenskomster, som kan finde anvendelse. Dommens ordlyd må fastlægges gennem et kontinuerligt fravalg af ikke brugbare udtryksmåder – ikke brugbare, fordi de er ulovlige, misvisende eller ladede på en uønsket måde. Konklusionen vurderes inden for marginer, der f.eks. i straffesager ikke efterlader nogen stor margin for sanktionsvalg. Et lille fejltrin, og afgørelsen er forkert. Dommerens arbejde er således i alle – synlige såvel som usynlige – led styret af regler, fastlagt i love og traditioner.

På to måder efterlader dette fintmaskede net friheder, der kan muliggøre en forestilling om uafhængighed: For det første er også et fintmasket net kun et net. Dvs. der er huller, hvorigennem man kan komme, hvis man har den rette størrelse. Ind og ud. Ud og ind. Uden uafhængighed bliver også disse huller stoppet til. Dernæst kan og skal de love og traditioner, der binder dommeren – såvel som embedsmanden – fortolkes med henblik på det konkrete tilfælde. Love kan omtolkes, traditioner kan erstattes af nye traditioner – en proces, der jo nødvendigvis må begynde med et (stiltfærdigt) traditionsbrud.

DANNELSE AF RETTEN

I

Dommer Zabel får sagen på sit bord torsdag formiddag. Domsforhandlingen er næste onsdag. Torsdag og fredag er optaget af andre sager, så Zabel har sat weekenden af til at forberede sig. Sagen har været omtalt i de lokale medier, og ifølge omtalen i medierne kan den måske have betydning for andre sager.

Zabel går grundigt til værks: Han læser nøje sagens akter – stævning osv., udskrifter af afhøringer, og andre bilag – og han efterser de love, domme (præjudikater) og den juridiske litteratur, der kan hjælpe ham på vej. Der er måske flere domme og en enkelt bemærkning i en lovkommentar. Når Zabel begynder, er han „blank“ – han har ikke nogen forhåndsmening om sagen, og hans mest påtrængende spørgsmål til sig selv er, hvordan sagen skal afgøres. Skal sagsøgeren have den mio. kr., hun forlanger, skal sagsøgte frifindes, eller skal sagen lande et sted derimellem? Der er flere domme, der kan belyse spørgsmålet, men de er ikke lige „to the point“; der er i dem alle forhold, der er lidt forskellige fra den foreliggende, og det er da muligt, at disse forskelle har betydning, dvs. det er en mulighed at afgøre denne sag på en anden måde, end de tidligere sager blev afgjort på.

Zabel læser de foreliggende dommes afsluttende præmisser igen og igen. Efterhånden tegner der sig nogle linjer, der

skiller nogle af dommene ud som afgørende forskellige fra den foreliggende sag, og disse domme lægger Zabel over i vindueskarmen – væk, om end i bevidstheden om, at de måske må tages frem igen. De resterende domme med andre resultater ligger nærmere den foreliggende og må derfor analyseres nøjere. Selvom disse domme angår sager, der som sagt heller ikke er identiske med den foreliggende sag, er forskellene nok uden betydning eller i hvert fald af mindre betydning. Zabel søger efter en løsningsmulighed, der harmonerer med disse resterende domme, og som også kan være fair over for parterne i denne sag.

Partsforklaringerne og vidneforklaringerne ved domsforhandlingen onsdag bragte ikke nogen overraskelse. Sagen er først og fremmest juridisk. Advokaterne omtalte i deres procedure de samme domme, som Zabel havde fundet frem, men ingen af advokaterne bragte Zabel nærmere en afklaring. Men Zabel følte sig bestyrket i sin antagelse om, at nogle af dommene måtte lægges til side som irrelevante, og han så nu et resultat, som kunne harmonere nogenlunde med hidtidig praksis (som han nu havde afgrænset den), og som også var rimelig i forhold til parterne.

Resultatet stod således næsten klart for Zabel hen mod slutningen af domsforhandlingen. Zabel begyndte nu at tænke på, hvordan han skulle begrunde sit resultat. Det ville blive alt for langt at skrive om alle de domme, han (og advokaterne) havde gennemgået. Han måtte nøjes med at sammenfatte, hvad der – efter hans opfattelse – var praksis på området. Han tog et nyt gult konceptark og begyndte allerede, mens sagsøgtens advokat procederede, at forsøge sig med forskellige formuleringer af præmisserne. Det var ikke helt let, for selvom han ikke længere var i tvivl om, hvordan sagen skulle afgøres, var domspraksis temmelig broget. Det var ikke let at sammenfatte, og en nærmere redegørelse blev som sagt for lang. I virkeligheden spillede det jo heller ikke den store rolle, hvordan han så på praksis. Den kunne let findes i lovkommentaren og var almindeligt kendt af de ad-

vokater, der havde specialiseret sig i denne sagstype. Det, han kunne og måske også skulle bidrage med, var jo anvisninger for, hvordan tilsvarende sager – som han så det – burde afgøres.

Zabel kunne godt bruge nogle af de udtryk og passager, der fandtes i de tidligere domme. Dommen fra Nykøbing var særlig god. Men de var alle temmelig konkrete, og Zabel syntes, at han burde kunne komme med noget lidt bredere, noget mere generelt, så man kom nærmere på en fastlæggelse af retstilstanden på området. Det kunne da godt være, at hans kolleger ville synes, at han var for tidligt ude, eller at han måske skulle overlade det til landsretten. Men landsretten kunne jo bare gøre, som den ville, hvis de ikke var enige, og det ville vel være en hjælp også der, hvis det kunne lykkes for ham at formulere klare præmisser, der kunne tjene som grundlag for fred og forlig på området – i stedet for evig procesførelse, der ikke førte til afklaring. Zabel fortsatte – efter at sagen var optaget, og han var gået ind på sit kontor – med at prøve at formulere nogle præmisser, der ikke bare begrundede resultatet, men også kunne tjene til fastlæggelse af retstilstanden i tilsvarende sager.

„Tilsvarende sager“ – hvad var egentlig det? Det var sådan set dette, han selv var ved at afgøre, og efterhånden som han sammenholdt sine forskellige udkast med de forskelligartede sager, der kunne komme op, stod det ham klart, at han nok måtte være lidt forsigtig. Det var ikke let at overskue, og han var heller ikke ekspert. Han fik vel heller ikke flere sager om dette emne, og hans kolleger havde heller ikke kunnet finde nogen egentlig løsning. Så Zabel endte med nogle præmisser, hvor han indledte med at karakterisere sagen, dvs. han beskrev de omstændigheder, der var grundlaget for konflikten. Beskrivelsen var ikke helt konkret („Anders Bentsen aftalte den 1. april 02 med Christian Dehn ...), men afgrænsede en særlig type („Sagen angår en aftale om elektronisk udstyr, den er indgået af professionelle ...“). Zabels resultat gjaldt for denne type – det var det, der skulle

fremgå af præmisserne. En sag, der ikke var omfattet af hans karakteristik af denne type, faldt uden for Zabels præmisser. Det ville han ikke have noget ansvar for. Han kunne overskue den sagstype, han havde karakteriseret. Mere ville han ikke sige noget om.

Da Zabel ud på eftermiddagen renskrev sine præmisser, var han helt tilfreds. Han kunne stå inde for dem. De gik ikke længere, end at han kunne overskue, hvad de ville føre til. Det var måske lidt illusorisk at tro, at man kunne overskue noget, der vedrørte udfaldet af fremtidige konflikter, bare fordi man havde haft en sag om emnet. Men præmisserne var så snævre, at han alligevel følte sig tryk. Præmisserne stemte med de erfaringer, han havde gjort i sagen. Det kunne være fristende at gå lidt videre, men det ville være uforsigtigt.

II

I den sag, som er beskrevet ovenfor, indgik et principielt problem. Dommeren måtte skaffe sig kendskab til domme og litteratur og skulle på det grundlag tage stilling med bevidstheden om, at hans stillingtagen kunne få betydning for, hvordan andre tilsvarende sager ville blive afgjort. Hans dom ville blive et præjudikat.

Mange sager behandles som sager, der kun har konkret betydning, dvs. betydning for parterne og deres nærmeste, men ikke betydning for andre. Dommeren skal finde den rette løsning af den konflikt, der er i sagen, men skal ikke mere eller mindre direkte tage stilling til andre sager. Også i sådanne sager kan dommeren naturligvis være i tvivl. Og når dommeren har været gennem alt materialet i sagen, og domsforhandlingen er gennemført, har han – forhåbentlig – fundet ud af, hvordan han vil afgøre sagen. Opgaven er herefter at udforme begrundelsen. Der kan f.eks. være flere vidner, der har afgivet forklaringer, og de støtter alle sagsøge-

ren. Dommeren når sit resultat på grundlag af, at „alle vidner har forklaret i overensstemmelse med sagsøgerens standpunkt“, men når begrundelsen skal nedskrives, er spørgsmålet, om det virkelig er rigtigt at nævne dem alle: Dommeren tænker, at hvis vidne V1 havde forklaret noget andet, ville jeg være i tvivl, men hvis vidne V2 havde forklaret noget andet, ville det ikke betyde noget for mig. V1 har altså betydning for resultatet, mens V2 er uden betydning. Dommeren går – når han sætter sig til at skrive sine præmisser – fra undersøgelsen til begrundelsen, fra „investigation“ til „justification“.

III

Jeg vender tilbage til den principielle sag, den sag hvor dommeren skal afgøre en sag med en dom, der kan komme til at være et præjudikat og dermed af betydning for andre, fremtidige sager.

Vi taler om retskilder som noget, der har betydning – eller bør have betydning – ved afgørelsen af juridiske problemer. Vi ser altså i denne forbindelse på retskilder som noget givet, som noget der foreligger, og som kan tages i betragtning – og som altså faktisk bliver taget i betragtning eller bør tages i betragtning. Dommeren eller administratoren, der skal beslutte sig for, hvad der er gældende, afsøger det juridiske materiale for relevant stof. Noget kan give et klart svar, ofte gives der flere og indbyrdes forskellige svar, og ofte giver materialet ikke noget klart svar, når det tænkes „anvendt“ på den aktuelle sag.

Det givne er, at der (fremtidigt) skal træffes en afgørelse, og at der herved er en interesse for, hvad der (fortidigt) er sagt eller skrevet om det, afgørelsen vedrører. Der er tale om en *statisk tilbageskuen*.

Retskildelæren har spillet en stor rolle i nordisk retsfilosofi. Denne rolle er tildelt retskildelæren på baggrund af det,

jeg her har kaldt en statisk tilbageskuen. Retskildelæren og den del af retsfilosofien, der er anset for knyttet hertil, har dermed fået en tilsvarende karakter, tilmed også indsnævret til en konkret retsanvendelsessituation.

Retskilder kan imidlertid anskues i et andet perspektiv – i et fremadrettet og dynamisk perspektiv. Dommeren, der skal beslutte sig, efterser retskilderne, men han eller hun producerer selv retskilder: Dommeren udarbejder sin dom med præmisser, og dommen med dens præmisser er så fremtidig en retskilde. Men de skal jo skrives først, og den virksomhed har man ikke gjort meget ud af i retskildelæren. Vi kan betegne perspektivet en *dynamisk fremadskuen*.

En dommers (eller en anden retsanvenders) arbejde med en sag foregår ofte i to faser, der adskiller sig fra hinanden ved netop denne forskel i perspektivet: I den første fase er dommeren optaget af at afgrænse, finde frem til og tilegne sig de retskilder, der nu engang findes. Hermed danner dommeren sig et juridisk grundlag for en stillingtagen. På dette grundlag kan dommeren tage stilling til, hvordan sagen skal afgøres. Kan de forskellige anbringender tages til følge eller ikke – og ikke mindst: Hvem skal vinde, om nogen?

Den næste fase består derefter i, at dommeren – med sagen og dens udfald som det givne – udformer præmisserne for udfaldet. Præmissernes første opgave er at udgøre en begrundelse for udfaldet. Den opgave er jo let at løse. I værste fald gør dommeren præmisserne helt konkrete: Efter en sammenfattende beskrivelse af den konkrete sag fastslår præmisserne blot, at under omstændigheder som disse må resultatet blive det, som dommeren har besluttet sig for. Det er en mulighed, det er lovligt, men det er sjældent tilfredsstillende, det er ikke faglig godt. Til en begrundelse hører, at der henvises til de lovbestemmelser og andre faste holdpunkter, som afgørelsen skal være i harmoni med. Det springende punkt – og det er her den anden fase kommer ind i billedet – er at udvikle det ræsonnement, der mere selvstæn-

digt underbygger resultatet. Jeg betoner det „selvstændige“, fordi det er den skabende eller konstruktive side af dommerens virksomhed, der særligt nødvendiggør begrundelsen. Dette ræsonnement er – som det fremlægges i præmisserne – til en vis grad en refleks af de overvejelser, dommeren har gjort sig i den første fase. Men der sker en ændring af perspektivet i og med, at resultatet nu er givet, og at det er de – fremadrettede – præmisser, der skal tages stilling til.

Dommerens myndighed er på dette punkt ganske stor: Har sagsøgeren anført flere selvstændige argumenter for sit standpunkt (der hver for sig er tilstrækkelige til at begrunde sagsøgerens resultat), og er dommeren enig i flere af disse, kan dommeren vælge, om han vil nøjes med at begrunde afgørelsen i et af disse argumenter, eller om han tillige vil omtale og tilslutte sig de andre argumenter. Det står også dommeren frit, om han vil anføre de synspunkter, der begrundes, at han ikke tilslutter sig sagsøgerens øvrige argumenter.

Dommeren kan endvidere ved det enkelte argument afgøre, hvordan hans tilslutning til det skal udformes, om det skal gøres generelt og relativt bredt og dermed omfatte relativt mange sager, eller om det skal gøres konkret eller i hvert fald specielt og relativt snævert og dermed være begrænset til netop en sag som denne eller i hvert fald relativt få sager. Argumentationens rækkevidde fastlægges af dommeren. Parternes standpunkt er ikke afgørende: Selvom parterne måske har forelagt sagen som en principiel sag og ønsket et præjudikat, der kunne åbne for forlig i andre sager, kan dommeren beslutte sig for en konkret afgørelse. Og selvom parterne har præsenteret sagen som helt konkret, kan dommeren komme til at tage stilling til et principielt spørgsmål, f.eks. ved fortolkningen af en lovbestemmelse, selvom parterne ikke havde blik for dette fortolkningsspørgsmål.

Domstolenes stilling til den opgave fremadrettet at fastlægge relevante præjudikater bygger på, hvad man kunne betegne deres „*præjudikatkompetence*“. Den drøftes under betegnelser som dommerkultur eller domstolspolitik. Den ses

her som et udslag af et andet syn på retskilderne end det gængse, idet den tilbageskuende statik erstattes af en fremadrettet dynamik.

IV

Disse to perspektiver – tilbage- og fremadskuen – er ikke altid adskilt så skematisk, som jeg her har beskrevet.

Dommer Zabel gør sig jo allerede fra starten klart, at afgørelsen kunne få betydning for andre sager, og det er en mulighed, at han allerede fra starten har i tankerne, hvilket punkt (hvilket argument) han vil lade være det afgørende, og hvordan det skal tage sig ud som præmis. De fungerer da ikke som to faser, men som to niveauer i sagen.

En anden sammenhæng følger af, at præjudikatet under alle omstændigheder vil blive forstået på baggrund af den konkrete sag. Selvom dommer Zabel overvandt sine modforestillinger og udformede ganske generelle præmisser, der angik meget andet løsøre end det elektroniske udstyr, hans sag angik, ville dommen senere kunne læses med det „forbehold“ eller den ikke-udtalte reservation, at den kun angik en speciel type af løsøre. Den senere fortolker kunne adskille sin sag (om noget andet end elektronisk udstyr) fra Zabels dom og hævde, at Zabels dom uanset den generelle formulering ikke kunne tillægges afgørende betydning. Zabels bekymring ved at skrive en generel formulering i præmisserne er derfor overdreven, hvis han frygtede, at han derved ville styre retsudviklingen i videre omfang, end han kunne overskue, men den var begrundet, hvis han var bange for at lide skade på sin prestige ved at lægge navn til generelle præmisser, der måske senere blev fortolket indskrænkende.

DISSENS

betyder uenighed. Men dissens er ikke bare uenighed, f.eks. ikke den uenighed, der er forudsætningen for en retssag, for dissens bruges som betegnelse for uenighed i en gruppe, et kollegium eller anden samarbejdende kreds af mennesker, hvor der danner sig flere grupper, og en af disse er bestemmende, mens den eller de øvrige standpunkter er – dissenser.

Det er ikke altid, at uenighed i et dommerkollegium finder udtryk i en dissens, og den barriere, der er mod at udtrykke sig i dissens, kan variere fra domstol til domstol, fra dommer til dommer, fra sag til sag. Ofte samles man trods uenighed, hvis det punkt, uenigheden angår, er uden stor betydning – for parterne og for dommens virkning i fremtiden. Mange domme skrives jo til at være begrænset til den konkrete sag, og det spiller da ikke nogen stor rolle om den, der egentlig ønskede et andet resultat, dissenterer. Tværtom kan flertallet måske afstå fra at udtrykke sig principielt og på den måde få alle med i et fælles resultat for det konkrete tilfælde. En principiel uenighed gemmes bort, og i stedet gives en konkret dom, hvor det ikke er umagen værd at dissentiere. Selv hvor der er uenighed på det mere almene eller principielle plan – hvor dommerne ville give en indbyrdes uforenelig beskrivelse af den almindelige retstilstand på området – er det ikke sikkert, at denne forskellighed viser sig i en splittet dom. Forskellighederne kan vurderes som utilstrækkelige i betydning, eller retsområdet er af underordnet betydning.

Der kan være en varierende stemning om en dissens. Da jeg engang (i landsretten, hvor der i civile sager er tre dommere) havde afsluttet min argumentation for et standpunkt, der afveg fra det, mine to ældre og erfarne kolleger i enighed havde støttet, spurgte den ene dommer den anden – med mig som lytter (og måske også den egentlige adressat): „Har du det ikke som mig – der er dissenser, du forstår, og dissenser, du ikke forstår?“ Min netop afsluttede argumentation lagde tydeligvis op til en dissens, der hørte til i den anden – ikke forståelige – gruppe, og spørgsmålet var reelt et råd om at opgive dissensen. Omvendt kan der være sager, hvor et flertal er nærmest interesseret i en dissens: Ikke alle er måske helt overbeviste og påskønner, at dommen ikke fremstår med den styrke, som enighed giver. Eller flertallet er nok overbeviste, men forstår lødigheden i nogle – utilstrækkelige – modsynspunkter og finder det derfor godt, at en dissens bekræfter, at der også er modsynspunkter. I sådanne tilfælde samarbejdes der konstruktivt om udformningen af dissensen, som næsten tager form som en del af en samlet tilkendegivelse. Set udefra er der ingen forskel på disse forskellige typer af dissenser.

I samarbejdet mellem flere dommere om et fælles resultat og præmisser for dette viser der sig næsten altid forskelligheder i vurderingen af sagen. Det er faktisk forbløffende, hvor ofte der er forskelligheder – blot forskelligheder, der ikke er så betydelige, at de kommer over dissenstærsklen, og som derfor ikke er synlige udefra. Man nærmer sig hinanden i en fælles tekst, og kampen om denne fælles tekst er oftest skarpere end den ordveksling, parternes advokater i offentlighed har præsteret under domsforhandlingen. Jo bedre kendskab man har til den konkrete sag og til den juridiske praksis, regulering og litteratur, jo stærkere står man, men positionen styrkes også af såvel retorik som stædighed, der jo får en særlig plads, eftersom det drejer sig om en sag, hvor ingen vil springe fra og dissentiere – man skal (mener man) enes, og drøftelserne må fortsætte, til enighed er nået.

Den dom, der skrives under disse – gængse – forudsætninger, har det fællesskab med et gennemsnit, f.eks. af værnepligtiges højde ved sessionen, at det ikke er sikkert, at der er nogen, der betragter resultatet som lige præcis deres opfattelse. Spørges en dommer bagefter af en udenforstående, hvad der er meningen med en bestemt passage i præmisserne, kommer han til at tænke på de drøftelser, der var om dens udformning, og kan måske gengive to-tre opfattelser, der alle tilnærmelsesvis er udtrykt, men hvoraf ingen er utvetydigt gengivet i præmissen – teksten er jo et kompromis. Der er altså flere „meninger“, og ingen af dem kan bruges som den „historiske“ fortolkning af dommen. Denne diversitet finder man også ved vedtagelser af regulering, f.eks. *love*, hvor forskellige parlamentsmedlemmer jo kan have forskellige meninger om, hvad det er, der er ved at blive vedtaget, eller *aftaler*, hvor parterne har forskellige forståelser af situationen.

Dissenstærsklen er høj i sager, som der er enighed om at forstå som principielle, og hvor alle anerkender et behov for styrende præjudikater, f.eks. med henblik på at styrke forligsmæssige ordninger eller lettere håndtering af en sagspukkel i en administrativ myndighed. Dissentiering vil svække præjudikatets gennemslagskraft og friste til forsøg med nye sager, som sagsøgeren kan håbe kommer til andre dommere med en opfattelse svarende til dissensens. Fravær af dissens giver nogle det – ganske uberettigede – indtryk, at alle dommere, også de, der slet ikke har været med, er enige.

Dommere, der ser sig selv som anonyme vandbærere i Justitias gamle tempel, er nok tilbøjelige til at omgive sig med en høj dissenstærskel. Dissensen er en individuel markering, dommeren træder frem med en tekst, som han eller hun (ofte) udformer alene, den stiller sig næsten op som en anfægtelse af flertallets standpunkt, og den opmuntrer til, at dette standpunkt underkastes en efterfølgende kritik (anke, klage til internationale tilsyn, ny lovgivning osv.). Andre dommere ser sig selv som rekrutteret på et særligt grundlag (hvad alle dommere jo egentlig er), ser det som deres opgave at ud-

trykke det nærmeste, de kan komme til retfærdighed, og betoner ikke institutionen frem for de individuelle dommere – de har en lavere dissensstærskel, og i denne gruppe finder man sikkert en del dommere, der kommer fra undervisningsinstitutioner, hvor individuelle præstationer i undervisning og forskning er kriteriet for succes. Generelt er der i Danmark en meget stærk konsensuskultur blandt dommere, hvilket også forklarer, at danske dommere sjældent „dissentierer på begrundelsen“, dvs. skriver en *egen* begrundelse for et resultat, som den dissentierende og flertallet er enige om.

Dissensen omtales undertiden som „fremtidens ret“. Den retlige nydannelse begynder som en dissens, der som en sprække i jorden før et jordskælv varsler, at noget nyt er under udvikling. Der findes flere eksempler på en sådan udvikling, hvor et dissensstandpunkt bliver til et enigt standpunkt. Den samme udvikling kan findes maskeret således, at dissensens standpunkt bliver grundlag for en omtolkning af flertalsstandpunktet, således at de ord, der anvendes, er flertallets, men ordenes betydning bestemmes af dissensen. Det må så også tilføjes, at der er mange dissenser, som ikke er efterfulgt af nogen varig forandring, men som i det lange perspektiv kan forstås som udtryk for kortvarige divergenser, som ikke har fundet genklang, og som derfor er stilnet af igen. Den, der overvejer at dissentiere, kan jo med god grund stille sig spørgsmålet, til hvilken gruppe den overvejede dissens vil høre, og svaret på dette spørgsmål kan – selvom det jo altid må være usikkert – nok ofte være en vejviser for, om dissensen skal fastholdes, eller man i stedet skal søge tilbage til flertalsgruppen.

I dansk ret blev dissenser i Højesteret gjort tilgængelige i 1936. Man ville – som Steincke udtrykte det – lukke op for „Højesterets mørkekammer“.¹ Det fremgår af de forudgående års voteringsprotokoller, at dissenser forekom. Men

1. *Folketingstidende*, 1930-31, sp. 848.

tendensen til at søge sammen om fælles præmisser har jo været stærk, i hvert fald for dommere, der undertiden var i flertal, undertiden i mindretal. Tilsvarende gælder domstole, hvor der heller ikke i dag kan dissentieres, f.eks. visse kontinental-europæiske domstole og EF-domstolen.

DOMMEN

„Det er først naar man har hørt Afgjørelsens Dør slaa i, at Vishedens jernkolde Kløer graver sig ind i Ens Bryst for langsomt, langsomt at samle sig i Ens Hjærte om den nervefine Traad af Haab, hvori Ens Lykkeverden hænger, saa skjæres Traaden over, saa falder det, den bar, saa knuses det, saa kommer Fortvivlelsens Skrig skarpt gennem Tomheden. – I Tvivl fortvivler der Ingen.“¹

I

På et tidspunkt er afgørelsen truffet.

Vi ser et praktisk forløb: Møder, ensomme overvejelser og skriverier, fælles skrivning, der fortsætter – mere eller mindre omfattende. Det kan være, de siger: Sådan skal det være, nu er det færdigt, og derefter ændres ikke mere, renskrivning og afsendelse står tilbage. Vi putter det i en form, vi skriver på et bestemt papir, det er udsendt på en bestemt måde. Dette definerer det som afgørelse. En bestemt „form“, en præsentation, en særlig måde at skrive eller tale på, et psykisk og socialt forløb, der gennemskæres af et kriterium: Her er afgørelsen, men før og efter dette varierer standpunktet.

1. J. P. Jacobsen: *Niels Lyhne*, København, 1880 (1962 udg., s. 36).

II

Fokus for forståelsen af retten, af retsregler og af retlige procedurer er afgørelsen eller dommen, der afslutter en sag. Det er dommen, der for parterne udgør den endelige fastlæggelse af det retsforhold, de ikke har kunnet enes om. Der kan naturligvis være efterfølgende hændelser – strid om opfyldelsen af dommen, udlæg og auktion. Den dom, der for parterne er den „endelige“, er selvfølgelig den dom, der ikke kan ankes.

I den samlede opfattelse af retten er det den endelige dom, der bestemmer retten. Nogle retsteoretikere definerer retten som den ret, der er indeholdt i domme, og hermed kan tænkes på dommen som konkret afgørelse af et konkret retsforhold eller på dommen som udtryk for en generel regel, som dommen bygger på.

For dem, der er involverede i en sag, er dommen således et endemål, et punkt, hvor der nås afklaring eller fiksering, lovende eller truende, altid med en vis usikkerhed knyttet til sig, som følger af, at retssagens forløb ikke kan forudsiges med fuldstændig sikkerhed – det kan være, at ens bærende vidne pludselig har glemt det væsentlige, eller at modparten har held med at formulere sit misforståede indtryk på en særegent overbevisende måde, der forfører retten. Mange års kamp vindes – eller tabes. Formuer flyttes. Et beskedent håb om at få en anerkendelse indfries – eller skuffes. Afgørelse om samvær med og forældremyndighed over børn – til glæde og fortvivlelse i samme sag.

Med afgørelsen fjernes tvivlen.

III

Helt så endelig er en retlig afgørelse dog ikke. En afgørelse kan påklages, den kan indbringes for domstolene, og selv det nationale domstolssystem er underordnet en internatio-

nal kontrol, der især praktiseres af EF-domstolen, men også af andre internationale domstole og komiteer. Disse muligheder for korrektioner har ikke blot stor betydning for parten, men når det gælder det internationale, også for selvforståelsen hos de nationale myndigheder. Når en dansk domstol behandler en sag, hvor der kan være tale om, at europæisk ret (menneskerettigheder eller EU-ret) kan være relevant, skærpes opmærksomheden om disse retsområders betydning. Den danske myndighed ses som underordnet den europæiske. Hvordan denne position påvirker myndigheden, er jo i og for sig et retspolitisk spørgsmål, som besvares forskelligt.

For nogle er denne underordning noget negativt og stødende, eftersom det bryder med den nationale tradition, der i det juridiske univers giver de nationale hierarkier den bestemmende og udtømmende plads for retlige spørgsmåls afgørelse. Den nationale Højesteret er den øverste instans – ingen over og ingen ved siden af Højesteret. Dette udgangspunkt fører til, at betydningen af det europæiske minimeres eller måske endda negligeres. For andre er det nationale indpasning i en international og især europæisk kontekst noget positivt, fremadrettet og lovende, et led i en international/europæisk harmonisering. Det internationale betydning i den danske kontekst ikke alene tages til efterretning, men betones, og det om nødvendigt på trods af nationale regler og traditioner. Endelig kan indordningen tages som noget neutralt og teknisk: Dansk ret er underordnet europæisk ret, og danske regler og afgørelser må indrettes herefter. Det må ske uden begejstring, men også uden beklagelse – vi indretter os, som en underordnet byret indretter sig på en ændret landsretspraksis. En dansk højesteretsdom var tidligere det højeste præjudikat for andre danske myndigheder, men – når det gælder forståelsen af f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – må den nu træde tilbage for domme fra Domstolen i Strasbourg, ja, også underordnede danske domstole kan finde grundlag for en selvstæn-

dig fortolkning, der afviger fra, hvad Højesteret tidligere har antaget.

IV

Dommen skal afsiges den 15. kl. 12.00. Sagen blev forhandlet i retten den 1., og inden da havde dommerfuldmægtig Zika arbejdet med sagen i en uges tid. Dagen før domsforhandlingen havde Zika skrevet et udkast til en dom, forudseende nok betegnet som „1. udkast“. Stævningen var grundlaget, men hun havde rettet fremstillingen til i overensstemmelse med det, som siden var kommet frem. Dokumenter – skødet, den efterfølgende (hidsige) korrespondance og erklæringen fra den sagkyndige skønsmand – var refereret eller citeret. Kun de sidste præciseringer af påstande og anbringender samt forklaringerne i retten manglede. Dem føjede hun ind i hånden, efterhånden som forhandlingerne langsomt skred frem.

Hun havde også skrevet et udkast til præmisser, men det gav hun ikke til renskrivning, for det ville hun lade være helt privat, til sagen var forhandlet – ikke fordi hun var bange for, at det skulle slippe ud, men for selv at være helt fri, ikke behøve at forklare nogen, hvorfor hun eventuelt „skiftede mening“. Og det var jo meget nærliggende, at der ville komme noget frem, der kunne føre til, at det var rigtigt at skifte mening eller i hvert fald ændre noget i præmisserne.

Domsforhandlingen forløb som forventet, vidneforklaringerne var også som forventet, den sagkyndiges bedømmelse blev dog rokket lidt, fordi erklæringen angav en bestemt temperatur som den faktiske, altså tilsyneladende var baseret på en forudsætning om denne temperatur, men denne temperatur kunne det centrale vidne ikke bekræfte, og dermed var forudsætningen for bedømmelsen jo ikke mere helt sikker. Zika indføjede en udtrykkelig bemærkning herom – „uanset om temperaturen ikke som forudsat af den sagkyndige har været helt så lav som ...° C, finder retten dog ...“ osv.

som allerede skrevet før domsforhandlingen. Det skulle jo nødvendigvis hedde sig, at det var ligegyldigt, hvad der blev forklaret under domsforhandlingen. Zika var imidlertid slet ikke i tvivl. Man kunne selvfølgelig spørge, om den sagkyndige burde have sagen tilbage, med nye spørgsmål. En af advokaterne var inde på tanken under proceduren, men gjorde ikke noget stort ud af det, og han formulerede det slet ikke som et krav om udsættelse og ny forelæggelse for den sagkyndige. Zika var glad for at kunne få sagen afgjort nu, den havde verseret længe nok her. Da domsforhandlingen var slut, annoncerede hun, at dommen ville blive afsagt som anført, dvs. den 15., og at den ville blive faxet til advokaterne (så var hun fri for at afsige den i retten).

Det var først bagefter, hun var kommet i tvivl. Nuvel, sagen kunne ikke udsættes osv., men måske skulle hun alligevel se bort fra den sagkyndiges erklæring, ikke fordi der i og for sig var noget forkert i den, den var jo bare baseret på en forudsætning, som forekom alle rigtig, da erklæringen blev bestilt, men som der altså nu var sat begrundede spørgsmålstejn ved. Zika indføjede allerede den næste dag en mere udførlig tilbagevisning af den usikkerhed, som vidneforklaringen tilsyneladende havde medført. Men det så ikke godt ud. Man kan argumentere så meget mod en grund til tvivl, at det kommer til at virke modsat. Zika lod sagen ligge nogle dage, mens andre ting tog hendes tid. Men så måtte det afklares. Hun afkortede sine kommentarer og fik det hele renskrevet som 4. udkast.

Nu så det bedre ud, men hun var egentlig ikke selv overbevist. Den 8. talte hun med dommeren om sagen, han læste hendes udkast, og han forstod hendes usikkerhed. Men han kunne jo ikke rigtig have nogen mening. Jo, han syntes jo, at en sagkyndig udtalelse, der var baseret på urigtige forudsætninger, ikke var meget værd. Så hvad kunne så bære resultatet? Jo, det var da klart det mest sandsynlige – den sagkyndige bedømmelse var slet ikke nødvendig på dette punkt, havde Zika svaret. Hvorfor havde man så spurgt? Ja, det var jo advo-

katerne, der var enedes om de spørgsmål, så det havde Zika ikke taget så nøje. Nå, så er sagen vel stadig klar?

Det var det, Zika ikke rigtig kunne svare „ja“ til. Måske var dette spørgsmål om temperaturen alligevel mere relevant, end Zika tidligere havde antaget, og måske var usikkerheden derfor mere dramatisk. Om aftenen efter samtalen med dommeren prøvede Zika en ny skrivning, hvor hun gik frem mod det modsatte resultat: „Efter vidnets forklaring (om temperaturen) er der skabt en sådan usikkerhed om grundlaget for den sagkyndige bedømmelse, der udtrykkeligt angiver temperaturen ...° C som forudsat, at det ikke kan lægges til grund at“ – dvs. med modsat resultat til følge. Det lød meget godt. De kunne jo anke, hvis de troede, at de kunne vise, at vidnet havde taget fejl, eller at den sagkyndige udtalelse ikke var afhængig af den anførte temperatur. Zika fik renskrevet denne nye udgave, stadig som udkast (nu udkast nr. 5), men hun følte sig ikke godt tilpas. Måske skulle hun genoptage domsforhandlingen og få stillet nye spørgsmål. Genoptage domsforhandling? Hvad ville de andre sige? Havde hun ikke styr på sine sager? Eller måske skulle hun hellere spørge: Kunne hun ikke overlade til advokaterne at forberede sagerne? De måtte selv tage konsekvensen af, at de ikke havde spurgt ordentligt, de havde ikke gjort nok ud af det med temperaturen.

Hun fortalte om sagen til en af sine venner, der ikke var jurist. Mens hun fortalte, stod det klart for hende, at hun selvfølgelig *ikke* skulle genoptage domsforhandlingen. Hun skulle vende tilbage til det standpunkt, hun oprindeligt havde haft. Der er noget ved ens første bedømmelse af en sag, der skal respekteres og om nødvendigt genkaldes. Vennen forstod ikke rigtig det hele, det var også forvirrende, at hun ikke bare fortalte, men pludselig begyndte at tale om „nu ser jeg ... og sådan skal det være ...“.

Domsudkastet blev rettet til, renskrevet, korrigeret for skrivefejl og „udkast“ blev fjernet. Det var dommen.

Den dag, den blev afsagt og derfor faxet til advokaterne,

tænkte Zika ikke på sagen. Men hun fik næste dag som sædvanlig en kopi af dommen, og hun kom straks i tvivl igen. Det var ikke godt med den temperatur. Også advokaterne – eller i hvert fald den ene af dem – måtte have det dårligt. Dommen blev nok anket. Så måtte landsretten se på det. Det var en trøst, når man tænkte på parterne, men Zika var ikke så fornøjet ved den udsigt – det var ikke den bedste dom, hun havde lavet, og hvad ville de skrive – eller endnu værre: tænke i landsretten? Zika havde søgt om konstitution, og hun ville som mange andre gerne snart være dommer.

V

Det er afgørelsen, det drejer sig om. Det er den, vi venter på. Det er den, vi forbereder. Det er den vi skriver om.

Eller er det?

Parten i sagen spørger til resultatet. Men flere andre aspekter dukker hurtigt op: Parten tænker på muligheden for at få dommen ændret. Kan den ankes, påklages, begæres genoptaget, indbringes for internationale domstole og komiteer? Kan den i hvert fald tages op igen om nogen tid? Og mere generelt: Hvad viser afgørelsen? Hvad betyder den? Dvs. hvad gør den ved det samlede retskildebillede? Er den et skridt i en retning – hvilken retning? Skønsmændens erklæring er f.eks. ikke længere så vigtig i disse sager?

Afgørelsen har et perspektiv, en retning, en tendens, og vi taler ofte om en *intention* – en rettethed mod noget. Variationer heri kan beskrives med udgangspunkt i en enkel domskonklusion:

VI

N.N. er blevet dømt for et drabsforsøg rettet mod sin tidligere kæreste. Konklusionen lyder:

„N.N. straffes med fængsel i 5 år og 6 måneder.“

Hvad er det, der hermed er sagt? Konklusionen kan forstås med flere forskellige – men forenelige – perspektiver, og en udbygning af denne påstand kan vise, hvordan valget af et perspektiv kan variere indholdet af fortolkningen:

- a. Retten fastsætter betydelige frihedsstraffe ved drabsforsøg.
- b. Retten arbejder med et langt lavere strafniveau ved *forsøg* end ved *fuldbyrdet* forbrydelse, uanset at det for gerningsmanden kan være helt tilfældigt, om forbrydelsen er forsøgt eller fuldbyrdet.
- c. Retten har givet en mildere straf end det normale ved mordforsøg.
- d. Retten sænkede ikke straffen så meget som ved tidligere tilsvarende sager.
- e. Retten har bekræftet, at et drabsforsøg mod nærstående straffes med lavere straf end drabsforsøg mod andre.
- f. Retten er på vej til at opgive strafnedsættelse ved drabsforsøg mod nærstående, idet man tidligere ville have givet fem års fængsel.

FEJL

En morgen kommer jeg til mit arbejde, efter den foregående dag at have gemt mig hjemme for at have tid til at forberede mig på dagens sag. Domsforhandlingen i denne ny sag skal begynde kl. 9, jeg ser frem til at høre informative og engagerede advokater forelægge en interessant problemstilling, jeg er godt forberedt, har notater om sagens problemer og skitser til forskellige vurderinger med mig. På trappen møder jeg en sekretær, der kommer inde fra rettens kontor. Hun siger: „Der har været et farligt bøvl med den dom, du havde i sagen fra sidste uge, advokaterne har ringet!“ Jeg slår det hen – der er nok ikke nogen ko på isen, den dom var der ikke noget galt med, selvom begge parter ikke kan blive lige tilfredse. Men i min postboks finder jeg fax og notater om dommen, og det fremgår heraf, at dommen ved en fejl har fået en forkert formulering. At der er en fejl, og hvad den rigtige formulering ville være, er synligt for enhver, der forstår dommens indhold, men fejlen er der, og den kan ikke forblive der. Den må fjernes – men kan dommen „berigtiges“, eller skal sagen genoptages, og hvor meget skal rettes for, at dommen kan blive korrekt? Hvordan kunne denne fejl komme ubemærket igennem mit arbejde med sagen? Har parterne nogen tillid til dommen, når en så elementær og synlig fejl kan passere? Min bevidsthed er nu blevet fyldt af disse nye, uforudsete problemer, der gerne skal finde en afklaring meget hurtigt, inden fejlen medfører skader. Den

klare og friske morgen har ændret lys, luften er tung og spændt. Mit sind, der før var rettet mod den nye sag, er forstyrret, er „rystet“ af det brud på rettens fejlfrihed jeg har bidraget til, af svigtet i min opmærksomhed, der har været en forudsætning for fejlen, og af overvejselen af, hvad der nu skal gøres. Kort før kl. 9 må jeg lægge disse spørgsmål „til side“, gemme dem af vejen, så jeg kan koncentrere mig om den nye sag. Rettens forhandlinger i et lukket rum – retslokalet – uden kontakter til omverdenen er egnet til at fremme en sådan afgrænsning og udskillelse af alt andet end den sag, der nu domsforhandles, og selvom det i korte glimt melder sig, at der ligger noget og ulmer inde i mit kontorrum, kan jeg skubbe det til side og koncentrere mig om den nye sag. Men i en pause må jeg beklemt kontakte advokaterne for at forklare, hvad der kan gøres, og efter kort tid er fejlen rettet, og advokaterne har fået nye domsudskrifter. Fejlen er rettet, dvs. den ses kun som en „berigtigelse“ i de domsudskrifter, parterne nu har, men den kan ikke ses af andre og vil heller ikke findes i den dom, der offentliggøres i *Ugeskrift for Retsvæsen*. Fejlen er faktisk fjernet, sagen er „klaret“, og i dag er det måske kun mig, der af mig selv kan komme til at tænke på den. Så hvis jeg ikke havde skrevet dette, var den måske helt glemt? Nej, parterne – der ikke kommer ofte i et retslokale – er nok stadig forundrede, med god grund. Men i realiteten er det overstået.

En fejl som denne er dramatisk, giver et akut merarbejde for flere andre end den ansvarlige, men den kan klares. En „hverdagsfejl“. Hverdagen er fyldt af muligheder for fejl – enkle og dumme fejl, som enhver kender som en risiko, og som de fleste har oplevet enkelte gange. Der kan ske fejl ved noteringen i kalenderen af, hvornår et møde skal begynde; materialet til et møde er ved en forglemmelse ikke blevet udsendt til alle; der er fejl i stavningen af en af parterne; eller måske er der endda byttet om på navnene på sagsøger og sagsøgt, osv. Det er fejl af forskellig tyngde, om nogle må man sige, at de ganske enkelt ikke må ske, andre må man

leve med som en følge af et lidt presset tempo, som ikke kan dæmpes, uden at andre problemer vil opstå.

Fejl håndteres meget forskelligt. Jeg er selv af den ængstelige type, der har en god fantasi for, hvor mange fejl der kan ske, og i kraft af denne forudseenhed er bekymret for, at noget kan gå galt, og måske derfor ekstra belastet af de fejl, der så sker, og som kan føres tilbage til, at jeg ikke tog bekymringen alvorligt. Andre er mere robuste, sunde om man vil, og ser fejl som irriterende hindringer af et gnidningsfrit forløb af sagsbehandlingen – forhindringer, som gerne tilskrives udefrakommende vanskeligheder eller dumheder, og som selvfølgelig må overvindes, men som ikke umiddelbart opfattes som udslag af egne handlinger eller undladelser; denne holdning giver en enklere hverdag, men kan måske gøre det vanskeligere at forstå og leve med en alvorlig fejl, som ikke lader sig henføre til andre eller andet.

Det kan være vanskeligt at erkende ansvar for fejl. Man er helst fri, for fejl svækker den kollegiale prestige og tillid, og svækker måske især ens selvagtelse. Vanskeligheden skyldes måske dybere set, at fejl netop er noget, der ikke må ske – som forbrydelser ikke må begås – og selvom vi som dommere er fortrolige med, at forbrydelser faktisk bliver begået, er det sværere at tage til sig, at man også selv kan komme ud i det våde, det mørke, det venneforladte, hvor man står (i hvert fald det første øjeblik, efter fejlen er gjort klar for én), for derfra at kravle tilbage til det tørre, men med skidt på støvlerne.

Alligevel dækker disse „hverdagsfejl“ ikke de fejl, der rummer den tunge belastning.

Det er fejl i *afgørelserne*, der rummer en rigtig og varig belastning, og som også indgår i dommerens overvejelser af den enkelte sag. Det er sådanne fejl, en praktiker frygter mest. Muligheden for en juridisk fejl ligger som den bløde rabat på hver side af en ny vej: Man kan køre i forskellig hastighed og placere køretøjet i forskellige baner, men der er en grænse, og kommer man over den grænse, er man i van-

skeligheder. Det kan diskuteres, hvad der skal eller kan gøres, og ofte er der flere – ofte meget forskellige – handlemuligheder, men der er også muligheder, der ikke er tilgængelige. Det er de domme, som ikke bare parten, der taber, men også modpart og andre iagttagere vil ryste på hovedet ad.

Ved undersøgelsen af en sag må jeg forstå sagen, som den har „set ud“ eller „fungeret“ – i en sag om lægeansvar må retsanvenderen sætte sig ind i formelen for et medicinsk præparat eller i en kirurgisk teknik for at kunne *tage stilling* til sagen, men også for at kunne *redegøre* for sagen og for *begrundelsen* af afgørelsen, og det er oftere i begrundelsen end i resultatet, at en fejltagelse vil blive synlig; retsanvenderen har f.eks. misforstået den farmakologiske ekspertise eller forskellen mellem nogle kirurgiske instrumenter. Når afgørelsen kommer ud til dem, der hører til den profession, den vedrører, bliver fejltagelsen hurtigt afdækket, og de, der er utilfredse med resultatet, har en god forklaring på, hvorfor de tabte – dommeren anede ikke, hvad sagen handlede om – og de, der ellers skulle være tilfredse, bliver stumme, fordi de må indrømme, at afgørelsen ikke er acceptabel – den svarer ikke til nogen hævdet opfattelse og kan ikke danne grundlag for en ny opfattelse. Den ligger uden for de opfattelser af fænomenet, som overhovedet kan komme på tale.

I dommerens retlige analyse af f.eks. et fortolknings-spørgsmål kan der være flere argumenter, der kan være brugbare hver for sig, selvom de er uforenelige, og man kan nå forskellige resultater, der hver for sig må anses som juridisk korrekte, om end der kun er ét, der bliver det „gældende“. At juridiske spørgsmål kan besvares på flere måder, der hver for sig kan være rigtige, viser sig klart, når en sag behandles ved flere domstole, der (på samme grundlag) når forskellige resultater, eller ved domstole, hvor dommerne ikke er enige. Selvom der kun er én opfattelse, der slår igennem som det, der definerer retten i denne sag, står det klart, at der – før da – var flere legitime muligheder. Den, der valgte et andet standpunkt end det, der i sidste instans fik flertal,

har ikke – alene af den grund, at standpunktet afviger fra det „officielle“ resultat – begået en fejl. Hvordan disse flere handlemuligheder bestemmes og afgrænses, og hvorfor nogen vælger den ene mulighed, andre en anden, er interessante spørgsmål, der ikke skal behandles her. For her er det „ydergrænsen“, der interesserer, nemlig grænsen til de „forskelligheder“ fra det officielle, der udgør fejl.

Den juridiske diversitet har en ydergrænse, og det er en hovedopgave under overvejelsen af en sag at gøre sig denne grænse klar. Det er i denne opgave, at juristens kvalifikation viser sig. Den, der argumenterer ud over ydergrænsen for den juridiske diversitet, diskvalificerer sig. „Det kan man ikke!“ Eller de, der debatterer, vender sig bort fra den pågældende, for det „fejlagtige“ synspunkt er ikke interessant, ikke værd at høre på. I de juridiske debatter, der udspiller sig i tidsskrifter, i procedurer og i voteringer, er der sjældent tvivl om denne ydergrænse. Debatten befinder sig inden for denne, men har som antydning alligevel ofte en betydelig bevægelsesfrihed.

Opbygningen af en juridisk argumentation indebærer en stadig stillingtagen til denne ydergrænse. Heri ligger, at der bestandig skal tages stilling til spørgsmål, der ikke direkte har med sagens afgørelse at gøre, men som angår afgrænsningen af de muligheder, som sagen rummer. Kan man det? Kan jeg f.eks. i en sag om fortolkning af et direktiv fra EU tillægge forarbejder til direktivet betydning – skal jeg (efter EU-retten) det, eller er det tværtom uden betydning? Det må jeg „vide“, og hvis jeg udtaler mig for kategorisk om dette uden at vide besked, risikerer jeg at gå galt, dvs. gøre noget gældende, som ikke kan forenes med, hvad der antages af EU-retten, af EU-professorer, af EF-domstolen i Luxembourg osv.

Grænsen til det fejlagtige er kun den ene side af juristens smalle sti. Til den anden side – bjergsiden – drages blikket mod det rigtige, det virkelig gode, det vellykkede. En filminstruktør har talt om kunstnerens balance mellem angsten for

at fejle og jagten på det sublime¹, og på tilsvarende måde her: *Juristen jager det retfærdige i stadig angst for at falde i en fejltagelse*. Dilemmaet kompliceres af, at det netop kan være, at den højest opnåelige retfærdighed kan nås ved at begå en „fejl“, dvs. at gøre noget, som alle hidtil ville opfatte som fejlagtigt. Fejlen kan omdefineres, den bliver nu et nyt og accepteret mønster, en ny vej til det retfærdige.

1. Thomas Vinterberg i DR2 i januar 2003.

FORDOMSFRIHED

I

Det mindste, man kan forlange af en dommer, er, at han eller hun er fordomsfri, dvs. ser på sagen uhildet, uden forudannede opfattelser om parterne, deres konflikt, deres rettighe-der og pligter. Derfor findes der en række regler, der udelukker en dommer som inhabil, f.eks. hvis dommeren forinden har beskæftiget sig med sagen, er ven eller slægtning med en af parterne, eller har tilkendegivet en mening om konflikten ved en tidligere lejlighed. Disse krav til dommerens habilitet er i de senere år blevet skærpet.

II

En velhavende familie bor i en stor villa i byens periferi. Huset ligger på skrænten mod syd og har i stueetagen tre store stuer, der vender mod syd. Manden og hustruen har lagt stor vægt på møbleringen; møbler, tæpper og billeder er dels bragt sammen fra deres to familier, dels indkøbt i tidens løb; hvert rum har sin karakter, og helheden er smukt afstemt. Børnene færdes trygt i rummene, men med ubevidst stor varsomhed over for kostbarhederne. En dag ringer telefonen, manden kaldes til, tanten i hovedstaden er død og har efterladt ham et chatol – det chatol, han som dreng ofte sad

ved, når han besøgte hende, og hvor han tegnede og gik på opdagelsesrejse i de mange skuffer og hemmelige rum.

Manden og hustruen taler om, hvad de skal gøre med chatollet. Manden vil rydde den østlige stue, dvs. fjerne alle møbler, tæpper og malerier. Væggene skal males, de skal være hvide for ikke at påvirke indtrykket af chatollet, der skal stilles ved den længste væg, så der er plads til at se på det fra alle sider. Eventuelt må der opsættes en snor, så ingen kommer for tæt og beskadiger klenodiet. Hustruen er mere praktisk. Hun vil flytte et lille bord fra den østlige stue op i soveværelset og fjerne det billede, der nu hænger over det, det trænger til en konservering, og så er der plads til chatollet, det vil dække skyggen efter billedet. Kun ved at stå sammen med de andre møbler, som det passer så fint med, vil chatollet komme til sin ret. En lyseblå vase på chatollets klapp vil kunne fremhæve den varme polerede mahogni. Børnene kan selvfølgelig sidde ved det og lege, som deres far i sin tid gjorde.

III

En tvist kommer ikke ind i et tomrum. Fordomsfrihed er ikke et ryddet sind, et ubeskrevet blad, et dommerhoved uden indhold. Dommeren kender ikke bare loven, men har måske deltaget i mange afgørelser om nogenlunde samme sag som den, der nu skal behandles. Han kender advokaterne – den ene tung og uinspirerende, oplæser af det medbragte manuskript, som han måske ikke engang selv har skrevet, og det, han oplæser, er fortrinsvis citater fra litteratur og domme, som dommeren kender på forhånd, den anden advokat dynamisk og engageret, ikke analyserende, han kender sagen, men vil ikke fokusere på dens problemer. Dommeren ser f.eks. på lejeretten som en „beskyttelse af lejeren“ – det er også det formål, der blev fremhævet, da den blev indført – og ser derfor gerne på en sag fra lejerens perspektiv. Udleje-

rens advokat vil sikkert påpege de uendelige problemer, det vil give, hvis lejerens får medhold, men sådanne blanke udsagn har ikke nogen genklang hos vores dommer. Udlejerens har tabt mange sager hos denne dommer. Enkelte er blevet anket og ændret i landsretten. Vi må indrømme, at med hermeneutikkens begreber har denne dommer „fordomme“, for han ved og antager en masse, og det er dette, der er udgangspunkt og grundlag for, at han overhovedet kan beskæftige sig med sagen. Men i alt dette ligger der ikke nødvendigvis nogen hindring for, at dommeren er fordomsfri i den betydning, vi efterstræber, når vi forlanger fordomsfrihed. Mens ingen kan være fri for fordomme, kan nogen være mere bundet af fordomme, end godt er, så det, der er pointen, er måske at kunne bevæge sig frit blandt sine fordomme, at kunne trække dem frem eller endda acceptere, at andre trækker dem frem til kritisk analyse, og endelig at fordomme ikke sætter sig på resultatet, at resultatet stadig er frit, fordomme er præmisser, og disse præmisser er ikke irrelevante, men de er heller ikke konklusive. Den tunge og kedelige advokat kan godt være den, der vinder. Den, der har vundet flest sager, har ikke vundet alle sager og vinder heller ikke nødvendigvis denne. Dommeren starter med at se på sagen, som den ser ud fra lejerens synsvinkel, han kan se, at lejerens let kunne have gjort noget mere for at afværge det uheld, der førte til konflikt, og han er i stand til at springe over og se sagen, som den ser ud for udlejerens, og kan med dette udsigtspunkt se efter, om der er mening i at forlange mere af udlejerens. Fordomsfrihed er ikke fravær af forhåndsopfattelser, men frihed i bevægelsen mellem disse og resultatet og evne til kritisk refleksion over disse. Eller med et andet ord: bevægelighed.

FORGÆNGELIGHED

Retten dannes og udvikles af mennesker, retten forandres af mennesker, og retten angår forholdet mellem mennesker. Retten præges derfor af det menneskelige forhold, at mennesker er forgængelige. I det ene øjeblik er man der og gør sig gældende eller bliver gjort gældende, i det næste er man borte:

Julius Lassen, der levede 1847 til 1923 og var professor i retsvidenskab fra 1881 til 1918, skrev bl.a. en *Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del*, 1892 (3. udgave 1917-20) og *Speciel Del*, 1897. Hans murstenstykker fremstillinger af den almindelige og specielle obligationsret blev påberåbt i privatretlige sager af næsten enhver art, de blev læst og anvendt også i de andre nordiske lande, og de var en inspiration for det nordiske lovsamarbejde og for en ensartet retsudvikling inden for privatretten. Han var en dominerende person omkring forrige århundredskifte ved etableringen af en obligationsret, nok frygtet af nogle, men især læst, respekteret, beundret og diskuteret af næsten enhver af datidens jurister i Danmark og de øvrige nordiske lande.

Fra at være en retningsgivende autoritet er Julius Lassen rykket ned i fodnoternes knappe referencer, „Snart er man Ørn, snart er man Kryb“,¹ og i dag kendes Julius Lassen af

1. Poul Martin Møller: *En rekonvalescent, i Scener i Rosenborg Slotshave, 1820-21* (Efterladte Skrifter, Bd. I, 1839).

næsten ingen. Hans navn findes ikke engang i fodnoterne i de seneste fremstillinger af obligationsretten, og den advokat, der trækker ham frem under en procedure i en retssag, vil dermed blot lægge afstand til „ældre, nu forladt opfattelse“ eller må mistænkes for at ville aflede opmærksomheden fra det væsentlige.

Det gælder om at markere sig, og det er blevet moderne, at også domstolene markerer sig. Dommerne skriver prægnante præmisser, der lægger tidligere, forældet praksis bag sig. Forfattere af monografier og lærebøger lægger deres nye teorier som tæpper over forgængerens værk. Den hastige udvikling i de sociale og teknologiske forhold, retten tilpasser sig, øger også tempoet i udskiftningen af, hvad der er det ledende præjudikat eller den anerkendte fremstilling på området. Det er vigtigere, at en opfattelse er hævdet *for nylig*, end at den har en ældre, ærværdig *oprindelse*.

Den, der markerer sig, gør det ofte på en andens bekostning. Det, der trækkes frem, sætter noget andet i skyggen. Den, der „overruler“, dvs. laver en domspræmis, der tilside-sætter en præmis i en ældre dom, markerer sig. Men den ældre dom forsvinder i glemslen. Og jo mere tilbøjelig man selv er til at skrive markante præmisser, jo hurtigere må man være forberedt på, at andre vil sætte ens præmisser i glemmebogen.

FORLØB

En sag gennemlever et forløb, den har sin gang.

I

Sagen begynder som et nummer eller som et navnepar, der som regel er uden egen mening (Andersen mod Petersen). Den er som en pakke i glattet karduspapir, den er uden forbindelse med mig, uden nogen indholdsmæssig appel. Jeg ville gå forbi den, som var det et menneske, der sad med lukkede øjne, hvis det ikke lige var, fordi det er mit arbejde at tage mig af den. Jeg fokuserer på den, fordi det er en opgave, jeg skal bidrage til at få løst. Men til en optakt giver den mig ikke andet igen, end at den bekræfter, at jeg har noget at lave, at der er noget, jeg skal tage mig af, men den holder det endnu hemmeligt, hvad den angår, hvad det er for mennesker, der optræder i sagen, hvad det er for et retsområde, sagen bevæger sig på, og hvad det er for problemer, den aktualiserer og dermed stiller mig. Den er som en invitation fra en ven, der har bosat sig et sted, jeg ikke kender og aldrig ville opsøge, hvis det ikke lige var på grund af invitationen, som jeg ikke kan sige nej til.

Sagen ligger på mit bord, og da den endnu er uåbnet, bevarer den spændingen, om den er let eller besværlig, principiel eller konkret.

II

Stemningen skifter, når sagen er åbnet, dvs. når jeg begynder at orientere mig i den. Det viser sig at være en sag inden for et retsområde, jeg ikke er ekspert i, jeg forbinder ikke noget med de stridsspørgsmål, jeg overfladisk har set omtalt, jeg kender ikke enkeltheder i de regler, der henvises til, og jeg har intet kendskab til den praksis, der sikkert foreligger. Min spænding knyttet til sagens hemmelighedsfulde muligheder er blevet erstattet af en viden om min uvidenhed – „dette ved jeg intet om!“, siger jeg til mig selv, overdrevent mistroeligt, for jeg ser kun en sag som en formel struktur: parternes påstande og anbringender, som vel på en ikke helt gennemskuelig måde modsiger hinanden, og et regelsæt, hvis eksistens jeg har kendt længe, men hvor jeg ingen viden har om, hvad der hidtil er afklaret, og hvor der eventuelt ligger gamle faglige stridigheder, udfoldet gennem årene i tidsskrifter og lovkommentarer, som jeg nu måske skal være med til at tage stilling til.

Min forestilling om en blank uvidenhed er bedragerisk, selvbedragerisk, for jeg kan jo kun tage fat på sagen ud fra den viden om retten og sager i almindelighed, jeg naturligvis har, og de fornemmelser, som det foreliggende aktiverer hos mig. Mit skrivebord er blankt, men mit beredskab er aktiveret.

Fra den glatte hemmelighedsfuldhed kommer jeg til en „punktvis“ orientering. Jeg ved, hvad sagen drejer sig om. Spørger en kollega til sagen, kan jeg svare: „Den angår noget lejeret om forholdet mellem en parkeringskælder og regulerede lejemål“ eller „Det er spørgsmålet om en godtgørelse til en fyret agent“. Men jeg kender kun det formelle, den tekniske struktur, jeg forstår reelt ikke noget, jeg mener ikke noget, jeg har ikke nogen „føling“ med sagen, den siger mig ikke noget. Denne orientering er punktvis, fordi den kun an-

går isolerede punkter, der endnu ikke hænger sammen i en meningsfuld helhed. Der er noget uindfriet, noget forventningsfuldt ved denne fase. Jeg nærmer mig min ven i det ubekendte, og på vejen frem gør jeg mig mine forestillinger om huset, landskabet, indretningen, det er formålet med min rejse at få disse forestillinger konkretiseret, bekræftet eller afkræftet, forestillingerne er kun mine øvelser i, hvordan forskellige elementer kan tænkes, hvordan de kan kombineres, og hvad jeg mon ville mene derom, og hvad jeg skulle sige dertil. Jeg nærmer mig mødet med den fulde sag ved at tilegne mig alle dens isolerede bestanddele, der ikke kan fortælle mig noget om slutresultatet. Det er min opgave at blive engageret, jeg er det ikke, og det ved jeg.

Læsning om selve sagens konkrete forløb, som det fremstilles i f.eks. domme eller i sagens materiale, bringer mig ofte ikke videre. For jeg ser ikke det, der skal appellere til mig. Der er ikke noget i det opgør, der skal ske mellem parterne, der umiddelbart forekommer mig rigtigt eller forkert, det ligger for fjernt fra de holdningsmæssige fikspunkter, der ellers udgør forankringen af mine vurderinger, mine følelser er stadig fraværende eller i hvert fald tøvende og tynde – man kan have en tilbøjelighed til at ville støtte en lejer eller til at være mod „beskyttende“ (intervenierende) kontraktregulering, eller man kan have sympati for agenten, der er i strid med sin tidligere arbejdsgiver, eller er det egentlig ikke bare to kontraktparter, der måtte kunne finde ud af det på egen hånd? Disse fornemmelser er ganske usikre og viger hurtigt, den ene giver plads for den anden, og de øger måske bare usikkerhedsfornemmelsen.

III

Den tredje fase: Jeg studerer de normative positioner, som er fastlagt i love og andre regler, i traditionen bestående af domsafgørelser og administrative afgørelser, og i den juridi-

ske litteratur. Den punktvisse orientering uden sammenhængende mening erstattes af nogle mere specifikke og systematiske spørgsmål. Jeg har nu nogle udgangspunkter, hvorfra sagen kan vurderes. Puslespillet er ikke lagt, men der er nogle brikker, der tydeligvis tilsammen kan være et træ, andre en bil, osv.

Ikke at al usikkerhed er forsvundet bare, fordi loven og andet normativt er kommet på banen. Der er flere lovbestemmelser, der er inddraget, og de stemmer ikke indbyrdes, og der er flere domme, og de er heller ikke i åbenbar indbyrdes harmoni. Alligevel ændrer dette materiale stemningen, fordi det angiver den tradition af vurderinger, som sagen må ses ud fra – fordi det er denne tradition, sagen selv er vokset ud af, det er den tradition, der har ført til, at sagen ikke er afviklet tidligere, og det er den tradition, som vores afgørelse skal forholde sig til ved at præcisere den på en sådan måde, at en tilsvarende sag (og måske også andre typer af sager) kan bedømmes mere entydigt.

Det foreliggende retlige materiale byder på flere forskellige vurderingsmåder. Om parkeringspladser skal finansieres af beboelseslejen, vurderes af nogle domme efter, om parkeringspladserne er afgrænsede med mure (dvs. er garager), af andre efter, om der er bygningsmæssige adskillelser (egentlige garager ikke nødvendige), og af andre efter, om pladserne findes i et afgrænset rum. Andre domme handler om noget „lidt andet“, men dog stadig om parkeringspladser i lejeretten, og også dem må jeg orientere mig i og efter. De forskellige perspektiver – givet af love, domme osv. – lader sig nu formulere som „problemstillinger“, jeg kan anføre de forskellige domme i forbindelse med de relevante problemstillinger og se på, hvilket materiale der støtter det ene resultat, hvilket et andet.

De vurderinger, som jeg „henter“ i materialet, reflekterer mine egne vurderinger. Jeg „læser“ en lovbestemmelse anderledes end min kollega – viser det sig senere, og forskellen kan være, at vi læser den med forskellige erfaringer eller

perspektiver. Denne problemformulerende fase består således ikke blot i at ordne et materiale, der er givet mig – som f.eks. ligger gemt i sagschartekket. Jeg skal få orden på alt det materiale, der er knyttet til sagen, men det er netop mig, der skal få orden på det, og det er derfor min orden, der kommer ud af det. Når jeg ikke bestemmer alene, må „min orden“ sammenholdes med de andres „orden“, og denne proces forbereder jeg mig på fra starten. Jeg skal ikke bare nå min egen indsigt, jeg skal kunne argumentere for den – dels for at demonstrere min faglige lødighed, dels for at overbevise kolleger, der måtte være i tvivl, og endelig for at levere stoffet til den argumentation, vi senere skal formulere i dommen.

I denne problemformulerende ordningsproces „æder“ jeg mig gennem materialet, sagen „konsumeres“, og min lødighed viser sig især ved ikke at overse materiale, der taler mod de resultater, jeg vil argumentere for. Men ikke alt kan komme med – jeg kan ikke undersøge alt, jeg kan ikke analysere alt, og jeg kan ikke drøfte alt med mine kolleger. Noget må rammes af glemsel.

IV

Afsluttende former jeg mit standpunkt – hvad jeg mener. Standpunktet er ofte gemt i problemformuleringen – når sagens problem (eller et af dem) er formuleret, er standpunktet ofte givet. Problemformuleringen sættes af de vurderinger, der er de bestemmende, og dermed er det grundlag, der kunne føre til et andet resultat, i realiteten fravalgt. Når én siger „*Problemet er ...*“, så ved vi ofte, hvad svaret vil blive. I andre tilfælde er problemformuleringen åben – dvs. den efterlader adgang til vurderinger, som fører til forskellige svar, og problemformuleringen er mere ordnende end bestemmende. Efter min opfattelse må en parkeringskælder anses for et „husrum“, og dermed er givet, at den som ud-

gangspunkt ikke vedrører lejerne, mens de andre dommere mener, at kælderens formål er at stå til rådighed for bl.a. lejerne, der kan leje en parkeringsplads, og deres udgangspunkt er dermed, at kælderen hører til lejemålene som et „udenomsrum“. Vi starter i forskellige problemstillinger og når forskellige resultater.

Nyt materiale eller en ændret vurdering kan rokke ved et standpunkt, jeg troede at være nået til. Så længe ikke hele sagen er gennemført – og det er den først, når domsforhandlingen er afsluttet – kan jeg ikke være sikker i mit standpunkt. Et standpunkt er kun et foreløbigt standpunkt. En problemstilling er derfor også kun en foreløbig problemstilling. Den bevægelighed, der følgelig er nødvendig, muliggør en stadig indarbejdning af nyt materiale og nye synspunkter.

Men over for nyt materiale og nye synspunkter er det ikke altid muligt at komme tilbage til det punkt, hvor jeg måske ville have fulgt en anden kurs, hvis jeg havde kendt det, der nu er kommet frem. Mit øje er blændet, jeg kan ikke skifte perspektiv, det er for sent, jeg forstår ikke det, du kommer med, det er ikke relevant, jeg holder fast – og jeg er i mit indre ikke sikker på, om det er mig, der er stædig, eller den anden, der tager fejl.

Den, der på denne måde overvejer en sag før et møde om sagen – som dommeren, der forbereder sig på en domsforhandling – kommer derfor til mødet med en sær usikkerhed med hensyn til, hvad der kommer frem, og hvad der kan udfordre det standpunkt, som er nået. Der er et element af noget fordomsfuldt, og det er kun ved at betone den uafbrudte bevægelighed, at mødet kan få sin funktion, nemlig at give mulighed for at fremskaffe og drøfte, hvad der på dette stadium er mangelfuldt belyst.

Kan denne fordomsfuldhed undgås? Det er ikke nogen løsning at møde uforberedt – nok ville den mødende ikke have nogen fordom, men han/hun ville heller ikke have nogen mening om, hvad der skulle ske, hvad der kunne være meningen med mødet, hvor der kunne spørges, og hvor der

skulle ties. Uden de fordomme, der ligger i nogle – foreløbige – vurderinger og indsigter, kan sagen slet ikke forstås, og uden en forhåndsbedømmelse af det materiale, sagen nu rummer, giver det ikke mening at deltage i et møde om sagen. Svaret på fordomsfuldheden er således ikke at fjerne fordommen, men at aktivere bevægeligheden.

Når standpunktet endelig er nået, indtræder en sikkerhed, en fortrøstning om, at her har jeg nået et resultat, mit resultat er et svar på det problem, sagen har stillet, og mit resultat stemmer med sagen. Det mærkes i tanken som en genkaldelse af sagens struktur, dens mange punkter og underpunkter, som jeg alle kan forholde mig til, og som tager hensyn til alt – efter min opfattelse – relevant, og det mærkes i kroppen som en ro, en afspænding.

Sagen er slut for mit vedkommende.

FORNEMMELSE

er et ord, man ikke finder i juridiske fremstillinger. Der tales om overbevisninger og faktum, om gældende ret og argumenter for det ene og for det modsatte. Fornemmelsen er derimod noget usikkert, noget famlende, noget man begynder med. Ved den første orientering i en sag danner der sig en fornemmelse. Advokaten lytter til klientens fremstilling af sin sag ved deres første møde, dommerfuldmægtigen gennemser en stævning med dens krav og – ensidige – sagsfremstilling, landsdommeren bladrer i den indankede dom, som begge parter på forskellig måde er utilfredse med. Man får en fornemmelse, „en vis (oftest: følelsesbetonet) opfattelse med hensyn til noget, som dog ikke med fuld sikkerhed kan påpeges eller bevises“, som det lidt knirkende hedder i *Ordbog over det danske Sprog* V, 1923. Fornemmelsen kan have en moralsk side og særligt ytre sig som en „dårlig fornemmelse“, ofte knyttet til noget, man selv har gjort, men uanset om det er en selv eller en anden, er fornemmelsen blot en følelse, man har for sig selv.

Ved ethvert møde med en sag danner der sig et indtryk („a hunch“), en associationsbestemt forestilling om noget, man egentlig ikke ved noget videre om. Jeg har netop set på en sag om et advokatfællesskab, hvor en udtrædende advokat forlanger sig fritaget for de løbende forpligtelser, som fulgte af et lån til istandsættelse af advokatfællesskabets kontor.¹

1. *Ugeskrift for Retsvæsen* 2000 1021 H.

Jeg ved ikke meget mere om sagen, end hvad jeg netop har skrevet i forrige sætning. Jeg ser sagen som en gentagelse af de forestillinger, jeg gjorde mig, da jeg for 25 år siden boede i et boligkollektiv, hvor beboere flyttede ind og ud, og hvor der bestandig blev taget stilling til ind- og udtrædendes pligter og rettigheder. Min opfattelse af sagen er nærmest domineret af denne genoptagelse af for længst tilbagelagte og uaktuelle retsforhold. Fornemmelsen bliver således stærkt præget af min erfaring, af at mine erfaringer udfylder og tildeler mening til de få oplysninger om den nye sag, jeg har skaffet mig. Jeg taler med min sidemand ved frokosten om min „fornemmelse“ – jeg har sympati med den udtrædende. Fornemmelsen har altså en realitet, og det ikke blot som emne for informel snak. Fornemmelsen er det udgangspunkt, der giver sagen mening for mig. Uden fornemmelsen ville jeg ikke have nogen interesse eller fatte nogen mening.

Fornemmelsen bygger med andre ord på mine fordomme – hvor fordomme anvendes i en mere neutral betydning end sædvanlig, nemlig ikke som udtryk for en indgroet og urokkelig forhåndsopfattelse eller forudindtagethed, men som betegnelse for de „domme“ eller anskuelser, der fylder en sansning (lytten, læsen, høren, seen osv.) med mening. De er „for“domme, fordi deres rod er ældre end sansningen, men de er aktuelle, idet de ikke blot giver mening, men jo også afskærer andre meninger. At give en mening indebærer at ikke-give andre tænkelige meninger. At kende sine fordomme er derfor en god kilde til forståelse af ens forståelses grænser.

Andre dommere vil gribe sagen med andre fordomme – nogle har måske erfaringer fra advokatkontorer, hvor de selv har været involveret i tilsvarende konflikter, andre har erfaringer fra erhvervsmæssige samvirker eller står midt i en ægteskabelig skilsmisse, der farver alt. Vi nærmer os sagen med forskellige fordomme – eller, som man siger med en metafor fra et orienteringsløb eller en skulpturudstilling: Vi nærmer os sagen fra forskellige sider.

Fornemmelsen og dens grundlag i fordomme er således vigtig som en evne, en kapacitet til opfattelse af en sag, et menneskes karakter, en konflikts særlige træk. Der er nogle, der er usædvanlig stærke i kunsten: ud fra nogle antydninger og spredte oplysninger at danne sig et indtryk, der direkte fører dem frem til de spørgsmål, som (vi) andre må mange omveje – ledt af vildførende fordomme – for at nå frem til. De har en god fornemmelse, de har „næse“.

Et vigtigt træk ved fornemmelsen eller det usikre indtryk er muligheden for forandring – en fornemmelse revideres eller forlades. Uden denne modtagelighed for nye indtryk bliver fornemmelsen til en fordom i den dårlige betydning – urokkelig forudindtagethed. Men med denne foranderlighed er en fornemmelse noget, man kan tale om, og det kan være meget oplysende at høre om andres fornemmelser, fordi det åbner sanserne for andre – stadig også usikre – forståelsesmuligheder. Men da fornemmelser netop ofte tages som fordomme, er det ofte noget, man snakker lidt sagte om.

Fornemmelsen er foreløbig, et stadie på vejen frem mod en stillingtagen. Advokaten tager ikke stilling til, om han vil tage sagen, før han har fået lejlighed til at gennemgå papirerne, dommerfuldmægtigen beslutter sig efter at have set stævningen igennem ikke for mere end at bede sagsøgeren sende nogle bedre kopier af påberåbte bilag, og dommeren skal læse alle sagens akter og høre parternes fremstilling, før han beslutter sig. Alle disse kommende indtryk og overvejelser ser fornemmelsen bort fra. Fornemmelsen er derfor i og for sig ingenting, uden interesse, for ingen har besluttet sig. Fornemmelsen forsvinder, idet den erstattes af en opfattelse, måske en overbevisning, en sikker antagelse eller en usikkerhed, hvis karakter kan beskrives. Men det er i kraft af fornemmelser, at vi når frem til noget mere sikkert, noget vi tror på og vil satse på. Fornemmelsen er tilbagelagt – ligesom man på høje tuer springer over en eng for at nå frem til det tørre. Vi har lagt fornemmelsen bag os, men det er fornemmelsen, der har bestemt vejen.

Fornemmelsen kan godt dukke op igen, når man står på det tørre – når man egentlig har besluttet sig. Efter at have taget stilling til en sag om udvisning af en chilener – der tidligere var idømt mange års fængsel og nu var endt som nar-koman – siger en dommer på vej ud af retten: Det er nu min fornemmelse, at det ulykkelige var, at han ikke kunne få en praktikplads efter det første år på EFG-uddannelsen. Dommeren genoptager et tema fra den udvistes triste karriere i Danmark og formulerer en opfattelse af, hvor det var gået galt i den udvistes liv. Dette var ikke omtalt af advokaterne under proceduren, og det blev ikke udtrykkeligt berørt under voteringen som skæbnesvangert. Men det har måske været et led i denne dommers fornemmelse for sagen – chileneren var som (søn af en) flygtning kommet til Danmark, hvor han gik ind i det danske uddannelsessystem – og her fik han så ikke det, som de fleste danske får i samme situation: en reel adgang til en afsluttet uddannelse, formodentlig på grund af etnisk diskrimination. Dette moment kan jo ikke være eneafgørende, men det kan være den første streg i en tegning af den indvandrede som noget mere end en kriminel. At det gør sig gældende som en fornemmelse, fortæller ikke noget sikkert om resultatet – det kan gøre sig gældende såvel hos en dommer, der stemmer for udvisning, som hos en dommer, der stemmer imod.

En fornemmelse kan vise sig at være „helt forkert“: „Jeg troede først at ... men så hørte jeg vidnets fremstilling.“ At fornemmelsen viser sig at være forkert, er ikke ensbetydende med, at den opfattelse, der er trådt i stedet for fornemmelsen, og som vi altså tror på nu, bare er rigtig. Den er rigtigere, fordi den bygger på et mere omfattende materiale, indbefatter en større mængde af erfaringer og refleksioner. Men bliver vi ved, kan også den velfunderede mening vise sig at skulle korrigeres.

FORTÆLLINGEN

Retlige tvister drejer sig ofte om at vælge mellem forskellige fortællinger.

I

Den ene part fortæller, at han mødtes med modparten ved en messe, at de indgik en aftale om levering af en større mængde nærmere bestemte varer, og at denne aftale, der viste sig at være meget fordelagtig for denne part, for længst skulle være opfyldt. Han har sat købesummen ind på en bankkonto og er således rede til at betale. Den anden part indleder også sin fortælling med mødet på messen, men han mener nu ikke, at de blev enige om mere, end at han skulle sende noget materiale til modparten, der så skulle træffe en endelig beslutning. Det var slet ikke afklaret, hvor meget der skulle leveres, og prisen var ikke fastsat. Han har ikke fortrudt, men har tværtom ved at udskyde aftalen sikret sig mulighed for at analysere opgaven nærmere, end det var muligt ved mødet på messen.

Domstolen skal vælge mellem disse to fortællinger. Disse fortællinger kommer til retten i form af „fremstillinger af sagen“, først i stævning, svarskrift eller andre processkrifter, senere i mundtlige indlæg. Domstolen kan ikke frit beslutte sig for en tredje fortælling. Domstolen skal tværtimod kon-

trollere, at parterne holder sig til de fortællinger, der danner en ramme for sagen. Ved en afhøring af et vidne, som overværede samtalen mellem parterne, kan den ene parts advokat måske blive fristet til at søge efter en tredje løsning. Men det er ikke muligt, medmindre der først sker en ændring af sagens ramme – med godkendelse af nye anbringender (argumenter) og påstande (krav), eller at den allerede foreliggende ramme kan fortolkes således, at den indeholder den tredje løsning som en mulighed.

II

Bindingen til parternes fortællinger udelukker en vis modifikation eller fravigelse. Rammen må fortolkes. Har sagsøgeren krævet levering af 200 enheder, kan det være, at sagsfremstillingen og de tilhørende anbringender ikke udelukker, at domstolen lægger til grund, at der blev indgået en aftale om 150 enheder – som det mindre i det mere.

Det er ikke uden problemer, at domstolenes sagsbehandling på denne måde er bygget op på fortællinger. Det kan ved en sags begyndelse være svært for myndigheder, advokater eller andre at have nogen bestemt mening om, hvad der er foregået, og det er da ikke muligt at give en sagsfremstilling. Det er da ikke muligt at indlede en sag – civil eller kriminel. Der er forskellige veje, man kan følge: Politiet kan naturligvis efterforske uden at have nogen præcis sigtelse fra start, men det må man have, hvis der skal anholdes eller fængsles. Der kan i civile sager afholdes en „anteciperet bevisførelse“ (bevisførelse inden sagsanlæg), men det tager mere sigte på beviser, der er ved at forsvinde, end på en undersøgelse uafhængig af en sagsfremstilling.

III

Den ramme for sagens afgørelse, som ligger i parternes oplæg, indebærer, at dommeren i sin overvejelse af sagen bestandig konfronterer det materiale, den indeholder, med de fortællinger, parterne har lagt frem – og med de fortællinger, som dommeren kan tillade sig at skabe ved at modificere eller fravige parternes oplæg. Der kan være temmelig mange fortællinger til bedømmelse. Det er sjældent, at en part kun præsenterer en enkelt fortælling. Ved at „nedlægge flere påstande“, dvs. gøre flere krav gældende, i en angivet rækkefølge med et som det „principale“, de øvrige som „subsidiære“, „mere subsidiære“ osv., og ved at støtte de forskellige påstande på flere forskellige „anbringender“, dvs. argumenter, kan den samlede mængde af „mulige fortællinger“ i betydningen „fortællinger retten kan tage under bedømmelse og eventuelt lægge til grund“ blive temmelig uoverskuelig.

Dommerens opmærksomhed samler sig derfor ofte om nogle, mens andre betragtes som indtil videre „urealistiske“, uden interesse. Denne frasortering sker jo på det grundlag, dommeren er bekendt med på et givet stade af sit arbejde med sagen. Jo før frasorteringen kan ske, desto bedre hjælper frasorteringen til at forenkle arbejdet med sagen. På den anden side: Jo før frasorteringen sker, desto større er risikoen for, at frasorteringen viser sig uholdbar, og det værste er, at det ikke er sikkert, at dommeren bliver opmærksom på det.

IV

Da dommer Simonsen forbereder sig på sagen, finder han det hurtigt usandsynligt, at de to parter, der mødtes på messen, ikke har lavet en aftale. De stod længe og talte sammen, et vidne har efterfølgende i et brev til den ene advokat givet udtryk for, at hun opfattede det, som om en aftale blev ind-

gået, og i hvert fald den ene part har i god tro efterfølgende ved sine dispositioner demonstreret, at han troede, at en aftale blev indgået. Simonsen samler nu sin opmærksomhed om spørgsmålet, hvad den aftale så gik ud på, for han er ikke sikker på, at sagsøgeren har ret i, at det var den fulde leverance på 200 enheder, der blev aftalt straks. Nogle oplysninger taler for, at det kun var 50, andre for, at det var 75, der blev aftalt, og Simonsen fordyber sig i en analyse af dette dilemma. Alt hvad han læser, bliver sammenholdt med de to muligheder: 50 eller 75 enheder? Da domsforhandlingen begynder, har han fundet en svag overvægt til fordel for de 75 enheder. Simonsens opmærksomhed er ved domsforhandlingen stadig fokuseret på valget mellem de 50 eller 75 enheder, og der kommer ikke noget frem, der rokker ved hans forventninger. Ved afhøringen af vidnet efter frokost ændres billedet temmelig radikalt: Vidnet kan ikke rigtig huske noget, og hun stod under alle omstændigheder så langt væk fra de to parter, at det er svært at tro, at hun har kunnet høre, hvad forhandlingerne gik ud på, og slet ikke, om de afsluttedes med en bindende aftale eller ej. Hun er snarere gået over til sagsøgeren umiddelbart efter samtalen og har fået hans opfattelse af forløbet præsenteret.

Simonsen er nu lidt i vildrede. Nu er det ikke længere de 50 eller 75 enheder, der er problemet. Nej, det er jo det mere grundlæggende, om der overhovedet er indgået en aftale, og det spørgsmål har han jo for længst lagt bag sig som afklaret. Men det må overvejes på ny. Simonsen må gennemtænke alt materialet igen med henblik på at sammenholde det med dette spørgsmål. Det kan være ganske arbejdskrævende, idet det kan være nødvendigt at gennembladre sagens skriftlige materiale og genkalde sig hovedpunkterne af det, der er sagt under forklaringer og procedure – nu med henblik på en vurdering af det „nye“ spørgsmål.

Denne sene genovervejelse af sagen kunne have været forebygget, hvis Simonsen tidligere i sin forberedelse havde gjort sig klart, at der fortsat var en mulighed for at se ander-

ledes på sagen end den måde, han nu foretrak. Han kunne f.eks. på et tidligt stadie have genoptaget det grundlæggende spørgsmål, om der overhovedet var bevis for, at en aftale var indgået, og hvordan sagen ville se ud, hvis det vidne, som var afgørende for denne mulighed, skulle vise sig at svigte.

V

Ved bedømmelsen af de mange fortællinger, som en retssags narrative struktur gør mulige, bør bedømmeren bestandig være opmærksom på, at fordomme og erfaringer skal kunne „flyttes“ fra én fortælling til en anden. Dette er en del af bedømmerens fleksibilitet eller „bevægelighed“.

Når en maler har malet baggrunden af billedet, vender han det undertiden på hovedet og fortsætter. På samme måde må en dommer jævnlig overveje, om den fortælling, der er ved at blive opbygget, måske skal erstattes af den stik modsatte: Hvordan ser sagen ud, hvis jeg tager det *modsatte* udgangspunkt?

GLEMSEL

I

Det gælder om at huske. Husk at komme på arbejde til rette tid, husk at møde forberedt, husk dine papirer og notater. Husk at hente dit barn eller købe mad til aften.

På mange måder er en huskepligt stadfæstet juridisk. Den, der fører en sag ved en domstol, må bidrage med de oplysninger om sagen, som han eller hun ligger inde med: Kontrakter, kvitteringer og korrespondance må gås igennem for at finde det, der er af betydning, og frem med det til modpart og domstol! Ikke alene det materiale, man faktisk råder over, dvs. har liggende i skabe og skuffer eller bunker på gulvet, kan få betydning. Også materiale, man ikke råder over, kan få betydning. Hvordan? Har man betalt, men ikke fået kvittering; har man reklameret over varen, men ingen – heller ikke én selv – kan finde nogen kopi af reklamationen. „Det huskede jeg ikke på at gemme,“ kan man forklare dommeren, men det er nærliggende, at dommeren vil bebrejde én, at man ikke huskede at bede om kvittering, eller – hvis man huskede det – ikke gemte den i de fem år, forældelsesreglen giver fordringshaveren at vente med sagen.

Også i retten – hvor der forhandles på det grundlag, parterne har bidraget med – skal der huskes: Parterne, eller rettere deres advokater, skal huske at gøre de synspunkter gældende, som de vil være sikre på indgår i dommerens overve-

jelser og afgørelsen. Husk at sige, at du ikke kan bruge varen, at du har reklameret i rette tid, at du har tabt et opgjort pengebeløb som følge af manglen, osv. For hvis du ikke ønsker det, vil retten være tilbøjelig til at lægge til grund, at varen kan bruges, at det er ubestridt, at der ikke er reklameret, at der ikke er opgjort noget tab osv.

En advokats hovedopgave ved forberedelsen af en retssag er derfor netop at søge vidt og bredt efter relevant materiale, der kan støtte klientens standpunkt – papirer, vidner og sagkyndige må overvejes og eventuelt under en eller anden form bringes frem til retten. At producere beviser.

At glemme er, som man kan forstå, i almindelighed ikke godt, hvad enten glemslen aktualiserer sig i den konkrete situation, hvor man f.eks. glemmer at få en kvittering, eller den aktualiserer sig ved forberedelsen af sagen, hvor man ikke kan huske, hvad den person hed, som så overfaldet, eller under sagen, hvor alt foreliggende skal omtales og indtages på rette måde. Det, der præsenteres, er det, der er; der er ikke mere. Det, der ikke kommer med, er ikke:

QUOD NON IN ACTIS, NON IN MUNDO, eller på dansk: Det, der ikke er i sagens papirer, findes ikke i verden.

II

At glemme er det modsatte af at huske. Som man ser, er der en kontinuerlig og heftig fokus på at huske. Glemsel er således kun noget negativt – ikke blot negativt som det modsatte af at huske, men også negativt for sagen, for parternes sag og for rettens mulighed for at afdække, hvad sagen angår, og hvordan den bedst skal bedømmes. At glemme er negativt, fordi glemsel er hæmmende for partens mulighed for at få sin ret og blokerende for rettens mulighed for at træffe den rigtige afgørelse.

En fuldstændig erindring uden glemsel kan sammenlignes med et puslespil, hvor alle brikker er lagt på deres plads,

og spilleren kan sammen med sin beundrende familie nyde det fulde billede, måske endda se det som en fuldstændig gengivelse af det billede, der er uden på æsken. Der er ingen hjørner, der ikke er afsluttede, og der er ingen brikker, der er forsvundet. Glemslen virker modsat, som en sort plet i den erindring – med samme virkning som den sjuske, der en gang overså, at et par brikker faldt ned bag radiatoren for senere at blive opslugt af støvsugeren, så spillet ikke længere er „komplet“ og derfor ikke kan lægges fuldstændigt, eller som den, der ikke kan finde ud af at få lagt spillet færdigt og derfor må stille sig tilfreds med, at den „store blå himmel“ eller de ensartede grønne trætoppe ikke bliver lagt.

Glemslen gør vores viden ufuldstændig og gør dermed vores grundlag for at handle – træffe afgørelsen – mindre lødigt.

III

En advokat har det første møde med en klient. Klienten har „alle papirerne“ med, og de gennemgår sammen materialet. Noget er ikke relevant og lægges af den grund for sig. Andet er måske nok relevant, som advokaten siger, men vi behøver ikke lægge det frem. „Det gavner ikke din sag, og ingen ved, at du har det.“ Advokaten udøver sin advokatoriske rådgivning ved at anbefale klienten ikke at komme frem med oplysninger, som er ugunstige for klienten. Denne tilbageholdelse af – måske – relevant materiale må naturligvis ikke udarte til vildledning. Advokaten må ikke på klientens vegne gøre noget gældende, som klienten ved er forkert, og må derfor heller ikke undlade at fremlægge materiale, som viser, at klientens standpunkt er urigtigt. Men der er meget materiale, som taler mod en klients position, men som der ikke består nogen pligt til at fremlægge.

Denne udvælgelse af materiale er en del af den strategiske tilrettelæggelse af processen. Advokat og klient skal gen-

nemgå de krav, klienten vil gøre gældende (påstande), de argumenter, der skal påberåbes til støtte for påstandene (anbringender), og de beviser, der skal inddrages. En særlig advokatorisk kunst er tilskæringen af sagen. Påstande og anbringender er sjældent tjent med at blive bestemt alene af klienten. De må afstemmes efter, hvad der er mulighed for at opnå. Klienten kommer måske med et omfattende erstatningskrav, men advokaten må (i almindelighed) afskære de poster og beløb, der ligger udenfor, hvad nogen domstol kan forventes at imødekomme. Det er måske ikke klogt at begrænse sig til det mest sandsynlige beløb, lidt „overbud“ i form af krav, der er større end det mest sandsynlige, kan være på sin plads som en refleks af klientens opfattelse af sagen og som en friere ramme for domstolen til at gå længere, end advokaten egentlig forventer. Klienten har ofte mange og i egne øjne gode argumenter for sit krav, men advokaten må sortere. Sagen er bedst tjent med, at man koncentrerer sig ved at begrænse kravene til dem, der er en rimelig chance for at komme igennem med, og begrænse argumenterne til relativt få, men til gengæld effektivt hævdede. Undertiden klargør en advokat under proceduren, at et argument (anbringende) gøres gældende, fordi klienten har bedt ham om det, og et sådant argument er sjældent særlig virksomt, allerede fordi advokaten dermed har klargjort, at han ikke på egen hånd ville have gjort det gældende.

Den sag, der præsenteres for en domstol, kan således være meget forskellig fra den sag, som klienten oprindelig kom med. En sag skal behandles inden for et tidsrum, der bl.a. bestemmes af sagens betydning (som den fremtræder for den, der skal tage stilling til sagens tidsmæssige „berammelse“), og til denne tidsmæssige afgrænsning hører ofte, at sagen må begrænses. Under alle omstændigheder er en sag tjent med, at der fokuseres på nogle relativt få synspunkter, der kan fremføres med overbevisning, til forskel fra en alenlang liste over argumenter, der præsenteres summarisk og uden indre overbevisning.

Alt dette er strategi, og pointen er, at strategien indebærer, at ikke alt relevant kommer med i sagen. Denne begrænsning gælder også beviser. Det er som sagt hverken for en advokat eller en part en forpligtelse at fremlægge alle de beviser, som domstolen kan tænkes at tillægge betydning. For det første må vi forvente en vis ensidighed i den forstand, at det, der taler mest for modparten, i almindelighed må komme fra modparten, hvis det skal komme frem. For det andet følger en væsentlig selektion af, at en advokat ofte må have en rimelig sikkerhed for, hvad et vidne vil forklare, og kan man ikke på forhånd skaffe en sådan viden, bliver vidnet ikke indkaldt. „Stil ikke et spørgsmål til et vidne, hvis du ikke ved, hvad vidnet vil svare,“ er en almindelig anvisning for afhøring. Denne anvisning begrænser jo overraskelsesmomentet, idet en advokat nødig vil risikere at få et svar, som han ikke er forberedt på, og dermed kan gå videre med for at analysere svaret, og for så vidt er anvisningen let at forstå. Men den har en relevans for spørgsmålet om glemsel.

Når et argument ikke bliver gjort gældende, eller et spørgsmål ikke bliver stillet, kommer det ikke med i sagen. Det bliver „glemt“ – ikke glemt i den forstand, at der ikke er nogen, der tænker på det, for en part kan måske stadig undre sig over advokatens begrænsning af sagen, og retten kan undre sig over, at et centralt spørgsmål ikke bliver stillet. En sag om en ekspropriationserstatning føres, uden at der bliver indhentet en sagkyndig vurdering af ejendommen, dvs. uden at der er indkaldt en sagkyndig, som får stillet spørgsmålet om ejendommens værdi, hvilket blev katastrofalt for den erstatningskrævende. I en anden sag blev en sagkyndig afhørt, men fik i første instans ikke udtalt sig om det centrale problem – hvilket i anden instans blev forklaret ved, at det spørgsmål var der ingen, der havde stillet ham, formentlig – antager jeg – fordi begge advokater har været for usikre på, hvad han ville have svaret.

Advokaten kan til sådanne punkter i sagen sige: „Det glemmer vi,“ hvorved ikke sigtes til et pludseligt hukom-

melsestab, men til en forståelse af, at der er noget, vi ikke længere vil tale om eller gå videre med. Denne beslutning er strategisk, når den er begrundet i et hensyn til, hvad der med hensyn til retssagens forløb og resultat er bedst egnet til at skaffe parten et godt resultat. Der er da tale om strategisk glemsel.

IV

Glemsel kan have andre rødder end processtrategi.

I sager mellem parter, der skal fortsætte deres samarbejde, sættes der grænser for sagens omfang, som følger af ønsket om ikke at skade mulighederne for dette fremtidige samarbejde. Et første skridt kan være at sikre diskretion, og det er her, at voldgiftsagen har sin store styrke sammenlignet med den offentlige retssag. En kritisk bemærkning om en erhvervsvirksomhed vurderes også i det indbyrdes forhold mellem parterne forskelligt afhængig af, om kritikken kan holdes inden for sagens rammer eller skal gøres offentligheden bekendt. Skal sagen føres offentligt, må beskyttelsen praktiseres ved at begrænse sagen, at holde de elementer af sagen ude, som ikke tåler offentliggørelse. Der anlægges en strategi, der ikke blot angår sagens forløb og resultat som netop behandlet, men også parternes fremtidige forhold. Denne beskyttende strategi glider over i en egentlig beskyttelse af modparten eller af parternes indbyrdes forhold, som ses, når der f.eks. i ægteskabssager udelades sider af parternes forhold, som vel kunne være relevante, men som ikke inddrages, fordi de kunne opleves som krænkende for den anden part. I en sag om forældremyndighed over fællesbørn er der ofte erfaringer for, hvordan den ene eller anden eller begge parter håndterer f.eks. aflevering og afhentning eller andre episoder under det tidligere samliv. Disse episoder er vist ikke generelt irrelevante, men det kan virke krænkende at blive udsat for, at dagliglivets trakasserier rulles op i en

retssag (som regel for lukkede døre). Disse episoder „glemmer vi“. Der er tale om en protektiv glemsel. Parternes interesser rækker ud over sagen, at vinde er ikke alt, det er måske – selvom det kan være svært at forstå for en dommer – ikke engang det vigtigste.

Klienten kommer til sin advokat med synspunkter på modparten – en anden privat eller en offentlig myndighed – som advokaten kan finde utilbørlige. De er krænkende for modparten, de anfægter modpartens faglige forudsætninger, modpartens seksuelle kapacitet, modpartens livsform osv., og advokaten må råde klienten til at udelade dette. Også det „glemmer vi“ – nu ikke, fordi det kan krænke modparten og et fremtidigt samarbejde med modparten, men fordi de emner, klienten vil trække frem, ikke hører hjemme i en retssag af den karakter, som der i øvrigt er tale om. Angreb på modpartens ære og tilskrivning af skam må administreres med forsigtighed, og i den retlige kultur omgås man hinanden med respekt. Respekt ikke blot for retten, som jo udtrykkeligt formuleres i gængse talemåder som „Høje ret“, „Hæderværdige Højesteret“, men også i forhold til modparten og dennes advokat, der er – og gerne skal forblive – en „kollega“. Der ligger ikke i retssagens ramme en tilsvarende udtrykt forventning om respekt for modparten, og ofte må sagens udvikling netop forstås som resultat af en svigtende respekt mellem parterne indbyrdes. Men den manglende respekt er en generel forudsætning og ikke selvstændigt tematiseret. Retssagens strid angår et andet tema. Respekt for modparten såvel som blufærdighed kan begrænse sagens tema eller materiale, og der kan da tales om glemsel af respekt eller blufærdighed. Når jeg omtaler disse former for glemsel, er det ikke for at hævde, at der aldrig under en retssag sker angreb på modpartens ære eller blufærdighed, men hvor sådanne angreb sker, får de ofte en dramatisk betydning for sagen, der i sin helhed får farve af disse anbringender. Angrebet bliver let det centrale, det hvorudfra sagen primært vurderes og prøves, mens man i andre sager bedre kan skille

de forskellige sider af en sag ad og vurdere dem hver for sig.

Man kan tilgive ved at glemme. Der er – mener jeg – sket en fejl, der er begået en uret mod mig, men jeg ser bort fra det. Ikke at jeg glemmer det i den forstand, at jeg ikke senere kan fortælle interesserede om det (om end jeg ikke bryder mig om at udbrede mig om det). Men det registreres ikke. Jeg påberåber mig ikke de retlige følger, det passerede i og for sig ville medføre. Jeg „glemmer“ som købmanden, der ser bort fra sidste års regninger, fordi der ikke er noget at hente eller – mere regelret – som kreditoren, der går ind på en akkord med nedskrivning af gælden. Vi siger måske til hinanden „Det glemmer vi,“ og hermed besegler vi en fred, en tilgivelse, måske en gensidig tilgivelse, hvor den enes og den andens fejl og forsømmelser skånsomt henstår uden at være definitivt afklarede. Tilgivelsen og dens ledsager glemslen behøver ikke at være total – man kan tilgive noget, men fastholde en konflikt om noget andet. Den fastholdte konflikt må da fremstilles og bedømmes uden inddragelse af det materiale, der dækkes af glemslen.

Glemsel kan således foruden i processtrategi være baseret på beskyttelse, respekt og tilgivelse.

V

Tilsyneladende glemsel kan være noget foregivet: „Det glemmer vi,“ siger man efter at have oplevet et overgreb, og hermed bevares og hengemmes overgrebet, mens den diskussion, der måske kunne have løst op for konflikten, undgås. Konflikten kan når som helst tages op, og den holdes jævnlige i live ved drøftelser med andre end rette vedkommende. Det er hverken beskyttelse, respekt eller tilgivelse, men konfliktskyhed. Det er ikke glemsel.

VI

Glemsel er således ikke blot – som vi almindeligvis tænker os det – en passiv og ubemærket bortsmuldren, men kan tilige være en aktiv handling, en sortering. Den er som en udeladelse, der er „nødvendig, for det er i længden umuligt at fortælle livet sådan, som det engang fortalte sig selv“.¹ Glemsomhed er ifølge Nietzsche som en dørvogter, en opretholder af den sjælelige orden og dermed en betingelse for *nærvær*.²

Den aktive glemsomhed er dermed grundlaget for den fokusering, som enhver juridisk analyse forudsætter.

1. Thomas Mann: *Josef og hans Brødre*, bd. 4, København, 1993, s. 189-90 (tysk 1943).

2. Friedrich Nietzsche: *Moralens Oprindelse*, København, 1999, s. 58-59 (tysk 1887).

HANDLING

Juristens virksomhed opfattes i almindelighed som intellektuelt arbejde. Det er et skrivebordsarbejde eller, endnu værre, det er papirnusseri. Det er i hvert fald forskelligt fra fysisk arbejde, der involverer den handlendes krop. Men også det arbejde, der involverer den simple håndbevægelse at flytte en bunke papir – sagen – fra „ind-bunken“ til venstre over i „ud-bunken“ til højre involverer noget fysisk. Ja, den blotte „følgen med“ i en forklaring eller en advokats procedure kræver en deltagelse, der bedst beskrives ved at se på handlingsperspektivet:

Ved at sige, at der skal handles, betones, at der skal gøres noget, der skal ageres eller mere bredt: Der skal udføres et arbejde. Hermed fremhæves flere oftest negligerede forhold:

For det første involverer arbejdet vores *kroppe*. Vi er jo intellekt og krop i en helhed, og intellektet arbejder ikke i et tomrum. Kroppen er med. Den bliver træt og må hvile eller forsynes med mad og drikke. Pludselig tørst signalerer nervøsitet. Der er grænser for, hvor længe kroppen kan holde ud. Med kaffe og andre stimulanser kan den presses en tid, men alt har en ende. I længden bliver kroppen måske slidt, man synker sammen, og man beslutter sig for at tage det lidt roligere.

Det kunne lyde, som om kroppen bare er et problem, et besværligt sæde for det sagsbehandlende intellekt. Men vi gør jo også brug af kroppen, bladrer i papirerne, lytter med

øerne og taler med tungen, gestikulerer som advokater under proceduren, sidder med dommerens afventende værdighed i retssalen – ligesom Dostojevskij noget foragtende refererer om guvernør von Lembke i en fjern russisk provins: Han „forstod at lytte dybsindigt og tie stille“.¹

Et andet aspekt af dette arbejdsperspektiv er, at arbejdet strækker sig over *tid*. Ved sagens start er den oftest lille og arbejdet måske ikke så stort. Men sagen kan være gammel, når den når frem til en ny sagsbehandler. Et chartek så tykt, at det næsten sprænger kontorets største elastikker, ledsaget af et utal af ringbind med yderligere materiale. Det er det, der skal „bearbejdes“ – bearbejde betyder ikke det samme som, når en billedhugger bearbejder sit ler, men forskellen er ikke stor. Hvad enten det er kontorchefen, der skal forberede et miljøforbud, advokaten, der skal rådgive om sagsanlæg, eller dommeren, der skal forberede sig til domsforhandlingen, skal materialet læses, naturligvis med vekslende intensitet, men det væsentlige skal nødig overses, og der skal udvikles et skema for vurderingen med de punkter, der skal belyses: Er der indgået en kontrakt eller ej? Er kontrakten opfyldt eller ej? Er der reklameret? Når man er kommet halvt igennem, viser det sig måske, at det undervejs er anerkendt, at der er reklameret, men at det er omstridt, om kravet er forældet – et spørgsmål, der måske også belyses af noget i den første halvdel, som altså allerede er gennemlæst uden tanke på forældelse: Forfra!

Arbejdet strækker sig over tid, og ved større sager intensiveres arbejdet i hvert fald i perioder på en sådan måde, at sagsbehandlerens bevidsthed er opfyldt af sagen. Advokaten har indlevet sig i sagsforløbets enkeltheder, mestrer datoer og mødedeltagere under diverse kontraktforhandlinger, spekulerer stadig over, om det var en fejl at frafalde en indsigelse, eller om det er ukorrekt ikke at fremlægge et mødenotat, der

1. F. M. Dostojevskij: *Onde Ånder*, København, 1998, bd. 1, s. 322 (russisk 1871-72).

måske kan støtte modpartens fortolkning af forløbet. Dommeren har sat flere dage af til forberedelse og arbejder i den periode ikke med andet, selv om natten dukker sagens parter op: Han kan forstå den ene, men han kan også forstå den anden, der er måske et perspektiv på sagen, der kunne sætte tingene på plads, og som af en eller anden grund slet ikke er kommet frem, men hvad går det dog ud på?

Når sagsbehandleren spørger efter, hvad der skal gøres, åbnes der for en deltagelse, en tagen sagen til sig eller en tilegnelse af sagen. Sagen bliver en del af mig, jeg rummer i mig de forskellige parter og andre agenter – gode og onde, omhyggelige og glemsomme, smukke og grimme – og de strides videre inde i mit hoved. Jeg er „fyldt“ af sagen. Vi kan mindes Mr. Tangle i *Bleak House*, en af de mange barristers i retssagen Jarndyce and Jarndyce, der langsomt åd blets midler op. Om ham fortælles: „Mr. Tangle knows more of Jarndyce and Jarndyce than anybody. He is famous for it – supposed never to have read anything else since he left school.“²

Dette er imidlertid ikke engang nok. Sagsbehandleren kan ikke nøjes med at udgøre en scene. Sagsbehandleren skal se at komme ovenpå. En stor sag kan være „overvældende“, men den, der skal tage stilling til den, må gøre sig til dens mester, „få styr på den“, komme ud af detaljerne og usikkerheden, nå frem til et resultat, så sagen kan blive ekspederet.

At gøre noget i en sag er ofte at gøre noget ved nogle andre. Det kan være meget synligt, f.eks. i sager om forældremyndighed, hvad det er der sker, om end man jo ved, at der er mere i forældrenes forhold end det, der produceres for retten. I andre sager er det ikke let at se, hvad der i en større sammenhæng sker, og dermed heller ikke let at sige, hvad det egentlig er, man „gør“. En konkret domfældelse af en magtfuld virksomhed kan foranledige modforholdsregler, som stiller den svage part endnu dårligere.

2. Charles Dickens: *Bleak House*, London, 1996, s. 18 (1. udg. 1853).

HISTORIER

I

Som dommer er jeg hver dag i gang med en „historie“, et narrativt forløb. Der er en start, et forløb med forskellige bevægelser, forskellige – gode og onde – agenter, der blander sig, og en afslutning. Min daglige historie begynder i det private, i min bolig, med min familie, som dagligt går i den opløsning, der består i, at vi spredes ud i byen, hvor vi hver fortsætter vores egne forløb, for så siden hen mod aften at mødes og gensidigt afdække det, der er sket, mens vi har været adskilte.

Den enkelte sag har sin egen „historie“, hvis begyndelse undertiden placeres tilbage i det „udenretlige“, hvor det oprindelige skete – mordet, konceptionen, aftaleindgåelsen. Eller begyndelsen placeres, da sagen starter ved retten, hvor sagen jo indledes med indlevering af en stævning. Hvordan sagen anses for „startet“, har på den anden side betydning for, hvor den slutter – ved den endelige forsoning mellem de stridende parter mange år efter sagens afslutning, eller netop når sagen afsluttes med en dom.

For dommeren er horisonten – eller i hvert fald den væsentlige horisont – hverken sagens lange forløb fra før sagsanlæg til længe efter dom, ej heller dens tid i retten. Dommeren møder sagen som en historie, således som den fremtræder, når han forbereder sig inden domsforhandlingen, og

som den derefter berettes af de deltagende. Retssager er jo simpelthen ofte frygtelig spændende historier – „frygtelig“ fordi de angår ofte grusomme hændelsesforløb, som ingen romanforfatter ville vove at fremstille. Beretninger om og billeder af hårrejsende gerninger. Børns og andre værgeløses lidelser. Svindel for millioner.

Alligevel er der forskelle i de historier, der fortælles. Forskelle som skabes af de forskellige perspektiver, historierne følges fra: Parten fortæller som menneske sin historie og får sin advokat til at hjælpe sig med at fortælle den, og den historie er ofte en historie om noget helt usædvanligt, ja, noget enestående: Det er ikke mange parter, der flere gange indgår i det stof, retssager er gjort af. Historien er enestående.

Dommerens horisont er en anden: For det første er det jo trods alt en historie blandt mange andre, så trods det at dommeren kan have blik for det usædvanlige, er det dog ikke mere usædvanligt, end at man ofte har oplevet noget lignende – ikke at det altid bliver lettere at fordele børn eller høre på den mordtiltaltes forklaringer, men alligevel kan en vis professionel rutine lægge en dæmper på medlevelsen. For det andet ses sagen derfor netop ofte ikke blot med en vis beskyttende rutine, men som en historie, der indgår blandt andre historier. Disse andre historier udgør bestandige paralleller til den aktuelle historie, de indgår i en stadig sammenligning, hvor forskelle og ligheder, forskellige grader af skyld, uopmærksomhed, hensynsløshed, farlighed, grovhed, vægt af handlet narko, er til bedømmelse. Den aktuelle historie som parten (undertiden uskyldigt) fremstiller som enestående, bliver sammenholdt – og gennem spørgsmål uddybet – med andre historier, som parten intet kender til.

Dommere og parter har derfor god mulighed for at tale forbi hinanden. Parten fortæller sin enestående historie, men dommeren lytter efter, hvordan historien – der skal lægges til grund for et præjudikat, skal udformes – noget for parten helt afgørende er irrelevant og negligeres. Dommeren

ser sagen i et flerdimensionalt rum af „vægt“, „alder“, „forstraf“, „plads i den kriminelle organisation“ osv. og søger at få den placeret så enstydigt som muligt i dette rum.

Advokatens særlige plads er bl.a. at skabe sammenhængen mellem det konkrete, som parten har oplevet, og det generelle, dvs. de *mange* historier, som dommeren lever med. Parten skal forelægge „sin“ sag, men må alligevel holde igen, når man kommer til punkter, som advokaten må forudse, at dommeren vil anse for betydningsløse eller måske endnu værre, som påtrykkende og suggestive. Og på den anden side må parten leve med, at noget trækkes frem, som parten ikke tillægger betydning. Denne proces kan en privat part opleve som et tyveri, en tilegnelse af en konflikt, idet den omtolkes ved at blive lagt ind i fremmede rammer. Det er den proces, der gør det muligt at håndtere konflikten, at differentiere mellem forskellige sager, at afbalancere og afstemme. Ikke at det altid lykkes, men uden denne proces ville det være umuligt.

Sagen indgår – for dommeren – i et sagskompleks med forskellige typer af sager (selskabstømninger med brutto- , netto- og mellemformssager, eller aftaler mellem kontrahenter i erhvervet eller forbruger, osv.), og sagens kategori fortæller, hvilken type af principiel afgørelse der overhovedet kan være tale om at arbejde hen imod.

Eller parten er mødt med byens bedste advokat for at få et præjudikat og begrænser forelæggelsen til de forhold, der er nødvendige og tilstrækkelige til den ønskede afgørelse, men retten har besluttet sig for at få sagen ekspederet som en konkret sag og spørger efter forhold, som parten helst så udeladt.

Det, at det overhovedet er blevet til en sag, er måske den ene parts grusomme hævn over den uret, den anden part har gjort – måske ikke lige den uret, sagen går ud på at blotlægge, men noget helt andet, ingen hører om i retten. Her er det dommerne, der kan komme lidt i vildrede – hvorfor er denne sag overhovedet anlagt? spørger de hinanden, men de

har ikke grundlag for at se sagen som led i en bredere historie, hvor tilvalget af en retssag kun er en særlig variation, der måske kunne være undværet, men som dog har sine fordele.

De medvirkende har således ofte forskellige „historier“ i gang, dommere over for advokater, advokater over for parter, de forskellige domstolsinstanser og dommere indbyrdes i samme domstol. Vi taler inden for hver vores horisont og skal gøre os megen umage for at forstå, hvorfor andre fortæller ad baner, der forekommer som vildspor, når sagen ses fra det egne synspunkt.

II

De forskellige historier eller fortællinger har en sammenhæng. Dommer, parter, advokater, vagten osv. har nok hver deres perspektiv, hver deres historie, ser sagen i hver deres livsforløb, men der er også en sammenkædning, en helhed, der gør, at det er forskellige perspektiver på samme sag. Der er kun én sag.

Denne sammenhæng er også narrativ, men da narrativ på en mere grundlæggende måde: Den historie kredser om det forløb, hvori sagens involverede og deres indbyrdes forhold ændrer karakter eller *transformeres*.

For advokaten begynder det med en klient, der søger råd om noget, advokaten ikke ved meget om. Advokaten begynder med at undersøge sagens forhold og den retlige regulering, og advokaten giver på dette grundlag – efter kortere eller længere tid – klienten en redegørelse. Sagen kan derefter udvikle sig til en sag, som advokaten efter aftale med klienten påtager sig at forhandle med modparten; der holdes møder; skitseres løsningsmodeller; parterne tager stilling til mulighederne; og det viser sig, om der kan opnås enighed. Er det ikke tilfældet, kan næste skridt være at anlægge og føre en sag; advokaten er nu ikke længere den, der giver klienten orienterende redegørelser; nu er advokaten talsmand

for et standpunkt; advokaten repræsenterer et standpunkt, og opgaven er at overbevise retten om, at dette er det rette standpunkt.

Dommeren ser sagen i retten som en transformation af sagens parter fra at være „sagsøger“ og „sagsøgte“ eller anklagemyndigheden over for „tiltalte“ til, at parterne må betegnes „domhaver“, den „frifundne“, den „domfældte“ – afhængig af sag og udfald. Vigtigere er den transformation, som parternes retsforhold er undergået – fra at være noget omstridt og uafklaret til at være noget fastlagt, ligesom også sagen selv bringer retten på banen: Det er i dommen, at dommeren – som administratoren i afgørelsen – fremlægger sin opfattelse af retstilstanden, en opfattelse, der er udviklet eller i hvert fald fremlagt med denne sag. Retten træder fra det diffuse, ubestemte, uafklarede frem i det afklarede og bestemte.

Dette forløb er drevet af en bestræbelse, et ønske. Der er i sagens gang noget mere end noget selvkørende, noget mere end det, der går af sig selv. Retten udvikles i et rum af ambition, bestræbelse og engagement. Professionelt kan det betegnes som omsorg.

Det, der betegnes som det narrative i forbindelse med retlige processer, må netop ofte forstås på denne måde: Som processer domineret af en omsorg, der skaber en omformning af retlige relationer. Det narrative følger af beretningen om denne efterstræbte omformning.

KEDSOMHED

Sager er ikke til for at være interessante, slet ikke morsomme. Men det er på den anden side ikke godt, hvis en sagsbehandler finder sagen kedelig – hvis den, der skal rådgive, forelægge eller afgøre, keder sig – da er der noget alvorligt galt. Det kan lyde paradoksalt eller snarere truende: Ikke alt er interessant, men man må ikke kede sig.

Den, der forsker, men måske ikke gør det med stort engagement, kommer let til at arbejde ad de samme stier, det bliver rutine, forudsigeligt og uinteressant. Forskeren kan måske endda selv mærke det lidt trætte og slappe i det arbejde, der nu omsider afleveres til publicering, og kan se sin egen kedsomhed spejlet i teksten som noget uinteressant. Det kan være habilt arbejde, inddelinger, disposition og undersøgelsesmetodik er helt i orden, fodnoter er kontrolleret, sproget velformet og klart. Men noget mangler. I den juridiske litteratur ligger det „uinteressante“ ofte i, at forfatteren nøjes med at gengive materiale – love, domme, administrative afgørelser, anden litteratur – men undlader at tilføje noget hertil – ingen standpunkter, ingen fortolkning, der afviger fra det, EF-domstolen eller Vestre Landsret netop har fastslået, ingen begreber med ukendt rækkevidde, ingen teser der går mod gængs opfattelse. Havde man et tekstprogram, der kunne rense manuskriptet for alt, hvad der var afskrift eller resumé af, hvad andre havde skrevet, ville der kun blive forfatterens forord tilbage, måske ikke engang det.

Denne kedsomhedstest ville ikke passe i retsanvendelsen. Man kan ikke forlange af en dommer, at han eller hun skal være original og lade være med at skrive noget, som andre har skrevet før. Endnu mindre kan et sådant krav stilles til en kontorchef i et ministerium, en fuldmægtig i en kommune, eller overhovedet noget sted, hvor hensynet til kontinuitet og forudsigelighed næsten altid er relevant og oftest tungt.

Kedsomhed er uundgåelig. Dommeren lytter til en advokat, der har forberedt sig dårligt eller ikke har god forstand, advokaten taler længe og blomstrende, men siger ikke noget, der kan nå op til det forberedelsesniveau, dommeren er klatret op til, før mødet begyndte. Advokaten har måske en anelse om situationen og bliver i sin nervøsitet mere blomstrende, han taler mere til klienten end til dommeren, som han ikke når. Pludselig hører dommeren advokaten sige noget, der er relevant, måske afgørende og hidtil overset. Dommeren finder dokumentet frem, læser i forarbejderne til den omstridte lovbestemmelse, gør sine notater, mens advokaten taler videre, usikker på, om dommeren har fattet interesse i hans procedure eller er i gang med at forberede næste sag.

Kedsomhed kan således være den tilstand, hvor man er åben for noget nyt, man er modtagelig. Men det kræver, at man lytter og mærker – har øjnene åbne.

Kedsomhed kan være næsten uafhjælpelig, hvis den stammer fra, at også parterne i sagen har kedet sig – et opgør i et velbeslået ægteskab mellem parter, der ser ud til i mange år at have været trætte af hinanden, og som nu har kunnet enes om en sidste kamp om nogle aktiver, ingen af dem interesserer sig for, men måske frygter, at den anden kunne få noget morskab ud af. Eller en sag om kontrakterstatning, hvor begge parter har sjusket, den ene har gjort som altid uden at se, at forholdene og dermed kravene til ham ændrede sig, den anden har først sent gjort sig de ændrede forhold klart og stillet nye krav i overensstemmelse hermed – hvem af dem skal betale for, at de begge har arbejdet med lukkede øjne?

I dette perspektiv er straffesager sjældent kedelige. I de

store straffesager kommer stærke følelser, ofte onde og destruktive følelser frem, måske endda som reaktion på kedsommelighed i tilværelsen før forbrydelsen, og i de små sager er der ofte det træk af nyhed og overraskelse, der følger af, at det trods alt ikke er hver dag, man møder i retten tiltalt for at have kørt forkert. I narkosager er strafudmålingen ofte skematisk rutine, men de forspildte muligheder, straffens nødvendighed og dens samtidige meningsløshed for den enkelte kan få én til at længes efter noget kedeligt.

Man kan gøre noget for ikke at kede sig, man kan lede lidt efter det interessante, dvs. komme med en interesse, der kan bruges til at gribe fat i sagen. Nogle synes, at strafferet er kedelig og meningsløs, andre mener noget tilsvarende om kontraktret og længes efter blot en lille straffesag. Men selv om man sidder med en sag, som efter sit emne skulle være kedelig, kan der være andre perspektiver, som kan findes frem: Måske er det – eller kan det gøres til – et principsspørgsmål, om forarbejder under de foreliggende omstændigheder virkelig kan tillægges betydning, om en dom, der ikke er påberåbt, kan tillægges afgørende betydning, uden at parterne er gjort bekendt med den, osv. Den sag, den ene har behandlet som en rutinesag, kan en anden gøre til en principalsag. En tredje, som ikke ser nogen morskab i hverken rutine- eller principalsager, gør den behændigt til en helt konkret sag med et særegent udfald. Kedsomhed er mere end noget andet omfattet af den individuelle selvbestemmelse.

Retsanvenderen kan ikke tillade sig for morskabs skyld at se bort fra ønsker om forudsigelighed og kontinuitet. Originaliteten må holdes tæmmet. Præmisserne bliver måske en afskrift af de præmisser, der blev brugt i „samme“ sag fra sidste år. Men stadig må retsanvenderen holde sig åben for, om der er noget særegent i denne sag, om præmisserne eller rutinen virkelig passer her, om der er grund til at lufte en usikkerhed ved denne rutine, som måske en dag burde tages op til fornyet overvejelse. I retsanvendelsen er det ofte rigtigt at skrive af – bare man gør det med åbne øjne.

Kedsomhed er ofte forbundet med afsondring, man er for sig selv, måske nok blandt andre mennesker, men uden kontakt. Kedsomhed ligger nær den afsondrende og isolerende *koncentration*, som kendetegner en psykisk samlen sig om – ingenting, dvs. en åbenhed for det, der viser sig. Domsforhandling af retssager foregår i lokaler, der er aflukkede, i lokalet behandles kun denne ene sag, dommerne har kun denne ene sag foran sig og lader sig fylde af den, og også advokaterne må henskyde alle deres behov for påtrængende beskeder om det ene eller andet i andre, ofte større sager, til efter domsforhandlingens afslutning. Her er ingen telefon eller e-mail. Lokalet lukker sig om denne sags parter, dens advokater, vidner og dommere. Dommernes sind ryddes for alt andet og åbner sig for netop denne sag, der lempes ind og bundfælder sig. Psykologer taler om dissociativ sedimentering. Al distraktion og underholdning afværges, og retsadvokateren samler sig – alene eller med sine kolleger – om sagen, ligesom den bedende i et helligt rum.

KROPPEN

har vi med os hele vejen, men som allerede denne sætning viser, er vi tilbøjelige til at adskille „kroppen“ fra „os“ – vi har den bare „med“ som en vielsesring eller en barndomsoplevelse.

I

Optakten til de menneskelige rettigheder anerkender kroppens centrale betydning – jeg tænker på Habeas Corpus („Du må have kroppen!“) fra 1679, hvorefter den frihedsberøvede er beskyttet ved, at ikke blot „sagen“, men personen selv – kroppen – skal fremstilles for en dommer. Kropslige lemlæstelser er et velreguleret tema i den ældre straffe- og erstatningsret, se f.eks. Christian den 5.'s Danske Lov fra 1683, og bliver fra slutningen af det 19. århundrede tema for den socialstatslige omsorg. Men det er da stadig de andres kroppe, kroppen som noget forskelligt fra mig selv og måske også mere generelt kroppen som noget fra personen forskelligt, kort sagt den „genstandsgjorte krop“.

II

Både tanker og følelser hører hjemme i en krop, og hverken rationel abstraktion eller sublimering kan ophæve denne forankring, der ikke blot er en binding, men en livsbetingelse. For den, der skal beslutte og handle, er kroppens deltagelse uvægerligt en integreret del af beslutningen og handlingen.

Vi sidder fem dommere rundt om et bord og skal skrive en dom sammen. Vi har forinden redegjort for hver vores opfattelse af sagen. Vi er nået til samme resultat – f.eks. hvem skal betale hvor meget – men har haft hver vores tilgang til sagen. Der er så stort fællesskab i vores opfattelse af sagen, at det er rimeligt at stile mod en fælles dom, dvs. en dom med præmisser, som vi alle står bag. Alle ved, at der skal kæmpes og gøres indrømmelser. Nogle er engagerede i nogle punkter, andre i andre punkter. Der kan og må laves kompromiser, men det kan gå for langt. Det er her, jeg mener, at kroppen kommer ind.

Den, der beslutter og handler, er krop, og beslutningen og handlingen er kroppens beslutning og handling. En prøvesten for, hvad jeg kan være med til, findes i min krop. Det kommer til udtryk i formuleringer som „jeg har det ikke godt med den sætning“, dvs. jeg føler mig kropsligt utilpas. Med den gengivne begrundelse argumenterer jeg for at ændre formuleringen. Det er i min krops reaktion på teksten, at det bestemmes, hvorvidt jeg skal affinde mig eller protestere. Måske reagerer jeg ikke straks, men går hjem for „at sove på det“. Jeg vågner tidligt på natten, har en kropslig uro, et angstlignende ubehag ved at være ved at blive koblet på noget, jeg ikke bryder mig om. Og jeg vender næste dag tilbage til mine kolleger for at komme ud af mit ubehag. Der er i domsudkastet „noget, jeg ikke kan leve med“ – et gængs udtryk, der dog udtrykker en dramatisk skillevej: De beslutninger, jeg er med til at træffe, „lever jeg med“; de er en del af mig og mit liv; jeg kan stå ved dem; jeg kan møde sagens

parter, holde ryggen rank og se dem i øjnene; jeg kan blive kritiseret af universitetsjurister og svare igen uden indre forbehold. Det er alt dette, jeg mærker, at jeg ikke vil kunne, når jeg „ikke kan leve med“ beslutningen, for den kan ikke blive en del af mig og mit liv, og jeg må derfor træde ud af beslutningen, dvs. dissentiere, hvis ikke beslutningen kan blive lavet om.

KYNISME

Kynikeren er – i daglig tale – den, der omgås følsomme emner uden følelse; den, der ikke lader sig engagere ved at blive konfronteret med en tragisk begivenhed; den, der uberørt griber hårdt ind i en andens liv.

Jurister og andre sagsbehandlere bliver let kynikere. Der træffes store beslutninger: én idømmes tolv års fængsel; en anden pålægges at betale et stort pengebeløb; en tredje har ført proces om sin ret til pension gennem mange år, men får i sidste instans ikke medhold. Andre afgørelser kan forekomme små: En kan ikke få forhøjet sit varmetilskud med 30 kr. månedlig, selvom vinteren er kold; en anden må vente en dag til, før hun kan blive opereret; en indsat får på grund af et fagligt møde kun femten minutters gårdtur. Men dette er kun småting for den „udenforstående“, der har nogenlunde den varme i lejligheden, som man kan ønske, som er nogenlunde rask, og som selv bestemmer over sine motionsture. Bare beskrivelsen af stort og småt i et nøgternt sprog, som det jeg her har brugt, kan ses som kynisk. Det er jo menneskæbner, det drejer sig om, sådan er det.

Der er altid et pres på den, der stilles over for en anden, bare det at være i samme rum. I en mordsag føres tiltalte ind, han sidder fredsommeligt og i pænt tøj og lytter til anklagegens gennemgang af den grusomme gerning, alle den menneskelige krops hemmelige funktioner blotlægges. En tilhører kan ikke let undgå at blive stærkt berørt. Jeg søger at

finde hans blik – hvad ser han på og hvordan, hvad er hans udtryk? Denne konfrontation med en morder bliver siddende i kroppen mange uger efter.

Men konfrontationen er jo stærkt kontrolleret: Morderen – hovedpersonen – siger ingenting – ud over, at han svarer „nej“ til retsformandens spørgsmål til sidst „Om han ønsker at udtale sig?“ (hvilket den tiltalte har ret til ved afslutningen af enhver straffesag). Det er på en måde ligegyldigt, om han er der eller ej. Han er kommet for at få lidt afveksling i den afsoning, han allerede er startet på, eller fordi hans forsvarer har fortalt ham, at det kunne gavne hans sag, om han ved at møde op viste lidt interesse for sagen. Som dommer kan man heller ikke gøre noget – f.eks. tale med ham, og det nævner jeg ikke, fordi jeg har lyst til det eller tror, jeg kunne hjælpe ham, men for at afdække den ramme, mødet med den tiltalte i en sådan sag foregår i. Dommerne sidder bag deres hævede bord, den tiltalte i god afstand derfra. Mens jeg som sagsbehandler kender meget til den tiltaltes liv – hans barndom er beskrevet i personundersøgelsen, hans voksne liv kan studeres i et stort antal tidligere straffedomme, der er politirapporter osv. – ved han ikke noget om os, dommerne, antagelig er vi blot et næsten livløst inventar i det store rum, han er lukket ind i, og som med sin pompøse indretning kan knuge de fleste til at tie stille og slå øjnene ned.

Som „en anden“ fordrer han min omsorg, men jeg kan ikke se nogen mulighed for at udfolde mig uden for det snævre rum, der består af den opgave, retten har, nemlig at tage stilling til, om han er skyldig, og hvilken sanktion der skal idømmes. Som sagen ligger, er der ikke meget at gøre, dvs. sagens bedømmelse må følge de indarbejdede rutiner. Når sagen bliver hængende i kroppen – som lugten i tøjet efter et besøg i en tilrøget café – er det nok netop, fordi der er dette misforhold mellem de krav, konfrontationen med et andet menneske indebærer, og det snævre handlerum. Sagen appellerer til et engagement, men må håndteres kynisk.

MAGT

I

Dette omhandler magt, afmagt og modmagt – i al korthed.

1. Arnesen, der er fængselsfunktionær, kommer til sit kontor i anstaltens østre fløj kl. 8,30. Han starter kaffemaskinen, sætter sig ved sit skrivebord og tager den øverste sag i bunken til venstre; måske kan han nå den, før kaffen er brygget. Indsat 058-13 i annekset har med formskrift skrevet en ansøgning om udgangstilladelse førstkommande fredag, da hans kones voksne barn i et tidligere ægteskab skal begraves. Arnesen mindes, at konen havde søgt om separation, så hvorfor mon den interesse for dette barns begravelse? Forsøger den indsatte at få reetableret familielivet, eller er det en undskyldning for at træffe gamle venner? Udgang er reguleret i lov, bekendtgørelse og vejledning; ansøgningen ligger på kanten; fredag er en besværlig dag, da der er både kursus i Jylland og samarbejdsudvalgsmøde. 058-13 håber måske endda at få lov til ubevogtet udgang. Han har mange år tilbage at gnave af, så undvigelse kan ikke udelukkes.

2. Det er klart, at Arnesen har magt. Han bestemmer, om den indsatte skal indstilles til den ansøgte udgang. Den indsatte er afsoner, han er frihedsberøvet, han kan ikke bestemme noget om sit opholdssted, ud over ophold i cellen. Arnesen har magt, selvom han ikke er ene om at bestemme. Sagen skal gennem afdelingsrådsmøde og inspektionen, og afslås

udgang, kan den indsatte klage til Direktoratet for Kriminalforsorgen. Bevilges indsatte udgang, bliver der ikke klaget, men Arnesen risikerer naturligvis, at der sker noget under udgangen, der bringer afgørelsen i politisk eller justitsministerielt søgelys.

Når Arnesen træffer sin afgørelse, gør han det – uden nærmere refleksion – på grundlag af det regelgrundlag der findes i straffuldbyrdslovens § 46 og tilhørende administrative forskrifter. Udgang kan gives, hvis udgangen er rimeligt begrundet i bl.a. familiemæssige eller andre personlige hensyn, som det hedder med lovens ikke særligt klare ord. Arnesen har også hele den administrative praksis ved anstalten i hovedet, for ikke at tale om direktoratets afgørelser i de mange klagesager. Han kan ikke nøjes med bare at gøre „det samme som sidst“, for der sker noget i den almene opfattelse af disse sager. Han tænker på, at der er forskellige grundlæggende tilgange til spørgsmålet – den liberale, der ser udgangen som et led i en normalisering af den fængsledes abnorme liv, over for den restriktive, der betoner straffens poenale formål, som ikke skal opløses af for mange kompenserende modforanstaltninger, der ophæver straffens karakter af lidelse.

Arnesen må placere sin afgørelse i dette mønster af lovtekst, administrativ praksis og grundsyn på fængslet. Hans afgørelse må kunne indgå i dette på forhånd eksisterende materiale og i fremtiden ligge ved siden af de allerede truffne afgørelser, den må *relateres* til traditionen. Men den er ikke *dikteret* af traditionen. Heller ikke loven giver ham noget svar, men den giver ham de ord, der skal bruges i begrundelsen – er det familiemæssige (eller andre personlige) hensyn, der gør sig gældende? Er de tilstrækkeligt stærke til at gøre udgang rimeligt begrundet? Arnesen lader igen tanken om den indsatte forestående skilsmisse, hans komplicerede forhold til det afdøde særbarn, hans undvigelsesrisiko, de ministerielle tilkendegivelser om strafafsoningens karakter løbe gennem hovedet.

3. Fængselsfunktionær Arnesen har ikke bare magt, han har magt på vilkår eller magt med en særlig retning. Hans magt rummer en pligt, en pligt til at sørge for afgørelsens relation til lov og anden regulering, til tradition, til rimelighed. Han skal træffe en afgørelse, han kan ikke bare lade sagen ligge eller lægge den nederst i bunken, og når han beslutter sig, skal det ske inden for den ramme, som regulering, tradition og rimelighed sætter. Hvis man ser på dette som en tanke på og vurdering af menneskelige hensyn, så indebærer det, at Arnesen skal tænke på ikke blot hensynet til den indsatte 058-13, men også på hans kone, som nu er ved at bryde det familieliv op, som kunne være den indsatte vej tilbage til et lovlydigt liv. Der er også konens andre børn, som Arnesen ganske vist aldrig har hørt om. Der er de vidner, som vidnede mod den indsatte, der er behovet for at imødekomme dem, der måtte blive ramt af kriminalitet under udgangen. Hele dette kompleks af til dels temmelig uklare interesser eller følelser indgår i vurderingen, eller kan og skal indgå.

Denne bestræbelse, denne magts rettethed, magts tøjl, kan beskrives ved ordet omsorg.

II

Læreren har magt over sine elever, lægen har magt over sin patient, og dommeren har magt over bl.a. parterne i en sag. Det sidste er så tydeligt, at det ikke kan overses, og min erfaring er, at dommere er bevidste om den magt, de har i forhold til dem, der er involveret i sagen. Dommermagten er ikke begrænset til parterne eller deres advokater. Dommen kan tage stilling til et problem, der er relevant for en større kreds, og for så vidt har dommeren også magt i forhold til denne personkreds. Dommerens magt kan ikke blot aflæses af en lovtæst, for den beror tillige på dommerens villighed til at gå ud over den konkrete sag og tage de nævnte videre-

gående perspektiver i betragtning. Dette kunne udlægges på den måde, at dommeren selv bestemmer sin magt, men dette ville være forkert: dommermagten er ikke et individuelt fænomen. Magten er social, bestemt af såvel juridiske som politiske og retskulturelle forhold. Der kan være alment skiftende tendenser, f.eks. har dommerens plads været restriktivt bestemt i velfærdsstatens periode med stærk tiltro til den parlamentariske beslutningsproces, mens den er større i en periode som den aktuelle med „retliggørelse“ og anerkendelse af menneskeretlig beskyttelse. Det er den generelle domspolitik, der bestemmer magten, og dommerpolitikken fastlægges ikke suverænt af dommerne, men er også afhængig af det omgivende samfund og dets reaktioner på domstolens adfærd.

Man kan sammenfatte denne magtbetragtning derhen, at dommeren har magt, selvom denne magt ikke definitivt kan afgrænses. Dens nærmere bestemmelse er en del af det, hvorom dommere kan blive uenige. Men magten udøves, magten praktiseres. Også en beslutning om ikke at bruge sin magt til det yderste er en beslutning, som udgør en magtudøvelse (der jo rammer den, der ville blive påvirket af en „yderste“ anvendelse af magten).

At tale om magt på denne måde er relativt abstrakt og kan måske forekomme betydningsløst. Men jeg mener, at det har en betydning at ekspliciterer magtens eksistens, fordi det er en markant fortrængning af et fundamentalt træk ved den juridiske virksomheds karakter ikke at ville tale om magt. At tale om magt bringer sider af vores arbejde for dagen, som vi vel ikke vil fornægte, men som vi heller ikke bryder os om at tale meget om.

Tales der ikke ofte eksplicit om magt, er magten dog paradoksalt synlig for enhver, magten sanses. Rettens arkitektur er dens første udtryk, når rettens bygning nærmes udefra. Retsbygningen har ofte en pompøs facade (om end nyere retslokaler undertiden lokaliseres som sædvanlige erhvervslokaler i en etageejendom). I retslokalets opbygning finder

vi ofte de vertikalt hævede dommere, separate felter for advokaterne, og med tilhørerne vendt mod dommeren, uanset at dommeren ikke siger nær så meget som advokater, parter og vidner, som tilhørerne ikke har samme mulighed for at følge. Det er dommerne, der er i centrum for opmærksomheden.

MOD

er en af de syv kardinaldyder, men den er som dyd ældre end dem, for den findes blandt de dyder, hvormed Platon og Aristoteles karakteriserede det moralske liv. At tale om mod i en juridisk sammenhæng er at hæve blikket fra lovteksten og domssamlingen og vurdere en afgørelse (eller handling) efter dens retning: Følger den med strømmen, glidende og ubemærket, eller går den på en eller anden måde på tværs? Eller rettere – da der er tale om en dyd og dermed et menneskeligt karaktertræk! – man vender blikket mod den person, der står for afgørelsen.

Denne ændring af blikretningen er netop den, der introduceres med dydsetikken. Når en afgørelse skal træffes, kan man ikke nøjes med at se på regler om rettigheder og pligter – og det er ikke blot et spørgsmål om også at se på forarbejder, praksis og litteratur, for også her eftersøger man jo regler – om end regler på et andet grundlag. En regelanvendelse kan – og det samme gælder ved den moralske vurdering af en handling – ikke se bort fra, med hvilket motiv, i hvilken stemning afgørelsen er taget. Jeg havde – for mange år siden – som dommerfuldmægtig afsagt en dom i en sag om spirituskørsel, hvor straffen – dengang som nu – skulle fastsættes på grundlag af en tabel, der tog hensyn til promillens størrelse, antallet af forstraffe osv., og mit resultat afveg øjensynlig fra retningslinjerne, for jeg blev kort efter – lidt utraditionelt – ringet op af statsadvokaten, der spurgte mig, om jeg

med min afgørelse ville ændre på de gængse retningslinjer, eller jeg blot havde taget fejl – hvis det første var mit motiv, ville han anke dommen, så min dom ikke skulle indlede en mildere praksis; hvis det sidste var tilfældet – jeg havde bare kludret – ville han lade dommen være, selvom tiltalte så slap for billigt. Jeg svarede ydmygt – som jeg nu vil formulere det – at der ikke var noget modigt i min afgørelse, da jeg havde søgt at træffe det resultat, der stemte med retningslinjerne, og dommen blev ikke anket.

Ved at se på retsanvenderens person, hans eller hendes karakter, ved at drøfte, hvad vi her ser og måske endda ændre på det, kommer vi ofte nærmere det moralske end ved blot at se på, hvad der i konkrete situationer er ret og pligt.¹

Spørgsmålet om mod kan være aktuelt i sager, hvor der sættes spørgsmålstejn ved loves forfatningsmæssighed. I sådanne sager har man en konflikt, som ved første øjekast angår forholdet mellem en lovbestemmelse og en grundlovsbestemmelse. I sagen om Tvind-loven sammenholdtes 1) lovens bestemmelser om, at bestemte navngivne skoler ikke skulle have støtte, i forbindelse med en passage fra forarbejderne om skolernes misbrug af støtte, med 2) grundlovens § 3 om, at domstolene har den dømmende myndighed. Der har efter dommen været forskellige opfattelser, om Højesterets dom, der underkendte loven, var en overraskelse eller stemte med de synspunkter på grænsen mellem lov og dom, som tidligere var fremkommet i den juridiske litteratur. I en sådan drøftelse kommer man let til at mangle det person- og karakterorienterede aspekt, som interessen for de menneskelige dyder fokuserer på. Drøftelser i og omkring f.eks. Højesteret i forbindelse med sager om grundloven som basis for underkendelse af love eller administrative afgørelser består i høj grad af synspunkter på, hvad der er domstolenes opgaver, og hvor langt domstolene skal træde frem.² Det er således ikke bare det kon-

1. Ande Somby: *Juss som retorikk*, Oslo, 1999, s. 200f. om "tapperhetsidealet".

2. Jens Elo Rytter: *Grundrettigheder*, København, 2000.

krete tekstmateriale, men også myndighedens selvforståelse, dens mere eller mindre fri selvdefinering, der fører den frem til resultatet. Og det, Tvind-dommen på denne baggrund vidner om, er vel så, at frygten for en konflikt med lovgivningsmagten, med regeringen og en del af Folketinget ikke gjorde sig gældende eller i hvert fald ikke afholdt retten fra at underkende loven. Og heri er der vist et element af mod, som har været fraværende i flere tidligere sager, hvor der kunne have været grund til at gribe ind. Nu viste det sig, at der faktisk ikke var megen utilfredshed blandt politikerne med underkendelsen, men det kan jo ikke ændre bedømmelsen af dommen. Mere konflikt er der – og kan der komme – ved domstolenes underkendelse af udvisninger af kriminelle udlændinge, især underkendelse af udvisning af kriminelle, der har boet her omtrent siden deres fødsel. Ved at svække sanktionen – som nogle finder for lille også for danske – og ved at tillade fortsat ophold i Danmark for kriminelle anfægter disse domme den restriktive udlændingepolitik, som en betydelig del af offentligheden går ind for. Dommene er jo kvantitativt uden betydning for en samlet udlændingepolitik, men de kan være en anfægtelse uanset deres mangel på statistisk betydning.

NØGLEN

I retsplejen gennemføres offentlighed i videst muligt omfang, foreskriver grundlovens § 65. I forvaltningen er kravet om offentlighed udtrykt i loven om offentlighed i forvaltningen.

I

1. Nøglen giver adgang til retsbygningen. Med den, udleveret mod kvittering ved min ansættelse, kan jeg komme ind i bygningen om aftenen og i weekenden, men den giver mig ikke blot denne *adgangsmulighed*, et potentiale jeg kan benytte mig af eller lade være, men den stiller mig i en særstilling, som jeg deler med de øvrige dommere og andre ansatte – denne uproblematisk adgang til noget, der ellers er utilgængeligt, jeg *er* en anden, jeg kan noget, som andre ikke kan.

2. Særstillingen bliver også mærkbar, når jeg – i sædvanlig åbningstid – er på arbejde. Det offentlige rum, det der er tilgængeligt for offentligheden, begynder ved indgangsdøren som en fortsættelse af gaden udenfor, hvorfra retsbygningen i dens imponante vælde vidner om – ja, netop noget tillukket, utilgængeligt, som kun få har adgang til. Offentligheden kan komme ind, kan følge gangen med tilstødende offentlige toiletter til retslokalerne, hvor de offentlige retsmøder

kan overværes. De, der deltager i retsmødet, er placeret således, at dommeren eller dommerne sidder på den ene side, advokater, parter og tilhørere på den anden side. Retsmødet danner ramme om en kommunikation, hvori de aktive – advokater, parter og vidner – er vendt mod dommerne, der skal se og høre. De, der ytrer sig, er således vendt mod dommeren. Tilhørerne – offentligheden – sidder bagtil, de kan ikke se advokater og vidner forfra, mens de taler, og har derfor ofte svært ved at følge deres redegørelser og endnu mere deres ansigtsudtryk. De er anbragt med udsigt til dommerne, der til stadighed er iagttaget. Dommerne er således i realiteten det samlende, dem der tales til eller ses på. Det er dem – os – offentligheden kan iagttage. Det er os, der er offentlige.

3. I retsbygninger er som i alle offentlige kontorer (og for den sags skyld også private kontorer) nogle arealer tilgængelige, andre ikke tilgængelige for offentligheden. „Adgang forbudt“ eller andre forbudsskilte kan være opstillet for at afgrænse *det offentlige rum*, eller døre er lukkede og aflåste, så kun den, der har nøglen, kan komme ind. Her dannes der inde i retsbygningen grænser, der er bestemmende for den almindelige borger, men som virker som skrevet med citronsaft for de interne, der frit kan bevæge sig i hele bygningen. Det, der for udefrakommende er trappen op til et retslokale, er for mig en ikke benyttet omvej, mens den vej, jeg følger til retslokalet, er utilgængelig og usynlig for den udefrakommende. Dommerne kommer ind i retslokalet ad veje, som ikke kendes af udefrakommende.

4. Offentligheden omfatter retslokalet, men ikke de papirer, der benyttes under retsmødet. Tilhørerne er netop – tilhørere. Der er – endnu – ikke givet adgang for offentligheden til sagens papirer, *sagens akter*. Også herved markeres en særstilling for de medvirkende, herunder en særstilling for dommerne, der jo har haft sagens akter længe før retsmødet.

5. Dommerne har sagens akter – som administratoren har sagens chartek. Et chartek rummer ofte mere, end hvad selv et vidtgående offentlighedskrav kan bringe frem. Der ligger håndskrevne *notater* fra sagsbehandlere, der tidligere har arbejdet med sagen, fotokopier af ældre domme af interesse for sagens behandling eller afgørelse, små notitser fra en telefonsamtale med en advokat med dennes kommentar til et praktisk spørgsmål. I straffesager findes politirapporter og forakter (sager om tidligere straffe), selvom materialet ikke er fremlagt som bevismateriale. I en forsikrings sag om en varevogns mystiske forsvinden har jeg fundet politirapporter med forklaringer, der kunne belaste den ene part, men som under forberedelsen af sagen var nægtet tilladelse til at blive fremlagt. Disse spor fra tidligere håndteringer af sagen under dens behandling ved samme institution kan bringe den aktuelle sagsbehandling hurtigere ind på det rette spor, men kan selvfølgelig også være vildledende som skrevet ud fra en opfattelse af sagen, som nu ikke længere er den relevante.

6. Disse små spor af behandlinger og tilhørende drøftelser, formelle eller uformelle, bringer os frem til offentlighedens adgang til de drøftelser, der foregår i retten – og tilsvarende foregår i administrativ myndighed. Offentligheden er begrænset til de *offentlige drøftelser*. I Folketing og i kommunalbestyrelser gælder der offentlighed, men offentligheden gælder ikke for møder i udvalg eller grupper. Offentligheden kan ikke følge en sag, efterhånden som den fra sin spæde begyndelse gennem drøftelser i myndigheden når frem til en sådan „modenhed“, at den kan gå til behandling i et plenum med offentlighed. Heller ikke, når den ene dommer taler med en anden dommer om den sag, der skal behandles i morgen, er der nogen offentlighed, drøftelsen er tværtom diskret, sker under udtalte eller indforståede forbehold, og bliver ikke senere refereret. Heller ikke den drøftelse, der sker, efter at den offentlige domsforhandling er afsluttet, er tilgængelig for offentligheden.

Der skabes herved en forskel mellem den eksterne og den interne synsvinkel: For den eksterne er der faser, man kan følge, andre man ikke kan følge. Når der er en pause i domsforhandlingen, er der ingen tilhører, der følger med til dommerens kaffekande eller frokostbord, hvor de optrædende advokater og sagens problemer drøftes og kommenteres, ganske vist forsigtigt, med forbehold, men alligevel med vidnesbyrd, der giver rimeligt sikre varsler om den enkelte dommers senere standpunkt. Der er heller ingen, der går med mig ind på mit kontor for at følge med i mine revisioner af domsudkastet med eller uden præmisser og resultat. For de interne – den valgte eller ansatte – forløber sagen i offentlige og i lukkede rum, kontinuerligt og uden brud, men således at de forskellige faser har forskellige funktioner. Hvad der siges, og hvordan noget siges, er naturligvis påvirket af, om der er offentlighed eller ej. Det er forståeligt, men samtidig paradoksalt, at drøftelsen er åben og frimodig, når drøftelsen er hemmelig, men kontrolleret og filtreret, når drøftelsen er offentlig. Den frimodighed, man finder ved dommerens voteringer i retter med flere dommere, kunne ikke bevarer, hvis voteringen gjordes offentlig.

7. Alt det, der således er holdt tilbage, „holdt hemmeligt“ – kommer det så frem i dommens begrundelse, i præmisserne? De skal som det summarisk hedder i retsplejelovens § 219 „ledsages af grunde“, og mere udførligt i § 929 om straffesager, at „domsgrundene“ skal angive nøjagtig „de omstændigheder, der som beviste lægges til grund for domfældelsen“, og anføre det „lovbud..., som bringes i anvendelse“. Kravene er mere udførligt beskrevet for forvaltningssager i forvaltningslovens § 24.

De „grunde“, der er for en afgørelse, er set med *en intern synsvinkel* ganske omfattende. De indbefatter en stillingtagen til hele apparatet af juridisk litteratur, domspraksis og andet retskildemateriale, foruden en stillingtagen til den konkrete sags sammenhæng. Det kan kræve mange arbejds-

dage at forberede sig, og „grundene“ til det resultat, man når, skulle jo være tilsvarende omfattende. Advokaternes procedure kan give et mål for omfanget af den redegørelse, der skal til for at begrunde resultatet selvom dens betoning af det retoriske kan forlænge den mere, end en egentlig „begrundelse“ nødvendiggør. I Højesteret er et højdepunkt i sagens behandling netop dommernes votering, dvs. den redegørelse for sagen, som hver dommer efter tur kommer med i fortsættelse af domsforhandlingen. De første voterende bruger ofte en time på sager, som ikke rummer særlige eller principielle problemer, og mere på større sager. Voteringen giver således et mål for, hvad der faglig internt kræves for at nå frem til en velbegrundet afgørelse. I andre retter er voteringen mindre formel og kortere.

Danske *domspræmisser* giver, især ved de højere instanser, ofte kun en afglans af det materiale og de synspunkter, der er kommet frem under sagens forberedelse, domsforhandling og votering eller efterfølgende analyse. Det beror for det første på, at der er en retskulturelt bestemt bestræbelse på, at flere dommere (der er enige om resultatet) skriver deres dom sammen, dvs. finder ud af nogle *fælles* præmisser. Da flere dommere faktisk ofte ser temmelig forskelligt på „samme“ sag, bliver det „fælles“ derfor den fælles grundstamme, som forklarer det ens resultat, og denne stamme er ofte en tynd og bøjelig pilekvist, der ikke giver meget indtryk af de overvejelser og standpunkter, der har været fremme. Det beror endvidere på en usikkerhed eller et ubehag hos mange dommere ved at formulere præmisser, der kan risikere at binde retten til bestemte standpunkter i fremtidige sager. Denne frygt kan være begrundet, og selv med den forsigtighed, der praktiseres, forekommer det, at rækkevidden af præjudikater må korrigeres ved senere domme. Målet er derfor, at præmisserne kun omtaler de træk ved sagen, som har haft betydning for afgørelsen, og denne stramme linje er selvforstærkende, for det er nu en almen forventning, at når noget er nævnt i præmisserne, har det haft betydning. Resultatet

tatet er imidlertid, at det bliver andre – advokater, forskere, private – der må overveje, hvad de forsigtigt afgrænsede præmisser fører til i sager, der ligger uden for præmissernes snævre rammer.

Ikke blot er det ræsonnement, der begrundet afgørelsen, ofte kun summarisk fremlagt, men præmisserne giver sjældent indtryk af de bevægelser fra tvivl til sikkerhed, fra at anse noget som afgørende til at forkaste det som irrelevant, som er sket under sagens overvejelse. Dommernes overvejelser i deres tidsmæssige forløb og deres følelsesmæssige grund omtales ikke.

8. I den danske Højesteret er voteringsprotokollen det sted, hvor dommerne kan finde det, domspræmisserne ikke indeholder. Her er et referat af hver enkelt dommers votering, nedskrevet af en dommerfuldmægtig (og ikke kontrolleret efterfølgende af de deltagende dommere). Dette materiale, der er fremme i næsten hver eneste sag, er ikke tilgængeligt for parterne eller deres advokater. Jeg har oplevet procederende advokater, der kunne have haft glæde af at vide, *at* et præjudikat blev afsagt under stor tvivl (ifølge voteringsprotokollen), *at* en korrektion af en strafudmålingstakst, som anklagemyndigheden ønskede, faktisk allerede var sket ved en tidligere dom, uanset at dette ikke var synligt i dommens præmisser, *at* det kriterium, der efter præjudikatets præmisser var afgørende, og som var accepteret i litteraturen, slet ikke havde haft tilslutning hos flertallet af dommerne, osv.

9. Når dommen er afsagt, kan jeg se den på min skærm, hvor jeg også kan finde rettens øvrige domme. Den udenforstående må læse i avisen, læse et kort resumé på rettens hjemmeside, eller vente på, at dommen offentliggøres i *Ugeskrift for Retsvæsen*. Den egentlige dom er (endnu?) ikke tilgængelig for almenheden. De europæiske domme – fra Luxembourg og Strasbourg – kan uden videre hentes på nettet.

II

Nøglen er således blevet tegnet på den særstilling, den dommer, der er inde i huset, rummet, sagen, akten, tankegangen, har og til en vis grad også må have. Man kan – som offentligheden i forvaltningen illustrerer – ændre på disse grænser, idet offentlighedens indblik øges, men processen ledsages af en stadig forskubning på den anden side af den låste dør – dér hvor den nu er anbragt.

Gøres voteringen offentlig, må sagen – som i Norge, hvor voteringen er offentlig – drøftes mellem dommerne *inden* voteringen, og den votering, der fremlægges og offentliggøres, gennemdrøftes mellem dommerne. *At give offentligheden indblik ændrer genstanden for indblikket.*

At skrive mere udførlige præmisser (begrundelser) i domme vil ændre begrundelsernes karakter. Man må – som i Sverige – acceptere individuelle begrundelser også fra dommere, der er enige i resultatet, den juridiske litteratur må omtales og eventuelt drøftes, forberedelsen af dommernes arbejde ved assisterende fuldmægtige må udvikles, og dommernes rolle bliver dermed ændret.

Den vanskeligste hindring for fuldt indblik i en sag finder man i sin egen motivation. Hvorfor mener jeg nu det? spørger man sig selv, når debatten mellem to standpunkter til et tvivlsomt problem har stået på nogen tid. Alle de love, domme, juridisk litteratur, kontrakter og kontraktudkast osv., som vi alle har set på, har ikke skabt samme opfattelse af sagen. Hvordan kan mennesker danne sig forskellige opfattelser på dette – ens – grundlag? Disse spørgsmål udspringer af den situation, hvor der er uenighed, men på sin vis er de mange sager, hvor der er enighed, lige så gådefulde: Hvordan kan en række dommere med hver deres personlige forudsætninger komme til *samme* opfattelse af en sag? I begge sagstyper er det basale, individuelle spørgsmål netop, hvordan man selv er nået til sin overbevisning. Til at belyse dette spørgsmål hjælper regler om offentlighed ikke.

Dommere er som andre mennesker, og den indsigt, jeg her taler om, får man mere ved at reflektere over sig selv end ved at forestille sig som en homunculus, der – med en lånt nøgle – har lukket sig ind i en andens hoved.

OMSORG

er ikke noget særligt for retten eller for juridisk virksomhed, specielt ikke for retsanvendelse, som dette primært handler om, men omsorg er integreret i den retlige virksomhed, og den retlige virksomhed kan derfor ikke forstås, kritiseres eller foreslås forandret, uden at omsorgen medtænkes.

Da omsorg er noget, man ikke i almindelighed forbinder med juridisk virksomhed – snarere tværtom! – er min første opgave at gøre klart, hvad jeg mener med at tildele omsorgsbegrebet en central plads i retten, og hvorfor jeg mener det. Først derefter kan det mere nuanceret beskrives, hvorledes omsorg praktiseres, og hvordan der sættes grænser for omsorgen.

Retsanvendelse strækker sig over tid. Retsanvendelse tager tid. Retsanvendelse er ikke en øjeblikkelig konfrontation af en generel, på forhånd givet regel med et konkret på forhånd fastlagt og bestemt faktum, der (logisk og øjeblikkeligt) resulterer i en afgørelse. Nej, retsanvendelsen kræver tid, tid til opmærksomhed.

Retsanvendelsen begynder med en indledende orientering, den følges op af kortere eller længere tids studium af sagens materiale, der streges under og viskes ud, noter skrives i marginen, og mærkesedler sættes i for at erindre om vigtige passager i materialet. Man går på biblioteket, ser i den ene bog, i den anden bog, ældre udgaver bestilles. I denne arbejdsproces indgår en form for forskning, men her er

det arbejdet som proces, der er det centrale. Retsanvendelsen forudsætter tilegnelse af en – større eller mindre – viden. Den specielt fremskaffede viden glider sammen med, vurderes i lyset af og fører til revision af den forhåndsopfattelse, dommeren har om såvel sagens parter og deres livsforhold som om det retlige.

Sagen bliver en del af en retsanvenders liv. Retsanvenderen lever med de problemer, som – med varierende indhold – forbindes med sagen, efterhånden som forarbejdet bliver udført. Dette gælder ikke blot tiden bag skrivebordet på arbejdspladsen, for man „tager arbejdet med sig“, tænker på det på vej til og fra arbejde og taler med sin familie om sagen.

Dette fortsætter ind i den egentlige forhandling om sagen, domsforhandlingen, hvor parterne og deres advokater, foruden eventuelt vidner og sagkyndige giver møde. Parternes krav bliver præsenteret, sagen bliver oprullet, forklaringer bliver afgivet eller (hvis de allerede er afgivet ved en anden ret) forelagt, og advokaterne argumenterer for deres klients standpunkt. Dommernes opmærksomhed er helt fokuseret på sagen, og selvom sagen ofte kendes godt fra det forberedende forarbejde, kommer der ofte nye detaljer og synsvinkler frem, som kan ændre helhedsbilledet.

Og det fortsætter efter domsforhandlingen. Indtil afgørelsen er truffet, kan dommeren ændre standpunkt, og indtil da er der derfor grund til at bearbejde, om det (foreløbigt) valgte standpunkt kan opretholdes. Denne eftertanke kan være intens, hvis dommeren er i tvivl, eller den kan være en svag refleksion i et lille hjørne af bevidstheden, hvis afgørelsen ikke „frembød tvivl“.

Dette tidsforløb har interesse, fordi det viser, at retsanvendelsen – hvad der jo i og for sig er åbenbart – udspringer af en levende, menneskelig proces. Denne fokusering eksisterer i kortere eller længere tid, og i dette tidssegment ser jeg et første træk af omsorg: Retsanvenderen fokuserer på en sag i et kortere eller længere tidsrum, dommeren engagerer en del

af sit liv i en sag. Uden dette engagement ville dommeren ikke „kende“ sagen, dvs. ikke være vidende om eller have føling med sagen, og dommeren ville derfor ikke kunne afgøre sagen. En dommer, der afgør en sag uden at kende den, dømmer ikke ret, men handler i blinde eller deponerer sin vilje hos en kollega, hvis standpunkt han kalkerer, og her foreligger ikke retsanvendelse. Den, der er dommer, skal dømme. *Du skal dømme.*¹ Dette gælder ikke blot dommere: Den, der som administrator eller som advokat skal tage stilling til en sag, er stillet på samme måde: Det er dig, der skal tage stilling, og det er derfor dig, der må give en del af dit liv til den sag. Engagementet kan kompliceres ved, at det ikke er „hele“ sagen, som den enkelte medarbejder har til behandling, og det bliver da en mindre del, der er vedkommendes ansvar. Men i hvert fald for denne del gælder det samme, og undertiden for mere end det.

Tid til opmærksomhed – og tid til opmærksomhed; det er den første nødvendige forudsætning for en ordentlig retsanvendelse. Heri ligger antydning af et yderligere aspekt, nemlig betydningen af, at retsanvenderen er med som person. Retsanvendelse ytrer sig ikke som sådan i fysiske handlinger, som kendes fra den „omsorg“, vi uden tøven forventer af sundhedspersonalet, f.eks. på et hospital, hvor syge bliver behandlet ved operation eller medicinering, og smerter lindret ved massage og samtale. Anderledes i retten: Retsanvendelse kommunikerer undertiden, uden at retsanvender og adressater er i samme lokale, og resultatet – afgørelsen – bliver f.eks. sendt med post eller telefax. Her er i almindelighed ingen fysisk kontakt, og hvis der er kontakt, er det ofte et krisetegn, f.eks. når den bistandsøgende overfalder socialrådgiveren. Der er derfor noget intellektuelt køligt ved retsanvendelse, noget tilsyneladende ikke fysisk eller ikke kropsligt.

1. Man understreger gerne, at en dommer skal dømme, selvom han er i tvivl – han kan ikke slippe! Dette krav, der omtales som „non liquet“, angår således noget andet. Trykket ligger på, at man *skal* dømme.

Men kroppen er med i retsanvendelsen. Kroppen signalerer til dels bevidst, til dels ubevidst de følelser, der behersker retsanvenderen. Disse følelser veksler fra sag til sag. Der er imidlertid en fælles retning, en fælles ramme, som følger af retsanvendelsen, og det er denne følelse, jeg vil bringe til udtryk ved at tale om *omsorg*. Der er noget mere end det intellektuelle, og det er ikke nok at påpege, at der tillige er noget kropsligt eller følelsesmæssigt. For der er en fælles indholdsmæssig ramme. Og der er noget, der rækker ud over en stillingtagen til faktum og regler.

Den myndighed, der udøver ret, anvender ret, har i og med det retlige kompetenceforhold en magt over den eller dem, afgørelsen vedrører. Det er denne retligt bestemte magt, som er relevant for en forståelse af retsanvendelsen. Den retligt bestemte magt – den magt, vi som jurister lever med og praktiserer og skal praktisere – stiller de private i en tilsvarende retligt bestemt afhængighed, en retligt bestemt afmægtighed. Dette magtforhold kan være kombineret med et modsatrettet magtforhold, som vi ser, når en stor erhvervsvirksomheds ansøgning om en dispensation behandles i den lokale kommunale forvaltning.

Den retsanvendelse, der sker ved en myndigheds afgørelser, kan betegnes som vertikal: Vi opfatter rumligt myndigheden som overordnet den private, som er genstand for retsanvendelsen. Der er i dette retsforhold et magtforhold, som udspringer af den retlige underordnelse, at en myndighed (myndighedsperson) skal fastlægge en andens retsforhold. Det er denne retligt bestemte magtudøvelse, der indebærer omsorg. Retsanvendelse og dermed omsorg kan også indgå i et horisontalt forhold, f.eks. når arbejdsgiveren overvejer, om den ansattes fravær kan begrunde bortvisning. Også denne afgørelse indgår i et grundigt magtforhold.

Omsorgen angår ud over forberedelsen, som er omtalt, noget personligt og noget alment.

Først den vertikale omsorg. Personligt må myndigheden på den ene side anerkende sin opgave som myndighed, dvs.

som magthaver (inden for snævre grænser) over en anden, på den anden side anerkende sig selv som et menneske som den anden. Denne dobbelthed kan melde sig hos myndighedspersonen som en anfægtelse: Hvorfor skal jeg afgøre f.eks., hvordan et ægtepar skal fordele forældremyndigheden over deres børn? Med hvilken adkomst kan jeg gøre mig til herre over, om A skal betale B en godtgørelse? Men anfægtelser fører ingen veje. Eller rettere: Jeg tager det nu for givet, at det er dommerens opgave at træffe disse beslutninger; er det ikke mig, er det en anden. Det er dommerens virksomhed, beskrivelsen her tager sigte på, ikke dens forudsætninger i et almindeligt retssystem, et sæt af myndigheder, osv.

Jeg ser ingen anden udgang end den at fastholde, at jeg som et menneske forholder mig til et andet menneske, at jeg nu skal træffe en afgørelse om dette andet menneske, at min magt er til for at tilføre en ret, en retfærdig orden, og det er mig, der (sammen med de andre, der deltager i sagens behandling, herunder advokater og sagkyndige) skal bestræbe mig på dette. Min omsorg indbefatter, at jeg anerkender den anden som et menneske som mig, og at jeg anerkender min pligt til at sørge for at nå et så retfærdigt forløb og resultat som muligt.

Jeg indgår som dommer i en interaktion med et andet menneske. Denne omgang er som al interaktion værdiorienteret, og den grundlæggende værdi i retlig omsorg er retfærdighed: Dommeren drager i den enkelte sag omsorg for at fremme retfærdighed. Det er med udgangspunkt i en forestilling om retfærdighed, at en sags behandling eller en afgørelses indhold drøftes, om end drøftelsen ofte sker uden brug af begrebet retfærdighed. Det er retfærdigheden, der giver omsorgen dens retning.

Dette er ikke en teori om retten, for jeg tager jo som nævnt retten som givet: Dommere og andre retsmyndigheder er udnævnt og har deres lovbestemte opgaver, de sidder med sager, der skal afgøres efter retten, osv. Hele det tilgrundliggende „system“ er taget for givet, og det, der bringer omsor-

gen frem, er en overvejelse af den opgave, som retsanvenderen gennemfører. Der er derfor ikke tale om en afledning eller deduktion, hvor jeg søger at bestemme rettens karakter, for retten er forudsat, ikke afledt.

Tilsvarende i den horisontale relation: Også den private må vise omsorg under sin magtudøvelse, for at der kan tales om retsanvendelse.

Når der tales om omsorg, bringes fortolkningen af retsanvendelsen inden for en kristen tradition. I den kristne tradition forbindes omsorg med kærlighed (caritas), og ofte drøftes spørgsmålet om den professionelles følelse som et spørgsmål om kærlighed. For alle gælder her, at „du skal elske din næste som dig selv“. Efter min opfattelse – der slet ikke går ind på det teologiske grundlag for dette krav – tales der her et sprog, som ligger meget langt fra den måde, disse forhold opleves på og fungerer. Denne afstand hænger sammen med, at det forekommer umuligt at forbinde den gængse nutidige forståelse af begreber som „elske“ og „kærlighed“ med f.eks. den professionelle opgave at fungere som dommer (og for så vidt også læge, sygeplejer osv.) og dennes relation til f.eks. parten i en civil sag, der antagelig har snydt sin medkontrahent, eller den tiltalte, der er dømt for at have myrdet sin tidligere kæreste, mor til deres fælles barn. Disse begreber bruges i almindelighed om relationer, som den enkelte kun har til ganske få. Min brug af begrebet omsorg indbefatter derfor ikke en forestilling om eller et krav om kærlighed i gængs forstand, men et krav om en menneskelig omsorg, en tagen sig af en anden på en praktisk måde. Jeg finder ikke, at fraværet af et kærlighedskrav gør det urigtigt at anvende begrebet. Heller ikke det forhold, at dommeren modtager penge for sit arbejde, gør det urimeligt at kræve omsorg. Jeg finder lidt støtte i historien om den barmhjertige samaritan, der – antager jeg – anerkendes som én, der efterlevede kravet om at elske sin næste som sig selv: Han fandt den berøvede på vejen, fik „medynk“ med ham, tog sig af

ham, bragte ham til et herberg, betalte værten for at tage sig af den berøvede, og rejste videre. Han viste „barmhjertighed“.² I mere generelle termer vil jeg tale om omsorg. For den, der vil tale om at „elske“ eller om „kærlighed“, må det bygge på det netop resumerede forløb, og det er det, jeg ikke finder dækkende.

Den lov, der siden 1916 har reguleret domstolenes virksomhed i Danmark, bærer titlen „lov om rettens pleje“. Udtrykket retsplejen finder vi allerede i Grundloven 1849, der foreskrev, at „Retspleien bliver at adskille fra Forvaltningen“ (§ 47). Udtrykket stammer fra tysk „Rechtspflege“.³

Rettens pleje betyder således – med nutidige ord – omsorg for retfærdighed. Omsorg ydes over for en anden eller over for flere, og for dommerens vedkommende er det først og fremmest parterne, der er dem, for hvem der drages omsorg – som præsterne efter Christian den 5.'s Danske Lov 1683 2-7-2 har omsorg for de fattige.

Men de fleste sager, deres behandling og afgørelse, berører andre end parterne, og også for disse må dommeren være omsorgsfuld. Disse andre kan være bestemte personer eller virksomheder, der er med i sagen uden at være parter, og som der derfor må tages hensyn til. De andre kan være fjernere personer, eventuelt endda de øvrige personer, der er virksomme i en branche, og som vil blive reguleret af de præmisser, retten overvejer. I forhold til en sådan „almenhed“ viser omsorgen sig i dommerens overvejelse ikke af konklusionen, der teknisk kun er bindende for parterne, men i overvejselsen af præmisserne. Dommeren gør sig klart, at der kan være tale om alternative præmisser – ofte præmisser, der ligger i fortsættelse af de positioner, som hver af parternes advokater har præsenteret. Findes der andre, alternative måder at regulere dette emne efter, og hvilken grad af sikkerhed har man for de forskellige præmisser? Usikkerhed

2. *Det Nye Testamente*. Lucas 10, 25-37.

3. *Ordbog over det danske Sprog* (Retspleje, Pleje, Omsorg).

kan ofte imødekommes ved at afstikke grænserne for præmisserne mere snævert – give dommen som præjudikat en snævrere og dermed mere overskuelig rækkevidde. Ofte kan en sådan indsnævring være en god løsning i tilfælde af usikkerhed, men undertiden er parternes indsats netop rettet mod et bredere præjudikat – det er en principiel sag ført af to modstående organisationer – og det er ikke omsorgsfuldt – men juridisk ikke udelukket – at kappe principperne af og afgøre „den konkrete sag“, dvs. afgøre sagen uden hensyn til andre end parterne.

Omsorgen har ikke blot en personkreds for øje, men også et mål eller snarere et perspektiv: Det er retfærdighed, det gælder, som det for lægen gælder (patientens og offentlighedens) sundhed og smertelindring, og for læreren gælder (elevens) kundskaber og selvstændighed. Det er – med A. S. Ørsteds ord – retfærdigheden, der plejes.⁴

4. A. S. Ørsted fandt det „af yderste Vigtighed for et Folk, at Retfærdigheden pleies efter faste og lige Grundsætninger, paa hvilke man kan stole, og efter hvilke man kan vide at indrette sig“, A. S. Ørsted: *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed*, København, 1822, bd. 1, s. 119.

OVERBEVISNING

er noget, man når frem til – „jeg er nået frem til den overbevisning at ...“ siger man for at lægge den vej, man har fulgt, frem. Jeg mente først noget – eller jeg mente slet ikke noget – og kom så efterhånden frem til det, der altså nu er min overbevisning.

Denne proces er naturligvis af central interesse for en praktiserende jurist, for retsanvendelse foregår som en kæde af kontinuerlige overbevisninger, bestandig „tager man stilling“, hver enkelt sag rummer en mængde forhold, som man må have en mening om – en overbevisning om – for at kunne komme videre. „Er Andersen skadet i skulderen? Skyldes den skade hans arbejde? Medfører den skade, at han ikke længere kan arbejde som hidtil? Kan han så slet ingenting gøre, eller kan han dog noget? Hvor stor var hans indtægt før skaden? Hvad kan den nu være, hvis han gjorde, hvad han kunne?“ Hele denne serie af spørgsmål er en forenklet ramme for behandling af en arbejdsskade som grundlag for krav om forsikring eller erstatning. Disse spørgsmål skal besvares af flere mennesker under sagens gang, og om alle disse mennesker gælder, at de på forhånd ikke ved noget som helst om Andersens skulder, hans indtægter eller andre af Andersens forhold. De har aldrig hørt om Andersen, og de vil som regel ikke tænke på ham, når sagen er færdigbehandlet. Men undervejs når sagsbehandleren altså frem til en overbevisning om, hvordan man skal besvare de stillede spørgsmål.

Jeg kan – som sagsbehandler – spørge mig selv, hvordan jeg når frem til en overbevisning. Mit svar findes da ved at henvise til de oplysninger, jeg tillægger særlig betydning: For at antage, at der er sket en skade, må der foreligge en lægeerklæring, helst fra en specialist inden for det område, skaden hører under. Denne lægeerklærings indhold må leve op til visse krav, som kan udpensles nøjere. Men en udtømmende beskrivelse af denne vej frem til en overbevisning kan jeg ikke give, for der vil altid være nogle modifikationer eller uforudseelige situationer, som jeg ikke kan tage højde for.

Overbevisningens andet element er at være grundlag for en handling eller afgørelse. Der tales ganske vist ofte om overbevisninger, uden at dette handlingsaspekt er med, f.eks. når man spørger om: „Hvilken religiøs overbevisning har du?“ eller fastslår, at „Smith er overbevist republikaner“, men undertiden er der alligevel et handlingsaspekt, som blot ikke er umiddelbart nærværende. De overbevisninger, der interesserer her, er orienteret mod en afgørelse eller handling. Overbevisningen har ikke nogen mening uden dette aspekt – hvis det ikke var min opgave at tage stilling til Andersens erstatnings- eller forsikrings sag, så ville jeg ikke bruge tid på at finde ud af, om han har lidt en skade, har tabt indtægt osv. – det er jo totalt uinteressant for mig. Andersen er kun interessant for mig, fordi hans skæbne indgår i det chartek, jeg har liggende foran mig, og som jeg skal flytte fra IND til UD med mit bidrag til sagens videre behandling lagt ind i chartekket. (Chartekket er kun en håndfast metafor: Det kunne lige så vel foregå mundtligt, jeg sætter mig ind i sagen for (med det resultat for øje) at aflevere et mundtligt indlæg. Eller elektronisk: Jeg ser sagen på skærmen, indfletter nogle oplysninger, jeg har fra anden side, og sender resultatet videre).

Jeg kan kun vanskeligt selv forklare, hvordan jeg når min overbevisning. Jeg kan naturligvis give mine grunde. Hvis Andersen er utilfreds med min afgørelse, ringer han mig op,

og jeg kan da forklare ham, hvad jeg har lagt vægt på – det er jo et krav, ja, det følger endda af forvaltningsloven, at jeg skal give ham en begrundelse fra starten, dvs. samtidig med min afgørelse. Men at give en begrundelse er ikke det samme som at forklare, hvordan man når en overbevisning, selvom der er en sammenhæng. Hvis der kun er en lægeerklæring i sagen, og denne erklæring ikke bekræfter, at Andersen har lidt en skade, er sagen ikke svær at afgøre. Jeg er ikke overbevist om, at han har lidt nogen skade. Andersen har ikke noget krav. Sagen ville stille sig anderledes, hvis der var flere erklæringer, hvoraf en måske ikke bekræftede nogen skade, men andre gik ud på, at der var sket en skade.

PRAKSIS

I

I den praksis, som udfolder sig ved administrative myndigheder, ved domstolene, i advokaters rådgivning og private virksomheders juridisk orienterede beslutninger, er retten for den juridiske praktiker undertiden noget givet, noget der *binder* og dermed noget som bekræfter den etymologiske rod, som ord som *lex* og *obligation* har i det latinske legare, *at binde*. Loven *skal* tages i betragtning, en aftale *skal* opfyldes, en dom *skal* efterleves, osv. Selv hvor retsanvendelsen har en frihed, f.eks. som følge af et upræcist lovudtryk eller et udtrykkeligt skøn, er der juridiske argumenter, der er forbudte eller i hvert fald irrelevante, uanset hvad retsanvenderen personligt måtte mene om sagen.

Vi kan således se, at der i praktikerens arbejde med retten også er træk af en retsforståelse, der fokuserer på retten som noget udenforstående, noget i og for sig gældende, som man indretter sig på og tager til følge. Denne retsforståelse er ikke alene et resultat af den positivistiske videnskabsteori, men er først og fremmest en refleks af det forhold, at retten er et socialt fænomen, noget der angår mit forhold til andre, og dermed noget, der *i vidt omfang* og undertiden *helt* er bestemt af andres forhold.

Samtidig er retten individuel eller subjektiv i den forstand, at jeg kommer til en sag eller kommer ind i en relation

med de forudsætninger, jeg har; sagen ser ud, som den ser ud for mig, og jeg forstår det i den, som mine forudsætninger gør det muligt at forstå, ligesom jeg forstår tingene på en måde, der er min subjektive. Retten er subjektsafhængig, eftersom dette jeg, som vi alle har som vores udgangspunkt, sætter vilkårene for vores deltagelse i de retlige relationer med andre.

Betydningen af denne subjektsafhængighed viser sig i vores opfattelse af den samfundsmæssige sammenhæng, der giver sagen dens mening. Vi ved en mængde ting om samfundet, dvs. vi har en opfattelse af et samfund, og denne opfattelse er den baggrund eller den fordom eller den forhåndsantagelse, som et specielt juridisk emne eller en konkret sag bedømmes ud fra. Vi kender også en mængde normer, som udgør de forudsætninger, som er grundlaget for vores vurdering af de retlige problemer i det emne, vi konkret præsenteres for.

Man kan sammenfatte de specifikke retligt relevante sider af disse forudsætninger, som hermeneutikken har draget frem i almindelighed, i betegnelsen *et normativt beredskab*, hvorved jeg vil forstå de operative antagelser, jeg (som enhver anden) har om den sag eller det emne, der nu foreligger til bedømmelse. Enhver bedømmelse beror på et normativt beredskab. At dette beredskab er operativt, viser sig ved, at det utvunget er det, jeg gør brug af, eller rettere er det, hvorigennem sagen opleves; det er nærmest det, der konstituerer sagen. Dets indhold kan stamme fra mine erfaringer i mit hverdagsliv, f.eks. mit private liv som barn, ung og voksen, men det indeholder også mine erfaringer fra mit arbejdsliv. Mellem privatliv og arbejdsliv kan der ofte slet ikke skelnes, f.eks. kender jeg til udviklingen af bestemte obligationstyper fra såvel avislæsning om aftenen som fra et par sager om dette emne.

I juridisk arbejde deltager jeg i en proces, der indebærer en konkret eller generel regulering af et eller flere menneskers liv, og det er derfor bestandig et problem, hvordan jeg skal

sikre, at mit normative beredskab ikke leder mig på vildspor. I hvilket omfang er det muligt at trække det frem og få det debatteret og kontrolleret – en kontrol, der naturligvis må ske på visse forudsætninger – og hvornår kan jeg forlade mig på det uden videre refleksion?

II

I enhver juridisk praksis er der et element af selvstændighed. Retsanvendelsens selvstændighed er selvfølgelig iøjnefaldende, når retsanvenderen tillader sig en nyfortolkning, tillader sig at beslutte sig for en anden fortolkning end den, som lovens forarbejder, lærebog, domspraksis eller lovforarbejder lægger op til. Men også, hvor retsanvenderen beslutter sig for, at loven skal forstås i overensstemmelse med, hvad der er udtrykt i lærebog, lovkommentar og forarbejder, har retsanvenderen dog i den foreliggende situation med sin beslutning afstået fra den mulighed at foretage en nytolkning. I begge tilfælde er det retsanvenderen, det kommer an på.

Selvstændigheden viser sig ikke blot i fortolkningen. Det skabende som noget selvstændigt eller personligt ligger heller ikke blot i forhåndsbedømmelsen eller forhåndsantagelsen. Det ytrer sig i afgørelser som noget i sig selv selvstændigt. Fortolkningen er i sidste ende en fortolkning af sagen, og der er også her altid et element af selvstændighed, et element af spring: Begge parter har argumenteret, de har argumenteret for hver sin opfattelse, og i almindelighed er der noget, der støtter det ene, og noget der støtter det andet resultat. Retsanvenderen skal beslutte sig. Noget skal tillægges betydning, og noget skal der „ses bort fra“. Der skal i straffesagen tages stilling til, om den tiltalte har gjort sig skyldig, og dette reguleres nærmere af de relevante mønstre for bevisvurdering og af den gældende bevisbyrderegel – der må ikke være nogen rimelig tvivl. Men selv under iagtta-

gelsen af denne regel kan dommeren indrømme, at der er en vis tvivl, ganske vist *ikke* nogen „rimelig“ tvivl, men dog en tvivl. Selv det mest usandsynlige er dog en mulighed. I sin afgørelse af straffesagens skyldsspørgsmål skal dommeren se bort fra denne mulighed. Dommeren skal – ansigt til ansigt med den tiltalte – udtrykke den opfattelse, at det er „godtgjort“, at tiltalte er skyldig i f.eks. et manddrab. Tiltalte *er* morder! Den tvivl, som ikke er en rimelig tvivl, skal der ses bort fra. Den ikke rimelige tvivl skal springes over. Dommeren bidrager til en klarlæggelse af tingenes sammenhæng, og bidraget består blandt andet i dette spring, i den klargøring, at her er der en tvivl, som der må ses bort fra. Dommen går et skridt længere end beviserne.

Også ved den retlige side af sagen tages der en selvstændig og skabende stilling: Retten angår relationer til og med andre, men det er også noget, jeg har indflydelse på. Litterære fremstillinger af retten udgør selv et element i det samlede retlige materiale, og fremstillingen kan – afhængig af dens indhold – stå i forskellige relationer til det øvrige materiale om emnet – det kan stabiliseres, forandres eller lades uberørt. Min ytring er altså under alle omstændigheder en form for intervention. Det gælder f.eks. byretsdommeren, der er utilfreds med det strafniveau, man har valgt på højeste sted, og som derfor i en dom prøver med en mild underbydning i forhold til standardstraffen i den pågældende sagstype.

Retten er således ikke blot noget objektivt, der afdækkes ved en ekstern, distanceret iagttagelse og beskrivelse, der udmøntes i videnskabelige fremstillinger eller konkrete afgørelser – i *overensstemmelse* med gældende ret. Retten er heller ikke blot noget *subjektivt*, der fastlægges af den enkelte efter hans eller hendes forhåndsantagelser. Retten er socialt forankret og dermed til dels noget, som kommer til mig som noget fremmed eller udefrakommende, men dette udefrakommende fortolkes ud fra mine forudsætninger, der giver retten dens mening og indhold, og dermed bliver retten også noget formbart og individuelt.

III

Dommere, administratorer, advokater og forskere udtaler sig ikke om retlige emner uden at kende – eventuelt ved netop i sagens anledning at have skaffet sig kendskab til – de retskilder, der har betydning. Retten bygger på en tradition, og retlig virksomhed integrerer denne tradition. Heri ligger der et empirisk element i retlig virksomhed. Såvel den administrative og judicielle som den videnskabelige praksis kræver eftersyn af materiale efter retningslinjer, der kan minde om empiriske videnskabers procedurer.

Traditionen fortolkes. Fortolkningens retning er retfærdigheden, denne retning kan aldrig defineres definitivt og afsluttende, men er bestandig under overvejelse eller måske tillige til forhandling, men således at overvejelse og forhandling stadig afbrydes af kontinuerlige beslutninger. Såvel afgrænsningen af det materiale, der giver retlig virksomhed en empirisk side, som dets anvendelse i den givne sammenhæng styres således af et mål, der ikke kan bestemmes abstrakt og entydigt. Målet fastlægges i situationen. Afgrænsning af materiale og anvendelsen af dette er derfor også bestandig til forhandling, overvejelse og beslutning.

Den retlige virksomhed udtrykker sig i afgørelser, regulering, redegørelser eller andre foranstaltninger, der hver på deres måde griber ind i andres tilværelse, hvad enten der er tale om orienterende, vejledende, anbefalende eller bestemmende tilkendegivelser. Det er en *magtudøvelse*, og denne virksomhed er målrettet. Målet er *retfærdigheden*, og magten udøves med dette mål for øje.

Det er på denne baggrund, at jeg karakteriserer retlig virksomhed som omsorg for retfærdighed.

Retfærdighed angiver en genre, en type af rettet virksomhed – som *sundhed* eller *oplysning* kan angive andre. Retfærdighedens konkrete udformning og forestillingerne om, hvad der er eller kunne være retfærdigt, veksler fra kultur til kultur, fra samfund til samfund, fra menneske til menneske.

Forskellige indholdsmæssige udfyldninger strides om magten, om at udgøre buddet på den aktuelle retfærdighed.

PROCESSEN

som tankeform: Processen er den praktiske tilrettelæggelse af retssagers behandling. Den reguleres af procesretten, som fortæller, hvem der kan føre retssag, hvordan parter i en sag skal præsentere deres krav, underbygge dem med argumenter og beviser, og hvordan dommerne skal håndtere materialet og nå frem til en afsluttende dom. Den overvejelse, det følgende omhandler, angår det tankemønster, dommere følger. Når jeg her taler om et tankemønster, er det ikke et lovbestemt mønster, det er ikke et universelt mønster, der genfindes ved alle staters domstole eller blot hos alle danske dommere. Det er et mønster, fordi det er karakteristisk og normalt for danske dommere at tænke og argumentere på den måde, jeg gør gældende.

Dette „tankemønster“ behandler jeg under en overskrift „processen“, vi tænker i baner og mønstre, der foreligger i vores omverden. „Vore elever danner os, vore gerninger bygger os op“, skrev Martin Buber.¹ Den klassiske stationsforstander levede med køreplanen, uret og tavlen over sporskifter. Børsmægleren følger gennem arbejdsdagen (og det er den, der interesserer her) kurserne på de forskellige markeder, modtager og ekspederer anmodninger om køb og salg, og det er den teknologi, hvormed dette sker, og de informationer, den giver og modtager, der fylder hans arbejdsliv. At være dommer er at leve med og i processer.

1. Martin Buber: *Jeg og du*, København, 1997 (1964, s. 31).

1.

For det første materialet: I processen er det den sædvanlige ramme, at materialet skal komme fra parterne. Retten forholder sig afventende. Finder en dommer, at der er uklarheder eller mangler i materialet, kan dommeren stille spørgsmål til parterne for derigennem at få afklaret, om parten er sig bevidst, at materialet har den (problematiske) karakter. Men det er kun i begrænset omfang, at dommere skaffer sig viden om et sagforhold ad andre veje end dem, der er lagt af parterne. De danske retsbiblioteker, jeg kender, er i overvældende grad afgrænset til strengt juridisk litteratur. Under dommers drøftelse af en sag er det sjældent, at en dommer inddrager viden hentet fra ikke-juridiske videnskabelige eller journalistiske kilder, som ikke er indbragt af en af parterne.

Dette rids af danske dommers officielle vidensgrundlag stemmer med et argumentationsmønster, hvorefter dommerne i deres bedømmelse af en sag kun sjældent udtrykkeligt bygger på andet end sagens materiale.

2.

Problemstillingen defineres primært af parternes krav og argumenter (påstande og anbringender). Basalt står to opfattelser over for hinanden. Hver af parterne gør ofte flere krav gældende (det ene foran det andet, dvs. som principalt og subsidiært), og hvert krav kan være støttet på flere selvstændige argumenter. Men selv med en sådan udbygning af parternes definering af sagens problemstilling er det stadig – parvis betragtet – en opfattelse over for en anden, hvor retten skal vælge side eller i hvert fald placere sig et sted mellem de to muligheder.

Den dommer, der føler sig fristet af et tredje standpunkt, bliver hurtigt opmærksom på – eller bliver i kollegiale retter

af kolleger gjort opmærksom på – at „det er en mulighed, ingen af parterne gjorde noget ud af“. Når det gælder den retlige fortolkning af f.eks. lovbestemmelser, er domstolen ikke bundet til at vælge netop en af de fortolkningsmuligheder, parterne har argumenteret for. Men det kan være svært at finde tilstrækkelig sikker støtte for et standpunkt, der ikke er belyst under processen, og i hvert fald i civile sager må parternes undladelse af at argumentere for en fortolkningsmulighed jo ofte ses som et udtryk for, at parten ikke *ønsker* denne fortolkningsmulighed anvendt i sin sag.

Domstolens problem er således som udgangspunkt et binært dilemma. Materialet i sagen sammenholdes med dette binære dilemma: Hvis en omtvistet lovbestemmelse er omtalt i forarbejder til loven, er spørgsmålet, om forarbejdet støtter den ene eller den anden fortolkning, eller i hvert fald om det støtter den ene mere, end det støtter den anden. Processtrukturen fremmer således det tankemønster, jeg tidligere har behandlet som alternative forløb.

3.

En proces føres som regel mellem to parter, A og B, anklageren og tiltalte. Dette enkle skema kan kompliceres uden at blive ændret ved, at der optræder flere parter: A mod B og C, eller A og B mod C, eller flere sager kan behandles under ét (kumuleres) eller samtidig. Stadig er grundfiguren de to parter over for hinanden – med dommeren (eller dommerne) som „mellemand“, mægler eller netop dommer.

Det er, med rette, en almen forventning, at en dom er retfærdig i forhold til sagens parter. Afgørelsen skal fungere i forhold til parterne. Ingen gunstig virkning i andre sammenhæng kan betale, at afgørelsen er uretfærdig i forhold til (en af) sagens parter. Man taler undertiden om, at nogen „ofres på retfærdighedens alter“. Eksempel: En debitor bliver sagsøgt for sin gæld. Han indrømmer, at han engang har lånt

penge af kreditor, men hævder på den anden side, at han for længst har betalt gælden; han havde tillid til kreditor, og han bad derfor ikke om nogen kvittering, da han betalte. Selvom denne debitor gør et troværdigt indtryk, må han nok dømmes til betaling. Han vil da nok netop opfatte sig som et offer – et offer for princippet om, at den, der hævder at have betalt en gæld, må sørge for at få kvittering, og kan han ikke bevise sin betaling på anden måde, bliver han dømt.²

En dom kan bedømmes efter andre parametre end dens retfærdighed i forhold til parterne. Er dens opfattelse af sagens sammenhæng overbevisende? Er den retsopfattelse, den lader være afgørende, rigtig og hensigtsmæssig for fremtidige sager? Er dommen også retfærdig i disse henseender, er det godt. Men det er ikke uundgåeligt, at disse parametre anlægges. Processen er i denne forstand parternes. Domstolen kan begrænse sig til det nødvendige. Det betyder en åbenhed for den tendens, at sagen afgøres „konkret“, afgøres på en måde, der stemmer med parternes forventninger og forhåbninger eller rettere er retfærdig i forhold til disse. Den konkrete afgørelse er „det maksimalt nødvendige“.

En judiciel argumentation retter sig derfor bestandig mod netop dette. At gå videre kræver et overskud og en viden, der rækker ud over parterne.

2. Sådan blev situationen beskrevet af Per Olof Ekelöf, se Per Olof Ekelöf & Robert Boman: *Rättegång IV*, Stockholm, 1992 s. 91: „de gäldenärer, som försummat att begära kvitto, ofras på kreditlivets altare“ – de bliver nemlig dømt til at betale.

PRÆSTATIONSANGST

Solen sender et varmt og skarpt formiddagslys ind i retssalen.

Advokaten sidder bag det smalle bord, med klienten i sit fineste puds på venstre hånd. Overfor har modpartens advokat sin plads, han er netop ved at rejse sig for at begynde sit procedureindlæg. Dommerne sidder til højre, bag deres hævede og buede bord, rede til at lytte og notere. Advokaten tager karaflen og hælder lidt vand i sit glas.

Advokaten ved nogenlunde, hvad han skal sige, når det senere på dagen bliver hans tur. Han har et manuskript, der i nogle passager giver den fulde tekst, i andre passager kun stikord, han må udvikle sit indlæg over. Hans indlæg vil derfor kræve mere end opmærksom oplæsning – han skal uden manuskriptgrundlag kunne formulere en tankegang over stikordene.

Der er ingen fare for, at han ikke skulle kunne det. Han har prøvet det mange gange før. Men lidt nervøs er han. Det er måske rigtigt – som nogen siger – at lidt nervøsitet er godt, det fremmer koncentration og engagement og fjerner rutinepræget.

Advokaten bemærker, at der er ved at ske noget. Den lille og kontrollerede nervøsitet er erstattet af noget andet. Han bliver tør i munden, drikker lidt vand. Hans hjerte banker med en usædvanlig kraft, hvorfor? Han kan høre dets slag som i et hult bryst. Han er blevet varm, og huden er fugtig.

Det forestående indlæg er ikke mere en prøve på hans talekunst og tankekraft, det er en prøve på hans livsduelighed. Med den hjertebanken, han nu har, hvordan vil det så udvikle sig, når han selv skal tale? Han drikker lidt vand igen. „Jeg klarer det ikke“, tænker han og forestiller sig, at han går i stå i tankegangen, at han mister mælet, at han falder ned over skranken, han skal stå ved. Det er ikke bare indlægget i dag, der er problemet. Han ser på sig selv, hævet over sin krop, og erfarer samtidig og paradoksalt sin afhængighed af kroppen. „Jeg er denne krop, eller mit liv er i denne krop, og den klarer det ikke.“ Han ser kroppen som noget uden for sig selv, siddende på sin rette plads, med klienten til den ene side og dommerne til den anden. Han sanser sin kropslige endelighed i en blank og formålsløs angst. Hans optræden her i retten er uden betydning, så uvæsentlig som at flytte et sandkorn. Han er selv uden betydning, er ved at blive opslugt af en meningsløshed, der ikke er nogen udvej ud af. Hans kolleger på kontoret glider væk fra ham, de er ikke til at komme i kontakt med, også dommerne her bliver fjerne, som fremmede med bekendte navne. Han overvejer, om det ikke – som et fornuftigt tiltag – var bedst at få dette her afbrudt, han er jo syg, han trænger i hvert fald til en pause. Men hvad nytter en pause – han er i det nu, det er en prøve, han kan nok ikke komme gennem den, og så må det være sådan, det er ikke til at tale med nogen om, ingen vil kunne forstå det, ingen kan hjælpe. Kan han på den anden side klare det, holde sig siddende på sin plads og om lidt levere sit indlæg, så går det måske, så er der nok alligevel en vej tilbage til det normale, sjælen i kroppen, kroppen fungerer, man kan tale med andre, drikke eftermiddagskaffe med kollegerne på kontoret.

Modpartens advokat taler nu med eftertryk, i korte let forståelige sætninger, der vist sammenfatter formiddagens indlæg.

Munden føles ikke længere tør, hjerteslaget mærkes ikke længere. Angsten er veget, han er helt rolig, mere rolig end

da kollegaen begyndte i morges. Han samler sine notater og gør sig parat til at rejse sig. Han har styr på det, selvom han har været lidt uopmærksom.

Dommerne sidder fortsat bag deres ophøjede bord, de noterer, med uforandrede ansigtsudtryk. Klienten er faldet i søvn. Retsmødet går sin vante gang. Ingen har bemærket noget.

RETFÆRDIGHED

Når man taler om „retfærdighed“ blandt jurister, melder der sig hurtigt den kommentar, at retfærdighed er noget subjektivt, noget der afhænger af den enkeltes erfaringer, følelser og hele personlighed. Og af denne konstatering følger så den konsekvens, som skal være så indlysende, at den ikke behøver at gøres udtrykkelig, at retfærdighed er det ikke umagen værd at tale om. Denne tradition har vistnok en særlig stærk tilslutning i Danmark, hvor den har sin retsfilosofiske legitimation i Alf Ross' bemærkning i bogen *Om Ret og Retfærdighed* (1953), hvorefter det at påberåbe sig retfærdigheden er som at slå i bordet, det er en ekspressiv ytring uden meningsindhold – en bemærkning, der om ikke for andet har gjort sin ophavsmand verdensberømt.

I

Om retfærdigheden tier man. Denne tavshed kan imidlertid have en helt anden forklaring end sendrægtigheden i opgøret med den uudryddelige positivisme.

I ethvert fag er der nogle begreber, som det volder store vanskeligheder for faget at få afgrænset, og disse vanskeligheder hænger sammen med, at begrebet er blevet så grundlæggende, at det spiller ind i ethvert af fagets emner. En definition af begrebet forudsætter dermed en stillingtagen til

en uoverskuelig række af problemer, og ethvert forslag til en definition kan derfor mødes med modeksempler, som efter nogle andres opfattelse karakteriseres forkert med den foreslåede definition. Hvad er *sundhed*? Hvad er *kemi*? Hvad er *retfærdighed*? En mulighed er at fastholde begrebet som „alt-omfattende“ – som den danske Kemisk Forening, der for nogle år siden lancerede en foreningsbluse med påskriften „Der er kemi i alting“. Eller man kan søge trøst i det sociale ved at henvise til en socialt virksom definition: Sundhed er det, som i et givet samfund eller af en bestemt profession anses for sundt, således at definitionen er overladt til en bestemt kreds af personer, læg eller lærd.

Anvendes den sidste metode på retfærdighed, bliver „retfærdighed“ til f.eks. „det, som dommere anser for retfærdighed“. Denne definition kan måske være brugbar i nogle – også videnskabelige – sammenhæng. Men den duer jo ikke for den, der arbejder som dommer. For dommeren – og med dommeren kan vi sidestille enhver anden praktiker – skal jo selv tage stilling til sagen og kan ikke komme videre ved at spørge sig selv: Hvad anser du for retfærdigt? Praktikeren kan spørge sine kolleger, de kan spørge hinanden, men det kan vel ikke være rimeligt, at dommer A skal forstå retfærdigheden, som kollegerne dommer B og C forstår den; eller at dommer B skal lade sin forståelse følge dommer A's og dommer C's. Det giver ikke mening. Ligesom en galleriejer kan godtage det som kunst, som er produceret af kunstnere, der er på finansloven, kan jurister lade retfærdigheden være det, som Højesteret eller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har fastslået. Retfærdigheden bindes til en tradition, og bestræbelsen er at efterligne det, der er produceret under andre vilkår. Mindre bastant er det klart, at traditionen er et vigtigt pejlemærke.

II

Der er gjort mange forsøg på at definere, hvad man kunne kalde „den store retfærdighed“, ved at opstille almene principper for, hvad der er retfærdigt, eller efter hvilke kriterier retfærdighed skal bedømmes. „At give enhver sit“, „du må ikke forvolde skade“, „alt efter fortjeneste“, eller mere avanceret det kantianske bud „En handlemåde er retmæssig, dersom friheden hertil kan forenes med enhver anden frihed under en almindelig regel“ (*Metaphysik der Sitten, Einleitung in die Rechtslehre C*) eller dets forlæg i Mattæus 7,12 „Alt hvad I vil at mennesker skal gøre mod jer, det skal I også gøre mod dem.“ Grundlaget for sådanne principper kan være religiøst, det kan søges i naturretten, der uden religiøst grundlag finder en objektiv orden i menneskets natur, eller man kan forestille sig en kontrakt, altså en slags konsensus om det gode, der anviser, hvordan samfund skal indrettes, og sager afgøres.

III

I retsanvendelsens praksis, som den udfolder sig i domstole, administration og private sammenhæng, spiller forskellige retsgrundsætninger en rolle. Nogle af disse retsgrundsætninger kan være inspireret af disse mere almene retfærdighedsprincipper, men disse principper er så almene, at man kommer nærmere på den sande beskrivelse af deres retningssigende betydning ved at sige, at de har *ingen* betydning. En juridisk afgørelse træffes altid i en bestemt sammenhæng – en bestemt social situation, nogle bestemte politiske tendenser er dominerende, osv. – og på grundlag af bestemte vedtagelser i regulering og tidligere afgørelser. Den juridiske afgørelse er konkret og tidsbunden, og tidløse, almene principper for retfærdighed har kun en tynd forbindelse hertil.

Ikke desto mindre spiller retfærdighed en afgørende praktisk rolle. Juridisk arbejde handler simpelthen om retfærdighed – „den lille retfærdighed“. Retfærdighed er blot så grundlæggende, så dybtsiddende, om man vil, at den ikke sanses i det daglige. Kemikeren kan til frokost spise sin tomatmad (forhåbentlig) uden at tænke på kemi. Tilsvarende kan en retsanvender, f.eks. en dommer, afgøre en sag uden at tænke på retfærdighed. Men ligesom også en tomatmad kan analyseres kemisk, indgår retfærdigheden som rettesnor for dommerens arbejde.

Dette indebærer det paradoks, at jeg på den ene side vil betone, at retten indebærer en omsorg for retfærdighed, på den anden side kan jeg ikke svare på, hvad jeg i denne forbindelse forstår ved retfærdighed. Retsanvendelsen er rettet mod et mål, hvis indhold ikke lader sig alment beskrive eller definere. Måske skal man slet ikke ønske sig, at det kunne defineres:

„Hvad skulle der vel blive af os, om ellers det guddommelige, om fornuften og dyden og sandheden ville åbenbare sig for vore sanser? Ville vi ikke gå til grunde?“¹

Vi kan således ikke anviser et præcist og operativt ideal, som kan være styrende for de konkrete sagers bedømmelse. Når jeg her fremhæver retfærdighed, er det heller ikke for at binde bedømmelsen til én værdi, en monovalent målestok. Retfærdighed er den brede og i sig modsætningsfyldte ramme, hvori retlige relationer kan drøftes.

IV

„Retfærdighed“ er ikke noget abstrakt, men noget konkret: På et tidspunkt ved en sags behandling når jeg frem til en opfattelse af sagen, der indbefatter en opfattelse om sagens afgørelse, som – ved en refleksion, som ikke altid gøres be-

1. Thomas Mann: *Døden i Venedig*, København, 1965, s. 80 (tysk 1912).

vidst – kan udtrykkes i retfærdighedens begreber. Jeg finder måske ligefrem, at et bestemt resultat forekommer retfærdigt. Så er sagen klar. Oftest må jeg være mere beskedent. Jeg sammenholder det resultat, jeg er stemt for, med de forskellige andre mulige udfald af sagen, og jeg finder, at de vil være mindre retfærdige end det, jeg foretrækker. Retfærdigheden opleves som forbundet med en konkret sag og dens udfald i sammenligning med andre udfald. Når jeg skal forklare mig, dvs. fortælle andre, hvorfor netop det resultat, jeg foretrækker, er det (mest) retfærdige, nævner jeg en række momenter i sagen, som taler for resultatet. Det retfærdige er en tilnærmelse – en afgørelse eller et standpunkt er retfærdigt, fordi jeg kan ikke finde nogen afgørelse eller noget standpunkt, der er mere retfærdigt.

V

Når dommeren ser sagen for første gang, har han selvfølgelig ikke en bastant og sikker mening om, hvad der ville være „retfærdigt“, dommeren kender jo fra chartekets yderside kun parternes navne og måske en kort angivelse af, hvad sagen angår – „lejeforhøjelse“ eller „spørgsmål, om en maskine var mangelfuld, og om reklamationen rettidig.“ Når dommeren kommer frem til at læse stævningen og eventuelt et svarskrift fra modparten eller – i en ankeinstans – dommen fra første instans, så er dommerens bedømmelse langt mere nuanceret, og der er mening i at orientere sig efter, hvad der kunne være retfærdigt. Der danner sig en fornemmelse. Det giver ingen mening at søge denne orientering gennem etablering af et eller flere almene principper om retfærdighed, for hvordan forholder de sig til den konkrete sag? Det, der giver mening, er at fortsætte arbejdet med sagen, udvikle de retlige bedømmelser, som kan komme på tale, undersøge, om sagen kan berettiges til disse bedømmelser, sortere de bedømmelser fra, der ikke stemmer med sagen,

og således trinvis indsnævre de alternativer, som der fortsat arbejdes med.

I denne proces er både det faktiske og det retlige levende, både det konkrete og det generelle er åbent eller kan ændres.

Jeg foretager to bevægelser. Den ene er den, der er kendt i hermeneutikken som fortolkningen af det foreliggende ud fra den forståelseshorisont, der var rammen om den oprindelige disposition, dvs. jeg ser på sagen, som den har set ud, da der i sin tid blev disponeret. Er det et testamente, der er oprettet i 1940, ser jeg på dokumentet som skrevet i 1940 – dvs. før jeg selv blev født, jeg læser det ud fra de forudsætninger, der da var gældende, så godt de lader sig oplyse. Her er der en tendens til at skabe en mening, en sammenhæng. Den anden bevægelse stammer fra nutiden, fra den opgave, jeg har i dag: Jeg kan ikke se på den tids problem uden tanke på den aktuelle strid, så der vil være en tendens til at se dattidens forudsætninger som relaterede til den aktuelle strid.

Min fortolkning af mening, hensigt, funktion og formål er bestandig farvet af en bestræbelse mod det retfærdige. Det retfærdige er ikke adskilt fra lov og aftale. Det er ikke sådan, at loven læses først og isoleret og først derefter – når den er læst og fortolket – sammenkobles med en retfærdighedsbedømmelse. Heller ikke en aftale kan fortolkes på den måde. Der kan ikke skelnes mellem en formel retfærdighed og en materiel retfærdighed, mellem det formelt korrekte og det indholdsmæssigt rigtige. Hvad der er retfærdigt i den konkrete situation, kan ikke løsrives fra, om der findes en lov, der direkte angår situationen, eller der ikke findes en sådan lov.

VI

Mens man ikke i den enkelte situation kan tale kategorisk om retfærdighed, giver det ofte god mening at tale om *uretfærdighed*: „Dette er uretfærdigt,“ er en dom, der kan udtryk-

kes med stor sikkerhed, i hvert fald hvis man sammenkæder dommen med det grundlag eller den situation, der foreligger. Det kan vist teoretisk ikke udelukkes, at der kan tilføjes yderligere omstændigheder, der fører til, at dommen ikke kan opretholdes, men det kan være *meget* teoretisk. Så i praksis fælder man ofte, undertiden blot i sit stille sind, sin dom.

Til konstateringen af at noget er uretfærdigt, hører spørgsmålet, hvad der så kan gøres ved det: Advokaten påtager sig sagen; administratoren træffer en afgørelse, der griber ind i urimelighederne; dommeren fælder sin dom, så det uretfærdige bliver underkendt. At tale om uretfærdighed er handlingsinitierende.

VII

Retfærdighed angår sociale relationer, forholdet mellem dig og mig (horisontalt), forholdet mellem myndighed og privat (vertikalt). Bedømmelsen af retfærdighed kan angå såvel relationen overhovedet som dens nærmere indhold. Dette er dog en akademisk betragtning i den – dårlige – forstand, at den ikke behøver at have så meget med virkeligheden at gøre. For retfærdighedsbedømmelsen må jo netop som indledningsvist beskrevet tage situationen i betragtning. Jeg kan tænke ved mig selv, at det er uretfærdigt, at jeg skal underkaste mig en myndigheds bedømmelse, eller at en bestemt regel i bund og grund er uretfærdig. Men hvis jeg selv har en myndighedsopgave, må jeg gøre op med mig selv, om jeg vil fortsætte, og vil jeg det, kan jeg ikke frit se bort fra det, jeg ideelt set ville kalde uretfærdigt. Men jeg kan på den anden side ikke være upåvirket. Min situation bestemmes af min opgave: Hvordan vil du afgøre denne sag? Ved svaret på det spørgsmål vil de forestillinger, der i en anden sammenhæng ville få mig til at stemme mod den regel, der nu skal tages i betragtning, være levende, men på en anden måde.

Der er retfærdighed i alle relationer – eller uretfærdighed.

RETSFAKTUM

I

En beskrivelse af juridisk virksomhed kan sammenfattes i en analyse af retsfaktum: Hvad er det for et faktum, der ifølge retsreglen er afgørende? Foreligger det i denne sag? Hvis det sidste spørgsmål besvares bekræftende, skal der tages stilling til retsfølgen – hvad skal konsekvensen være? Kort sagt består virksomheden af tre elementer:

1. Det generelle spørgsmål om rettens indhold, dvs. en afklaring af, hvad den relevante lov går ud på, herunder en fortolkende stillingtagen til betydningen af reglens enkelte udtryk og dens samlede indhold.
2. Det konkrete spørgsmål om den foreliggende sags fakta, dvs. en stillingtagen til, om der konkret foreligger et faktum, der svarer til det generelle retsfaktum.
3. En konklusion, dvs. en fastlæggelse af retsfølgen.

Dette skema præsenteres i aftaleret, forvaltningsret, strafferet og mange andre fag. Undertiden præsenteres skemaet som en syllogisme, hvor de to første led udgør præmisser for en (tvingende) slutning om sagens udfald. Men det kan også ses hævdet af forfattere, der tager afstand fra at opfatte den juridiske virksomhed som en logisk sluttende virksomhed.

„Retskraft“ kan være et eksempel: Retskraft betegner det forhold, at der tidligere er truffet en afgørelse, som nu – i en senere sag mellem de samme parter – er bindende for parterne. Man siger, at „den første afgørelse har retskraft“, og vil hermed udtrykke, at det, der er bestemt ved den første afgørelse, ikke kan rokkes. At en afgørelse er retskraftig, betyder således at den „står fast“. Retskraft kommer kun på tale, når de to parter i den første sag også er parter i den anden sag. Når en sag angår retskraft, kan vi herefter – i overensstemmelse med det beskrevne skema – definere de generelle betingelser for retskraft, jf. det første punkt ovenfor, og derefter sammenholde det med den konkrete sag for at se, om disse betingelser er til stede.

II

Advokatfuldmægtig Birgitte Sehn sukkede, hun sukkede så dybt, at det kunne høres ud på gangen. Klokken var hen ad syv aften, og hun var kun nået trekvart gennem bunken af sager. Udlejningsselskabets forretningsfører var kommet med bunken dagen før, og advokat Fast, som Sehn var ansat hos, havde lovet, at sagerne skulle blive ekspederet i løbet af et par dage. Hendes mand havde både afleveret og hentet barnet i dag, og hun ville helst have været hjemme for længst.

Fast havde på chartekket noteret, at sagen skulle gøres klar „i dag“, dvs. inden hun tog hjem. Så opgaven var enkel: Det gjaldt om at danne sig et indtryk af sagen og få skrevet et udkast til et svar i en fart, så kunne hun og Fast tale om det i morgen tidlig, svaret skulle nok gerne af sted allerede i morgen. Birgitte Sehn gik i gang med sagen. Hun faldt lidt ofte i staver og så for sig, hvordan aftenens sædvanlige begivenheder nu var i gang derhjemme, middagen var købt ind, maden sat over, den lille sad foran fjernsynet.

Sagen angik noget rod, flere sager mellem samme parter,

der øjensynlig ikke kunne enes om noget. Proces ved huslejenævn og domstole. Sehn syntes og havde altid syntes, at proces var kedeligt, det var for trivielt og formularagtigt. Hun syntes bedre om de mere almene fag, forvaltningsret, aftaleret, retsfilosofi. Igen var hun faldet i staver. Nå, hvad handler det om? Der var ført to sager mellem den samme lejer og på den anden side klienten, udlejningsselskabet. Det var klienten, udlejeren, der havde startet begge sager ved at varsle lejeforhøjelser. Lejeren havde selvfølgelig gjort indsigelse begge gange. I den første sag for nogle år siden havde huslejenævnet nægtet at følge lejerens indsigelse, og sagen var ikke kommet længere. Lejeforhøjelsen stod altså ved magt. Så var der kommet nogle landsretsdomme i nogle helt andre sager, der ikke havde noget med denne sags parter at gøre, og i disse domme lancerede landsretten en anden retsopfattelse end den, nævnet havde bygget på, faktisk den samme opfattelse som lejeren i den første sag havde gjort gældende uden at få medhold. Udlejningsselskabet havde så senere som nævnt på ny varslet en huslejeforhøjelse, som lejeren igen havde klaget over. Og i denne sag ville lejeren så have, at huslejenævnet skulle revidere den opfattelse, det i sin tid havde bygget på.

En afgørelse – en ny sag om det samme: Det havde hun da lært: Retskraft. Ja, det var samme parter, og spørgsmålet var allerede afgjort, sådan måtte det være. Betingelserne var opfyldt. Nævnets oprindelige opfattelse må fastholdes som „retskraftig“ eller bindende mellem parterne, selvom landsretten i mellemtiden havde ment noget andet i nogle helt andre sager.

Inden Sehn begyndte at skrive om betingelserne for retskraften, slog hun op i lærebogen om behandling af civile sager, i kapitlet om retskraft. Det var hendes gamle lærebog, men siderne så ret så ulæste ud. Hun tog notater og nedskrev nogle gode citater med sidehenvisninger, det tegnede til at kunne blive hurtigt overstået.

Eksemplerne i lærebogen handlede alle om domme – en

ældre dom har retskraft i en senere retssag mellem samme parter. I denne sag var det jo en nævnsafgørelse, det startede med. Det passede ikke lige med teksten. Men det kunne være rigtigt alligevel. Også forvaltningsafgørelser har retskraft. Modpartens indlæg i sagen handlede også kun om retskraft, om end modparten naturligvis mente, at retskraftlæren ikke hindrede en revision af det tidligere standpunkt. Modpartens advokat holdt sig også til proceslitteraturen. Så Sehn arbejdede videre ad det udlagte spor, men nagedes af en usikkerhed, næsten en utilpashed – var det ikke en forskel, at der her var en nævnsafgørelse, og så havde man i anden omgang en domstolssag? Kan nævnsafgørelser have retskraft i retssager? Det var der ikke noget om i lærebogen, og hun huskede heller ikke noget om det fra forvaltningsretten. Forvaltningsafgørelser kan indbringes for domstolene, og så taler vi ikke om retskraft, tværtom. Det var heller ikke helt typisk for retskraftsager, at der blev inddraget domme fra helt andre sager til belysning af noget retligt.

Nå, hun skulle ikke skrive en doktorafhandling i aften, hun skulle se at blive færdig i en fart, så hun skrev videre, holdt sig til retskraften og søgte at gemme sin tvivl bort, at se bort fra den. Men den blev ved at nage hende. Det var ligesom tvivlen optog hende netop, som man kan være fokuseret på noget, man ikke må se på – som når man ikke må se på et barn, der forbereder opførelsen af en tryllekunst for én – og selv efter at hun var kommet hjem, kunne hun ikke slippe sagen.

Da hun mødte tidligt næste morgen, besluttede hun at lave et notat, der tog fat på tvivlspunkterne. Ingen klient er tjent med at tabe en sag. Hun forlod forsøgsvis retskraftlæren. Hvad ville det føre til, hvis man gik linen ud? Hun argumenterede nu for, at det ikke var rigtigt at tale om „retskraft“, da det drejede sig om at revidere en afgørelse, der byggede på en retsopfattelse, som landsretten havde underkendt. Det kunne ikke være meningen, at den fejl, der jo egentlig var sket ved den første nævnsafgørelse (når man så

på det som landsretten nu havde gjort), ikke skulle kunne ændres i senere sager. Landsrettens domme måtte jo som præjudikater være bindende i senere sager, og dette må vel gælde, selvom lejer og udlejer tidligere havde været i konflikt om lejen. Hvis man tog lejerens standpunkt, var det ikke nok at tale om en undtagelse fra retskraften.

Det var ikke muligt for Sehn at finde et nyt begreb for sagen, den var særpræget, konkret. Den mindede mere om de sager, der handlede om, at domstolene fastslog en ny fortolkning, og hvor spørgsmålet var, hvilken betydning den nye fortolkning skulle have for ældre sager. Højesteret havde f.eks. for nylig givet en ansøger om førtidspension medhold, og som følge af den dom var en mængde tidligere sager, der var afgjort administrativt, taget op for at blive ændret, således at de kom i overensstemmelse med Højesterets dom. Her var der ikke tale om „retskraft“, og de sager lignede meget mere det problem, denne sag rejste. Den domstolsændrede lejeret måtte kunne få betydning i ældre lejeforhold og også i sager, hvor der havde været nævnssager, der – som her – var blevet forkert afgjort, i hvert fald her, hvor udlejeren selv havde taget initiativ til en ny lejeforhøjelse. Nævnet og de domstole, der senere behandlede den anden sag, måtte være berettigede – og i virkeligheden også forpligtede – til at anvende den fortolkning af loven, som landsretten havde givet udtryk for i mellemtiden. Det, der kunne tale til fordel for udlejeren, var vel først og fremmest, at han havde oppebåret lejen gennem flere år i god tro. Han havde fået medhold ved nævnet i den første sag, lejeret kunne jo blot have indbragt den afgørelse for domstolene, så var det lejeret, der havde fået medhold i sidste instans. Udlejeren måtte i hvert fald kunne regne med at kunne beholde den leje, han hidtil havde fået.

Sehns notat tegnede en helt anden opfattelse af sagen. På den måde var det et interessant forsøg. Sehn var lidt stolt over på så kort tid at have formuleret to forskellige opfattelser af en temmelig almindelig sag om lejeforhøjelser. Sagen

angik nu ikke retskraft, men noget lidt fremmed, næsten retsfilosofisk – retskilderne, et præjudikat der tages som udtryk for gældende ret og skal lægges til grund af andre myndigheder. Synspunktet forekom hende fremmed, for der var ikke nogen lærebog, der direkte hjalp hende på plads. Der var ikke nogen fortilfælde, hun direkte kunne sammenligne med, og hun kom jo også ind på en tankegang, der ikke var så gunstig for klienten. Man kunne selvfølgelig betone hensynet til udlejeren – udlejningsselskabet, hendes klient – men det førte ikke langt, kun til at dække den allerede betalte leje.

Sehn lagde sagen til side. Hun havde et kort retsmøde i en anden sag. Der var derefter et par møder på kontoret. Hun glemte alt om sagen, indtil hun kort før frokost havde nogle minutter i ro. Hun tog sig da igen tid til at sammenligne sit oprindelige udkast til svar med det nye notat. Selvom „retskraften“ stadig gav hende et fast og anerkendt grundlag for forståelsen af sagen, vaklede hun nu mellem de to forskellige opfattelser. Man kunne vælge det ene, man kunne vælge det andet, det var som at springe fra ét felt i en hinkerude til et andet, man kan kun være i ét felt, enten det ene eller det andet. Ikke i begge felter og ikke i et tredje „overordnet“, svævende i luften. Hun besluttede sig for at forelægge begge synspunkter for Fast.

Ved frokosten spurgte Fast til sagen „Er der problemer i den?“ Birgitte Sehn begyndte på en redegørelse, hun kunne ikke rigtig holde styr på de forskellige tilgange, og Fast afbrød hende, han havde først tid efter 16. Efter frokost havde notatets synspunkter lejret sig i hende, det forekom hende at indeholde den bedste fortolkning af den samlede sag. Retskraftsynspunktet var rykket til side. Det var nu blot et alternativ, der primært havde det for sig, at det var mere fordelagtigt for klienten. Notatet forekom hende nu at være det rette grundlag for den videre behandling. Sehn ville anbefale, at man søgte at få et forlig med lejeren. Man skulle udsætte det mere formelle svar og indlede en forhandling. Det var ganske vist et

radikalt skift, men det var bedre end at tabe sagen. Kunne man mon enes om, at landsrettens nye opfattelse kun skulle tillægges betydning for den fremtidige leje?

Mødet med Fast gik som planlagt. Birgitte Sehn fremlagde sin opfattelse af sagen. Hun argumenterede for, at retskraftsynspunktet ikke kunne bruges. Fast lyttede, han var bedre til proces end til retsfilosofi, så han var lidt tøvende. Han ville tage sagen med hjem. Men han satte i hvert fald pris på hendes indsats.

III

Ser vi på Birgitte Sehns overvejelser, er det klart, at de ikke dækkes af det skema, jeg indledte med at omtale, hvor afgørelsen trinvis bevæger sig fra et generelt retsfaktum til den konkrete sags faktum og derfra videre til en konklusion.

1. Sagen indledes – for Sehns vedkommende – med – ja, hvad er egentlig det første, det umiddelbare, som Sehn møder i sin professionelle arbejdsdag? Der ligger et chartek på hendes bord! Det er „opgaven“, den arbejds-startende erfaring. Det er naturligvis tillige en „tavs“ meddelelse, eftersom sagen ikke blot er faldet ned fra himlen. Sehn ved, at det er Fast, der har lagt chartekket på hendes bord, og at dette betyder, at det er hendes opgave at producere et forslag til, hvordan sagen skal ekspederes videre, et forslag der skal kunne realiseres af Fast uden anden indsats end en drøftelse med hende og eventuelt en underskrift. Den rette reaktion kan være et brev til klienten, et svarbrev til modparten eller dennes advokat, eller – hvor der som her ligger en stævning fra modparten i chartekket – et svarskrift eller et andet processkrift eller et begrundet forslag til anden videre behandling af den sag, der er anlagt, alt sammen i udkast, som Fast må tage stilling til.

Det er således ganske åbent, hvordan sagens næste skridt

formelt vil se ud. Der kan være mønstre: Nogle klienter kommer kun med få sager, som er velfunderede og holdbare, og med sådanne klienter tænker man fra starten på de skridt, der kan bringe sagen videre mod en afgørelse i klientens favør. Andre klienter har sparet den juridiske afdeling bort og sender revl og krat til advokaten, her er opgaven at være kritisk og sortere.

2. Et andet moment, der heller ikke bringes til udtryk, og som sjældent er bevidst i den daglige virksomhed, er karakteren af den indsats, der skal ydes. Sager og chartekker kan være forskellige. Domme kan være lange eller korte, selvstændige eller rutineprægede. Den advokatfuldmægtig, der arbejder sig gennem en stak sager fra en klient, har en anden ramme for sit arbejde end den dommer, der får en sag – måske den „samme“ sag to år senere – præsenteret som en principalsag, der skal afklare et længe omstridt lejeretligt problem. Birgitte Sehn har en ramme – at blive færdig med sagerne i dag – der kun har den elasticitet, der følger af hendes rådighed over, hvornår hun synes, at hun kan og skal tage hjem til sin familie.

3. Sagen som chartek indeholder ikke et defineret problem. Klienten kan have spurgt til, om afgørelsen ikke måtte stå fast, men har ikke spurgt advokat Fast: „Har den tidligere afgørelse i huslejenævnet, der gav os medhold, ikke retskraft i den sag, der nu er rejst?“ Klienter har sjældent hørt om „retskraft“ og kan ikke spørge sådan, og hvor en klient undertagelsesvis kan stille sådan et spørgsmål, er advokatens opgave ikke bare at svare på det.

Det første indholdsmæssige problem i en sagsbehandling er således netop at finde det problem, der skal behandles. Selvom der er fremlagt et „problem“ i sagen, er det ikke sikkert, at det er det eller kun det, der skal behandles. Den sag, der forelægges som en sag om, hvorvidt en administrativ afgørelse er berettiget eller ej, skal måske afvises. I denne opgave, at formulere problemet, ligger en betydelig grad af

selvstændighed eller konstruktiv indsats, mere iøjnefaldende måske, når det gælder en advokat end, når det gælder en dommer, der til en vis grad er bundet af og i en yderligere grad lader sig binde af parternes tilkendegivelser. Konstruktivismen er ikke fri, sagens forhold og gældende regler sætter nogle grænser. Men problemet giver på den anden side ikke sig selv.

Problemet formuleres ud fra den viden og de forventninger, man har. Vi har i eksemplet en klient (eller part), der hævder, at en retsopfattelse, som tidligere er lagt til grund i en afgørelse mellem parterne, ikke kan anfægtes og efterprøves i en senere sag mellem de samme parter. For mange jurister med elementære kundskaber i procesret lyder det som en sag om retskraft. Den nyligt afsluttede juristuddannelse udgør det materiale, hvoraf problemstillingen formuleres. Andre jurister havde måske fra starten udformet en anden problemstilling.

4. Birgitte Sehn er ikke tilfreds med den første problemstilling. Der er flere punkter i sagen, der ikke opfanges af den. Hendes styrke er da, at hun gør sig det besvær at forsøge sig med en friere betragtning. Friere i den forstand, at hun lægger retskraften til side. Men ikke fri i den forstand, at den nye problemstilling ikke har et grundlag. Hun kan ikke nøjes med at sige til sig selv, at dette blot er en sag om noget bestemt andet. Sagen er – som alle sager – enestående, noget for sig. Hun kan ikke bare skifte „retskraft“ ud med en anden betegnelse. Sagen falder ikke ind i en kategori, hun kender på forhånd. Hun kan ikke give en ordentlig sammenfatning ved frokosten, for hun er ikke afklaret. Hun nærmer sig en ny opfattelse, en bredere opfattelse ved, at hun ser en lighed mellem sagen og en anden sag – sagen om førtidspension, hvor en højesteretsdom dannede grundlag for administrativ revision af en række andre, endda ældre afgørelser. Hun ser en lighed mellem de to sager, men hun ser ikke en identitet. Ved at se en lighed får hun et nyt perspektiv på sin sag.

Det nye perspektiv etableres i kraft af hendes orientering i nyere praksis. Hun kender fra de ugentlige domme i *Ugeskrift for Retsvæsen*, fra egne erfaringer og fra drøftelser med kolleger en stadig voksende mængde af tilfælde, sager. Denne kobling er praktikerens kunst. „The artistry of a practitioner ... hinges on the range and variety of the repertoire that he brings to unfamiliar situations. Because he is able to see these elements of his repertoire, he is able to make sense of their uniqueness and need not reduce them to instances of standard categories.”¹

5. En sag er ikke et problem, der skal løses. En sag rummer et problem (eller flere problemer), der skal findes. At finde problemet er ikke bare en detektivopgave, forstået som en opgave, der går ud på at afdække noget, der blot er skjult for øjet. At finde problemet er inden for den ramme eller på grundlag af det materiale, der er i sagen, at fortolke sig frem til eller at konstruere problemet. En sag rummer således, kort sagt, et problem, der skal konstrueres. Når problemet er konstrueret eller stillet, skal det løses. Løsningen eller løsningsmulighederne er imidlertid af betydning for, hvordan problemet stilles.

Problemet stilles således, at det kan løses: En praktiker foretrækker at formulere de problemer, der skal formuleres, således at praktikerens kan løse problemet. Det skal ikke forstås således, at man altid holder på en sag og klemmer den ind i det speciale, man nu engang har tilegnet sig. Løsningen kan bestå i, at sagen sendes videre – til en anden myndighed eller til en kollega på samme kontor. Men pointen – når sagen sendes videre – er jo, at man kun kan sende en sag videre, hvis man ved, hvem man skal sende den til. Så også i denne forbindelse er der en grænse, som dækkes af den formulering, at praktikerens vælger et problem, som kan løses.

1. Donald A. Schön: *The Reflective Practitioner*, 1983/91, Ashgate, 2000, s. 140.

6. Hun når frem til en overbevisning om sagen. Hun vælger til sidst side. Hun beslutter sig. Og da hun har besluttet sig, går hun ind for sin løsning. Det er ikke en hypotese, hun præsenterer for Fast. Det er heller ikke to (flere) hypoteser. Det er slet ikke hendes opgave at præsentere hypoteser. Ved frokosten er hun på „hypotesestadiet“ og derfor ikke beredt til at drøfte sagen med henblik på at bringe den videre (men naturligvis åben for en kollegial drøftelse med en anden fuldmægtig som hjælp til at bringe dilemmaet til orde). Hun løser den opgave, Fast har stillet, bedst ved at være nået så langt, at hun kan fremlægge en egen opfattelse af sagen.

IV

Praktikerens opgave er her illustreret ved at konstruere en sag hos en advokatfuldmægtig. Den er fiktiv, men inspireret af en offentliggjort sag, hvor de trinvis fornyelser af opfattelsen af sagen, der i min historie er samlet hos en fuldmægtig, fordelte sig mellem advokater og flere instanser.²

Heller ikke for en dommer giver den enkle struktur „retsfaktum – faktum = afgørelse“ noget dækkende skema. Tværtom giver skemaet et misvisende indtryk af den retlige afgørelses karakter. Der er ved sagens start ikke noget generelt „retsfaktum“, men man kan, om man vil bruge den terminologi, sige, at man arbejder sig frem til en forståelse af sagen, som undertiden kan, undertiden ikke kan udtrykkes i en generalisering som et (generelt) retsfaktum. Det er ofte svært at beskrive et generelt retsfaktum.

Hvorfor er der da en så stærk tradition for at tale om „retsfaktum“? For det første er der jo sager, der passer nogenlunde med skemaet. Billetkontrolløren går fra passager til passager (fra sag til sag) med det formål at efterse, om det

2. *Ugeskrift for Retsvæsen* 2000 2047 H.

generelle krav om „rejsenhjemmel“ er opfyldt, og kontrolløren efterser derfor, om hver enkelt har billet eller kort (det konkrete faktum). Når dette er i orden, nikker han venligt og går videre. Der findes også juridiske sager af denne enkelhed. Men det er jo ikke sådanne enkle sager, jurister har i tankerne, når de taler til studerende, der gennemgår en fem år lang juridisk uddannelse.

Det må derfor tillige betones, at skemaet også, når vi tænker på komplicerede sager som f.eks. den netop beskrevne, har noget attraktivt. Det indrammer den juridiske virksomhed, og rammen udtrykker det dramatiske møde af det retlige (det generelle retsfaktum) med den faktuelle virkelighed (det konkrete faktum). Det er i dette møde, at afgørelsen skabes. Fokus på retsfaktum afspejler derfor ofte en klar og håndfast opfattelse af rettens karakter: Retten er et generelt normativt system, der som et systematisk beredskab konfronteres med virkelighedens konkrete fakta. Retten er som et net, hvis masker – retsfakta – fanger eller ikke fanger sagens konkrete fakta, afhængig af, om de svarer til nettets mål eller ej. I den enkelte sag har vi nettet i den ene hånd og sagens fakta i den anden hånd: Går sagen gennem nettet, er én afgørelse den rette, støder et af sagens fakta på nettet og bliver hængende, er en anden afgørelse den rette. Alt dette er selvsagt vældig forenklet, men jeg tror, at grundtanken er som beskrevet.

Skemaet giver tilsyneladende også en klar – alt for klar – opdeling mellem det normative og det virkelige, mellem det gyldige og det faktuelle, mellem det politiske og det empiriske. Men det normative indbefatter også virkelighedsopfattelser, og sagens konkrete faktum er fuldt af jura.

SAG

Jurister behandler sager, som også socialrådgivere, konsulenter og mange kontoransatte gør det. Vi er sagsbehandlere. Læger behandler patienter, lærere underviser elever, arkitekter tegner huse, og bygningshåndværkere bygger dem. Sagsbehandlere har netop det fællesskab, at det er sager, de behandler. Mærkeligt nok er der ikke i litteraturen gjort meget ud af, hvad en sag er.¹

Den første tanke, jeg får ved ordet sag, er en bunke beskrevet papir i et omslag. Uden på omslaget kan man læse journalnummer og sagens parter og emne osv. Journalnummeret giver chartekket dets officielle status: sagen er startet rigtigt op, den er registreret, bliver der udefra eller oppefra spurgt til sagen, kan den identificeres og lokaliseres, den må ikke bare lægges til side, som jeg kan gøre med et chartek med private optegnelser fra en konference eller en afhøring.

Journaliseringen er sagens undfangelse. Det er her, det starter, men alligevel oftest en start i det skjulte, for journaliseringen sker på et kontor, hvor man ikke beskæftiger sig med andet, og på tidspunktet for journalisering kender sagsbehandlerne i almindelighed ikke til sagen.

Så det er først, når sagen tages under behandling, at den er rigtig „født“. Og dette sker ofte ved, at sagen bliver „givet“ til en af medarbejderne. Med denne levering (delivery) be-

1. Se dog Hans Gammeltoft-Hansen i *Forvaltningsret*, København, 2002, s. 19f.

gynder behandlingen. Chartekket er tyndt og rent, det indeholder kun et eller få dokumenter, f.eks. et brev fra en nabo til en industrivirksomhed, der er træt af lugten, eller en vedtagelse i ministerens lokale partiforening, der anbefaler overvejelse af en ændring af en bekendtgørelse. En sag kan angå et enkelttilfælde, hvor der kan være tale om at træffe en afgørelse (men også om at lade være), eller en „generel sag“, der angår en lov, en bekendtgørelse, en kommunal vedtægt osv. Ved domstolene, hvor sager – uden for domstolsadministrationen – er konkrete sager, begynder sagen med en stævning, der kan være tyk eller tynd og have mange eller få bilag.

Enhver sag begynder efter sin fødsel en udvikling, en modningsproces. Denne proces er netop et formål med „behandlingen“. At behandle eller med andre ord at gøre noget ved en sag er netop at sætte sagen ind i denne bevægelse: Sagsbehandleren indkalder til møde, der skaffes yderligere materiale, „sagens faktum“ belyses mere indgående, end det skete i det oprindelige papir, andre interesserede personer gives lejlighed til at ytre sig, og deres ytringer kommer ind – mundtligt eller skriftligt. Disse forløb er retligt fastlagt i reglerne om forvaltningsproces og domstolsproces. For tilvejebringelse af generelle forskrifter findes kun få regler, men mere tradition. Sagsbehandlingen består af en uendelig række af små og store beslutninger, der træffes i et mere eller mindre harmonisk samarbejde mellem de involverede private personer eller virksomheder og offentlige myndigheder, der deltager i behandlingen. I dette arbejde er sagsbehandlerne ofte nærmere hinanden, end de er deres „hvervgivere“: To advokatfuldmægtige, der sidder på hver sit advokatkontor med kendte og uomgængelige chefer, der til sin tid med fynd og klem skal procedere denne sag for de høje dommere, har naturligvis en modgående interesse, når det gælder sagens udfald, og for så vidt har de helt forskellige mål, men ved siden heraf har de også fælles interesser, f.eks. i at undgå, at der skulle blive rejst faglig kritik af deres forbe-

redelse af sagen, og de kan måske udvikle en underliggende hjælpsomhed. I sager, der udadtil ser ud som sager mellem forskellige myndigheder, kan der tilsvarende f.eks. blandt læger være en opfattelse af en mulighed for professionelt samarbejde, f.eks. ved information om patientens forhold, som går på tværs af myndighedernes administrative grænser.²

I næsten alle sagsbehandlingssystemer er der forskellige sagstyper, og det er meget vigtigt for sagens gang og dermed også for dens udfald, hvilken sagstype den enkelte sag fra starten bliver henført til. Er det en kværunant, eller er der kød på sagen? Sådan må man altid spørge sig, når man står ved vejens begyndelse, og måske bliver det også drøftet ligeud. Kværunanter skal behandles korrekt, men de skal ekspederes med et minimum af indsats. Behjertede forsøg på at forklare sagens skæve gang gør ikke mere indtryk end regnvand på granit. Sager med hold i skal selvfølgelig behandles ordentligt. Grupperingen må suppleres med den præcisering, at nogle sager hører hjemme i begge kategorier – det er altså lykkedes en kværunant at finde noget, som man (sagsbehandleren) bør tage alvorligt – eller måske er det, som jeg skal komme til, sagsbehandleren, der har det held at blive opsøgt af en kværunant i rette øjeblik.

Hvori består forskellen mellem det korrekte (kværunanterne) og det ordentlige (sager med kød på)? Forskellen består i de forskellige sæt af personale, der kan sættes på sagen: Er det en sag for den nyansatte fuldmægtig, eller skal vi lade sekretariatschefen tage fat fra starten? Skal sagen op til chefen? Skal den nævnes, som det hedder i ministerierne, når en sag omtales for en minister? Er det et udvalg, f.eks. et klagenævn, er der valget mellem at lade sagen afgøre af sekretariatet eller i nævnet – og eventuelt i nævnets plenum, et forretningsudvalg eller formanden alene. Valget af, hvilket sæt

2. Mette Hartlev i Peter Blume o.a. (red.): *Liv, arbejde og forvaltning*, København, 1995, s. 191f.

af personer der skal tage stilling til sagen, træffes ud fra saglige kriterier, der kan gå på sagens vigtighed, dens betydning for parterne, den offentlige interesse i sagen, om de foreliggende oplysninger taler for, at der træffes en afgørelse osv. Disse hensyn indbefatter mere end det, jeg ovenfor beskrev som udskillelsen af „kværulantsager“, men hensyn i denne retning er en vigtig del af beslutningsgrundlaget. Dette er der ikke noget mærkeligt i. Forskellen viser sig også i sagsbehandlingen – en sag kan undersøges skrabet, men stadig korrekt, eller den kan behandles med udfoldelse af personligt initiativ og besøg på det lokale bibliotek for at få supplerende viden, således at den vokser fra den tynde start til at blive årets afgørelse på feltet.

En sag, der fremstår, som om den alene føres, fordi en eller anden har sat sig noget i hovedet, må man kunne håndtere, så der bliver tid og kræfter til de væsentlige sager. Det er selvfølgelig vigtigt, at udskillelsen sker rigtigt. Men det er ikke helt let at svare på, hvad der i denne henseende er rigtigt. For om en sag er „vigtig“, „principiel“ eller i det hele er en „sag med kød på“, er noget, der i vidt omfang afgøres af den, der behandler sagen. Den utilfredse kværulant skyder med hagl i alle retninger, og ofte er det let at se, at en kugle ikke rammer noget af betydning, men mange kugler forsvinder, og det kræver et stort arbejde at følge den enkelte kugle for at se, om den rammer noget, eller i hvert fald kommer i nærheden af noget, der er værd at beskæftige sig med.

Den gode rådgiver er netop den, der fra begyndelsen kan få frasorteret alt, hvad der fremtræder som skud i blinde, og selvom enhver frasortering altid rummer den risiko, at noget væsentligt glider ud af sagen, rummer frasorteringen en sikker og god virkning, nemlig koncentrationen om nogle få pointer.

Der findes store sager og små sager. Som man vil forstå, er størrelsen af sagen ikke noget på forhånd givet. Størrelsen kommer med tiden. Nogle sager modnes, når de har stør-

relse som en cherrytomat, andre sager kan vokse yderligere ved fortsat behandling, så de bliver store som aber. Nogle gange kan det fra starten ses, at her er der en stor sag, og den bliver da fra starten behandlet med forventningen om, at dette vil udvikle sig til noget stort. Andre sager ses fra begyndelsen af sagsbehandleren som typiske sager – rutinesager, der kan behandles efter skabelonen og relativt let finde en afslutning. Disse forventninger er vigtige, for de lægger banen for sagens videre gang. Men forventningerne bliver problematiske, når der er optræk til, at sagen alligevel ikke kan behandles som forventet. Viser den sag, der fra starten blev anset for stor, sig at være uden substans – „der var alligevel ikke noget hold i det“ – er faldet dybt, hvis den ændrede bedømmelse slår igennem i behandlingen. Undertiden bliver sagen fortsat behandlet som stor, men der danner sig hos sagsbehandlerne en intern forståelse af, at denne sag er kun stor, fordi den startede som stor, men når det kommer til stykket, er der ikke noget alvorligt problem i den. Den bliver behandlet efter alle kunstens regler, men afstanden mellem sagen, som den opleves af de involverede, og dens størrelse, som den må tage sig ud set udefra, giver behandlingen en lidt teatralisk karakter, man spiller spillet, og dette tænker man – ikke fordi der ikke bliver spillet et spil i andre sager, men fordi behandlingens karakter af spil stikker frem, når sagen ikke passer til kostumerne.

Vanskeligere er det, når en lille sag viser sig at burde behandles som stor. Sagen kan ikke bare behandles som „en kværulantsag“. Der må skiftes spor. Det store arbejde bliver en uventet belastning, ikke som ved den fra starten store sag noget forventet, og sagsbehandleren må prøve at skrælle irritationen af sig. Den, der f.eks. ved forelæggelse af en sag prøver at gøre den større, kan støde på en grænse – „Hvor megen tid kan sådan en sag bære?“ – en grænse, som ingen ville have tænkt på, hvis der fra starten var disponeret ud fra en forventning om en stor sag. Den, der vil have andre med på at skifte spor, må også se i øjnene, at sporskiftet kan inde-

bære en informel kritik af dem, der har villet give sagen en rutine-behandling, måske endda en kværulantstatus.

Sagens livshistorie forløber også på en anden led, nemlig i det forløb den enkelte sagsbehandler har med sagen. Sagen som en del af sagsbehandlerens liv varierer efter, hvem sagsbehandleren er. Advokater følger ofte en sag gennem mange år – fra den første henvendelse fra klienten til sagen forelægges den ene efter den anden myndighed. Advokaten låner en del af sit liv til sagen og klienten, ikke blot hans tid, men også hans tanker og følelser, og sagens lykkelige eller ulykkelige gang præger hans stemning. Sagen kan bevare sin kontinuitet, selvom klienten skifter – landsretssagfører Carl Madsen (og sikkert også andre fremsynede advokater) talte om at lægge testamenter til „modning“, dvs. når der var oprettet testamente og det bl.a. med en bestemmelse om, at advokaten skulle tage sig af den praktiske behandling af boet, var der ofte ikke nogen kontakt med „sagen“, før klienten var død, og dødsboet skulle behandles.

For dommere kan sagens liv i dommerens liv være kort.

Sagens håndfaste udtryk – chartekket – kommer ind på skrivebordet et par uger før domsforhandlingen, andre sager forhindrer mig oftest i at tage fat før en uge senere, og jeg koncentrerer mig da helt om denne ene sag, og mine tanker og følelser fyldes helt af sagens liv. De juridiske problemer er ofte på forhånd næsten ubekendte, og sagens parter kender jeg intet til.

Sagen kommer til mig som noget truende og urovækkende. Kan jeg finde ud af det? Under forberedelsen kan jeg blive grebet af en foruroligende fornemmelse af, at jeg aldrig får styr på dette, et væld af løse ender hænger ud over kanten på mine tankers skrivebord, og opgaven er i første omgang netop at fokusere, at afgrænse de problemer, jeg vil arbejde med, og dermed afskære andre som underordnede eller irrelevante. Denne „tilskæring“ gør sagen mere håndterlig og overskuelig. Foruroligelsen afløses af en mere afgrænset uvished eller tvivl, som jeg kan inddele i nummererede

delemner, som jeg så undersøger, det ene efter det andet. Sagen er nu bragt ind i en struktur, jeg danner mig min mening om de forskellige delemner, eller måske er det mere præcist, som man siger, at „sagen finder sin afgørelse“, dvs. at efter at sagen er systematiseret og karakteriseret, er bedømmelsen mere mekanisk, den kan give sig selv.

En sag, der på denne måde har fundet sin struktur, kan stadig skabe nye problemer. Det kan vise sig, at strukturen ikke passer, jeg har fraskåret noget, som parterne viser sig at tillægge afgørende – om end forskellig – betydning, eller det er en af mine kolleger, der vil anlægge et andet synspunkt – som taler om sagen ud fra en anden struktur. Jeg må da revidere min struktur, og det kan blive nødvendigt at vende tilbage til en ny start, eller jeg må prøve at fastholde min struktur, måske undertiden mere for at undgå besværet ved en nyvurdering end af overbevisning om dens uimodstælige rigtighed.

Mit liv med sagen når sit højdepunkt ved domsforhandlingen. Under en domsforhandling i retten er alt koncentreret om sagen. Dørene er lukkede, ingen af de aktive i sagen – dommere og advokater – kan forlade lokalet, telefoner kan ringe, men de kan ikke besvares. Sindets koncentration om sagen styrkes af det rumlige, at alt andet er lukket ude – og selv er man lukket inde med sagen med dens repræsentanter, advokaterne, og eventuelt dens parter. Advokaterne er de nødvendige, parterne kan være der eller kan være fraværende – kun hvor parten ikke har en advokat, må parten naturligtvis selv komme. Det er ikke bare en menneskelig konflikt der forelægges, det er en sag – det er derfor, advokaterne er sagens repræsentanter og vigtigere end parterne. Parterne kommer til orde i partsforklaringer, men disse forklaringer indgår i sagens materiale på linje med f.eks. vidneforklaringer.

Sagen afsluttes ofte, når dommen er skrevet. Sagens liv med eller i mig er kort og intenst.

Når sagen er afsluttet, ser jeg tilbage på den med en sær

ro, sagens problemer er løst, måske ikke altid ideelt, men dog løst så parterne kan gå videre – undertiden til nye konflikter. Den foruroligelse, hvormed jeg så sagen nærme mig, er afløst af en fortrøstning om, at noget har fundet sin plads. Den fortrøstningsfulde fornemmelse ved sagens placering svinder langsomt ud, jeg glemmer sagen, den er – for mig – død.

Den kan senere vækkes til live igen. Nogle kommenterer afgørelsen, den bliver publiceret, der bliver bedt om en udtalelse til brug for en anden sag osv. I begyndelsen ser jeg på sagen og afgørelsen som en udenforstående læser tekster, han ikke har set før – til trods for, at jeg har været med til at skrive afgørelsen. Først efter nogen tids koncentration kan jeg genvinde lidt af den indlevelse, der tidligere var helt dominerende i mit liv. Men det bliver ikke det samme, og jeg forstår, hvor fjernt den, der ikke har levet med i en sag, men f.eks. blot som forsker læser dommens præmisser for at kunne beskrive „gældende ret“, er fra sagen – så fjernt som jeg også selv nu er kommet.

SELVRETFÆRDIGHED

I

„Retsfølelsen, tilfredsheden ved at have ret, glæden over at nære agtelse for sig selv, ... er mægtige drivfjedre, der holder os oppe eller tvinger os fremad.“¹

II

Jeg har læst på sagen.

Jeg har gennemgået de originale dokumenter for at se, om noget var forsvundet ved kopieringen. Jeg har gennemset nogle ældre sager, der ligner denne her, og som de andre ikke har haft fingre i. Jeg måtte selv ned i arkivet for at finde dem, assistenten kunne selvfølgelig ikke finde noget. Loven, som sagen skal bedømmes efter, er blevet revideret flere gange, og jeg har gennemgået alle revisionerne, været på Folketingets Bibliotek for gennemse forslag og forhandlinger. Jeg har skaffet mig nogle redegørelser for norsk, svensk, engelsk og tysk ret, for det har vist sig, at de forskellige stater har ret forskellige ordninger. Der er endnu ingen af de andre dommere, der har berørt retsforhold i andre lande eller sammenlignet med de parallelle sager, advokaterne har

1. Albert Camus: *Faldet*, København, 1965, s. 17 (*La chute* 1956).

selvfølgelig slet ikke. Der er i det hele taget endnu ikke sagt noget om sagen, jeg ikke vidste i forvejen og vidste bedre.

Mit kendskab til sagen er simpelthen både bredere og dybere end de andres.

Kollega Bruun taler nu, han taler sagte, som om han vidste, at han ikke har noget at sige. Han omtaler den statistiske undersøgelse, men det, han siger, viser bare, at han ikke har fattet problemet, han kender ikke noget til statistik. Jeg orker ikke at tage ordet for at forklare ham det, det nytter ikke, han bliver bare stædig, eller han bliver måske stødt, han vil i hvert fald ikke indrømme, at han har taget fejl, jeg tier stille. Hviid beder om ordet, herregud, han giver det udseende af, at han kender til problemet, han siger, at han har arbejdet med sagen i flere uger – skammeligt, for hvad er der kommet ud af det? Han har heller ikke fattet sagens problem, jo, han strejfer det og hævder, at det slet ikke er en del af sagen, hvad mener han? Det er jo det, det hele drejer sig om. Det, han siger, er ubegribeligt, det giver ikke mening. Schwartz bakker ham op, hun støtter ham altid, hun vil slet ikke tage sagen under behandling, hun vil afvise den. De andre nikker, hele vejen rundt. Det er da vanvittigt, vi afskærer os fra at beskæftige os med det reelle problem, vi blotter os, de har misforstået sagen, og de vil skære det ud i pap, så alle kan se det. Grün siger omsider noget, han foretrækker ikke at afvise sagen, men han har også misforstået sagen, så ham kan jeg ikke bygge på, han vil som sædvanlig bare noget andet, i hvert fald i starten – når det kommer til stykket, makker han ret og følger flertallet, sikkert uden nogen forklaring.

Jeg har ikke fået noget ud af at høre på de andre. Jeg tager ordet, og det, det gælder om, er at præsentere den løsning, jeg for længst har fundet frem til. Jeg indleder med forhistorien. Redegør for de parallelle sager, det må være ret grundigt, for de kender dem tydeligvis ikke, det burde de egentlig. Nøjes med at omtale tysk ret, der er helt entydig, tysk ret kan repræsentere de udenlandske ordninger og anviser jo netop den løsning, jeg også går ind for. Så er der sa-

gen, jeg går let hen over det statistiske problem, for det er for besværligt at forklare; men jeg får dog sagen sat på skinner, et spørgsmål om varians og ikke sandsynlighed, går ikke i detaljer. Så mit forslag til afgørelse, det er ikke til at komme udenom, afvisningsmuligheden er der ikke grund til at kommentere, det er for langt ude. Schwartz sidder da også og noterer hele tiden, Bruun har lukket øjnene. Jeg resumerer min opfattelse, fastlægger det centrale problem, hovedargumenterne, konklusionen, her må vi stå fast.

Da jeg har sluttet, er der et øjeblik stilhed, de må have tid til at sunde sig. Bruun åbner øjnene og starter forfra, han har ikke forstået et ord, sov han? Han gentager det forslag, de tilsluttede sig før, de andre nikker igen. Schwartz læser op af det, hun netop sad og noterede, et udkast til præmisser for at afvise.

De taler om et helt andet problem, de er helt på vildspor, hvorfor har de ikke hørt efter? Jeg har jo løsningen.

Jeg prøver igen, begynder igen med forhistorien, så de parallelle sager. Schwartz afbryder, vi har hørt det, siger hun, problemet er ...

Alle gode gange tre, jeg afbryder hende og prøver endnu en gang. Men de er trætte, de vil have sagen sluttet nu, Bruun har vist et møde i sit nævn i eftermiddag, de hører ikke efter, de har ikke fattet sagen, men de har for længst besluttet sig. Det er ikke altid retfærdigheden, der sejrer.

SITREN

Forud for en sags behandling, f.eks. dagen før en domsforhandling, mærkes jeg af en sær sitren, en anspændelse i kroppen og en indsnævring af mit felt for opmærksomhed og engagement. Min krop er med i sagen, jeg går sammen med parterne, dvs. – da parterne selvfølgelig slet ikke er, hvor jeg er – jeg har parterne i kroppen, har dem med mig, hvor jeg går, og jeg drøfter med dem, hvad der er den rette måde at stille sagens problem op på, og hvordan det skal løses – først med den ene, og når han er tilfreds, så med den anden, og da han oftest er utilfreds, så omformuleres problem og løsning, derefter igen med den første, osv. Dette kontinuerlige selskab, denne uafbrydelige samtale tager min opmærksomhed fra andre og andet, min opmærksomhed er netop rettet mod denne samtale for gennem den at afdække, hvad der skal ske, hvad der vil kunne ske under sagen i morgen.

Det er en sitren i kroppen, en „nervøsitet“ som forud for en eksamen eller udførelse af en anden vanskelig opgave. Her drejer det sig om en sag, om to eller flere parter, hvis retlige forhold vil blive lagt offentligt frem og kommenteret af modparten, og som retten derefter skal drøfte og tage stilling til. Min dialog med parterne overværes af advokater og kolleger, der blander sig: „Det kan man ikke hævde ...“ eller „Det har jeg taget afstand fra i dommen fra forrige måned, det går jeg ikke med til her ...“.

STRØMMEN

af sager: Jeg mærker, at den sag, der ligger foran mig, og som jeg er ved at tilegne mig, hurtigt glider frem mod et resultat.

Sagen er enkel. Der er ikke noget at komme efter. Den ene part er bare urimelig. Han prøver måske at trække betalingen ud, en dyr kredit, men alligevel en kredit, der udskyder det endelige sammenbrud, netop hans indifferens over for kreditomkostningerne taler for, at han ikke har noget lødigt mål med sagen. Eller hustruen trækker manden gennem alle de genvordigheder, som en ægteskabssag kan byde på, ikke nogen konstruktiv samvirken af hensyn til børnene, bare stille krav, mere og mere urimeligt, nu gælder det forældremyndigheden over de børn, manden har gjort alt for, passet mens hun var på hospitalet, draget omsorg for døgnnet rundt.

Sagen er enkel. Nogle få, men vægtige kendetegn har sat min holdning, har givet mig mit fodfæste for en mening, jeg behøver ikke mere. Enkle sager skal afgøres hurtigt, intet er mere fortvivlet end at bruge tid på en sag, som er afgjort, dvs. som jeg har afgjort, og hvor mit fortsatte arbejde med sagen kun sker for at tilfredsstille nogle andres forventninger. Der er nogle, der mener, at man altid må gennemgå hele det litterære grundlag for sagen, efterse forarbejderne til den relevante lovbestemmelse, selvom man ikke er i tvivl om afgørelsen, læse tiltaltes tidligere straffeakter igennem, selvom strafudmålingen i den foreliggende sag ligger fast. Nej, man skal rationere sine resurser, man skal gemme sine kræf-

ter til de væsentlige sager, de sager, hvor det gør en forskel, hvor der er behov, hvor ens dømmekraft kan komme på en prøve, hvor parterne har en seriøs konflikt, noget der betyder noget for dem selv eller eventuelt blot for andre, for branchens vilkår, for samfundet, for den principielle opfattelse af retten.

Også sagen i går var enkel, og alligevel tog den det meste af en dag. Det hele ender med bare formaliteter, stille dommen op i de rette former, parternes krav præsenteret, kort referat af forklaringer, kun kort, for det er løgn og udenoms-snak det meste, ikke til at stole på, og så resultatet, det var der ikke tvivl om, heller ikke begrundelsen voldte vanskelighed, den behøver kun være kort, for der er ingen, der ikke for længst har forudset, hvordan dette her skal ende, kort og klart, sagen sat på plads, eller rettere, da den jo egentlig altid har været der, sagen blåstemplet, der er egentlig ikke nogen sag.

Jeg har set det før, der er mange, og de ligner hinanden, de samme forklaringer og især bortforklaringer, de er måske i god tro, eller de er blevet det med tiden, de er kommet til at tro på det, de fortæller, ikke fordi det er sandt, men fordi de har fortalt det så mange gange.

Da jeg havde den første sag, var jeg rystet, det var hårdt, der var stærke følelser med, det var ikke en hverdagssag, jeg husker domfældtes blik, jeg tog det som et udtryk for tillid, læste hele sagsmappen – fra de første år, rapserier i skoletiden, ingen læreplads til at gennemføre en erhvervsfaglig uddannelse, så blev anklagerne alvorlige, ingen faste forhold, han havde flere børn, men ingen kontakt, kunne heller ikke holde på et job. Jeg ved ikke, om al den viden fik betydning for sagens udfald, der var ikke tvivl om skylden, og straffens længde var der heller ikke meget at rokke ved, måske skulle den nærmest have været strengere end standarden, vi blev ved standarden, men der var alligevel noget særligt ved sagen, og jeg tror, han fornemmede, at vi havde det sådan.

I dag ved jeg, hvordan det ender, jeg kan ikke lægge så

meget i det, for jeg kan se, at det gør ingen forskel, jeg har sans for at finde de enkle kendsgerninger, holde dem op mod tabellen og aflæse resultatet. Man kan for det første ikke åbne sig for enhver sag, man kan ikke tage enhver sag til sig. Det slider på én. Men det er ikke bare det, for sagerne ændrer sig med erfaringen; det, der først så kompliceret ud, viser sig at være enkelt; jeg ved godt, at der bag det enkle kan være en menneskelig konflikt, en lidelse eller en glæde, men som sagen håndteres her, er den kun en ekspeditions-sag. En individuel behandling ville være en ulige behandling, nu behandler vi det lige ens.

Det er ikke kun sagen i dag og sagen fra i går, der er enkle. Der er mange sager, og de bliver mere og mere enkle. Ved at fokusere på det væsentlige, gør jeg dem enkle.

Det er en side af erfaringen, der gør dem enkle. For jeg har fået blik for ligheder fra sag til sag. Jeg har fået blik for, hvilke forskelle der viser sig at være uden betydning, og jeg ser bort fra disse forskelle, først læser jeg lidt i sagsmappen om dem, det er jo trods alt mennesker, det drejer sig om, men det kniber med tiden, og når det ingen betydning får, er det spild af tid og kræfter. Erfaringen styrker min fokusering på det, som i sidste ende er afgørende.

Det er jo ganske enkle ting, det drejer sig om. Alder, vægt, tidsrum, promille – objektive og ubestridelige kendsgerninger, der let lader sig afdække, og som styrer sagen mod dens afslutning. Sagens udfald kan aflæses af en instruks, af en tabel. Tabellerne bliver ofte noget komplicerede. For der må tages højde for mange variationer, men de kan aflæses af enhver, man behøver faktisk ikke at være dommer for at afgøre disse sager. Det er ikke sager for sådan én som mig, jeg spilder min tid på sagen, og samfundet spilder penge på mig.

Jeg står i en strøm af sager, de løber forbi mig som vandet i en bæk, jeg skiller sagerne i enkle kategorier, behandler mange sager, måske stadig flere og flere, og kategorierne må stadig forenkles. Jeg behandler flere og flere sager, men er jeg stadig dommer?

SVAGHED

i en argumentation tyder på en svag sag. Sagens svaghed er forskellig fra, men en metafor for personlig svaghed.

I

Den svage argumentation peger frem mod, at den svage vil tabe sagen. Kan den ene part ikke give et ordentligt og troværdigt svar på, hvorfor han har handlet på en bestemt måde, må denne svaghed ofte føre til en negativ bedømmelse. Inden den spontane sammenkædning af svaghed med en tabt sag slår igennem, overvejer jeg, om svagheden er noget, jeg finder, noget der findes derude i advokatens procedure, i sagens materiale, i lovtekstens manglende opbakning til advokatens standpunkt. Eller er det mig, der som bedømmer gør tavsheden eller uklarheden til svaghed? På vej ud af retslokalet nævner jeg for en kollega, at jeg fandt advokatens argumentation påfaldende svag, men hun viser sig at have hæftet sig ved, at modpartens advokat var sjældent dårligt forberedt. Vi finder svaghed hos hver sin part. Så jeg – og hun – må til at analysere, hvad det er, der får en bedømmer til at opleve en argumentation som svag.

Forventninger lægger et niveau på forhånd, og kommer præstationen ikke op til det niveau, kan oplevelsen af svaghed indtræde. Dette forventningsniveau er forskelligt. Nogle advokater forventer man sig mere af end af andre, et mini-

sterium kan f.eks. finansiere en god forberedelse og præsentation. Men kan den sagnomspundne advokat ikke leve op til sit ry, eller kan ministeriet ikke med de resurser, det råder over, påvise et legitimt grundlag for sit standpunkt, slår styrken over i svaghed. Omvendt er en dommer måske hurtigere imponeret af en ukendt advokats præstation eller af en selvmøder (part uden advokat), der undtagelsesvis – dvs. i strid med forventningerne – er i stand til at analysere sagen og argumentere for sit standpunkt.

Svagheden kan være relativ. I en retssag er der normalt to parter med hver en advokat, og det er disse to sider (parter), der sammenlignes. En klient kan stille nogle krav til sin advokat, krav om en vis ydelse, og afvigelser herfra kan være en misligholdelse. Når det gælder vurderingen af parten – og dermed advokatens arbejde for parten – findes der imidlertid ikke nogen absolut målestok for, hvad der kan forlanges af en advokat. Der er ikke et bestemt antal bilag eller en bestemt varighed af de mundtlige indlæg, et minimalt antal paragraffer eller præjudikater påberåbt eller andet tilsvarende, som klient og advokatmyndigheder – og ikke mindst dommere, der skal tage stilling – kan vurdere præstationen ud fra. Målestokken er relativ: Gør mere end modparten, og denne parole viser sig ofte sandfærdig og brugbar: Der indtræder ofte en oplevelse af, at den ene part simpelthen er kommet længere ind i sagen end modparten, har fået bedre fat i dens begivenhedsforløb, som gives en mere nuanceret tolkning, end modparten kan, eller kan give en dybere retlig analyse, der afdækker flere relevante hensyn, flere mål for vurderingen af de modstridende hensyn, en bedre afdækning af domstolenes fortolkningsfrihed i forhold til lovgivningen, osv. I alle disse oplevelser er svagheden eller begrænsningen jo relativ. Ingen kan afvise den mulighed, at en tredje advokat kunne argumentere for det „svage“ standpunkt på en måde, der ville fjerne enhver tvivl – for en tid. Undertiden kommer dette tredje standpunkt frem, når dommeren overvejer eller voterer i sagen. „Selvom ingen af ad-

vokaterne sagde det, kunne man vel godt se således på det ...“, indledes denne eftertænksomhed, som kommer den, der endte med at stå som svag, til undsætning.

I højesteretssagfører Carl Tjurs anvisninger for procedu-rens forberedelse var hovedprincippet meget rammende: „*Et spadestik dybere end modparten*“¹, og dette princip finder også undertiden anvendelse ved diskussioner mellem kolle-ger i administration eller domstole om den rette afgørelse. Heri ligger en relativisering af stor principiel betydning: Der er intet absolut mål for, hvor dybt der kan graves i en sag, eller rettere der er i en sag ikke nogen bund, hvor jeg som enhver anden må stoppe – men hvortil jeg kan tilstræbe at nå. Der kan *altid* – hvis tid, penge, kræfter tillader det – gra-ves dybere, og den, der graver dybere, mestrer måske sagen bedre end de andre. Denne foreløbighed eller relativisering fanger et absolut retsbegreb ikke.

II

At hjælpe den svage er en opgave, der undertiden tilskrives retten som sådan – retten skal tæmme magten – og som i særdeleshed påhviler myndigheder i deres kontakt med pri-vate. Hvem er så den svage? Umiddelbart falder tanken på de sociale „klienter“ – og de sociale myndigheders ansvar. Den boligløse, den fattige, den enlige med utrygge børn stil-ler den sociale myndighedsperson over for et umiddelbart og næsten sprogløst krav om hjælp. Det er til det formål, at den sociale lovgivning skal være en støtte – hjælpe den sva-ge. I denne forståelse kommer mødet mellem den stærke – myndigheden – og den svage først, i dette møde appelleres til en grundlæggende pligt til hjælp, og loven kommer til „bagefter“ som et hjælpemiddel. Hermed ses der bort fra, at

1. Carl Tjur: *Procedurens forberedelse*, i W. E. von Eyben (red.): *Proceduren*, Kø-benhavn, 1980, s. 33 (kursiv tilføjet).

situationen ikke er forudsætningsløs: Den boligløse kommer til kontoret for social service, socialrådgiveren er uddannet og senere ansat til at tage dette møde som en professionel opgave, uddannelse og arbejdsgang såvel som indholdet af den sociale service er reguleret i love og cirkulærer. Dette møde begynder som et møde bestemt af forudsætninger, og den stærkes opgave er netop at bearbejde disse forudsætninger, så de ikke hindrer, at det bliver til et møde mellem mennesker. Men det kan ikke blive et møde mellem mennesker uden forudsætninger, og det er ikke let at administrere de særlige træk ved et møde, der sker inden for en institutionel ramme. Advokatens forhold til deres klienter kan se mere normale og forudsætningsløse ud, men ofte er der jo også her rammer og magt på spil – advokaten kan f.eks. være klientens sidste håb, og klienten kan derfor ikke lægge sig ud med advokaten.

Når advokaterne er kommet ind i retslokalet, nikker dommeren fra sit høje sæde til den ene advokat, som er en gammel studiekammerat, og bryder dermed diskret den højtidelige og neutrale fremtræden, som ellers er påkrævet. Dommeren kommenterer spontant det utroværdige i en parts forklaring og kommer dermed let på kant med, hvad habilitetsreglerne kræver. Den bureaukratiske model som beskrevet af Max Weber dikterer netop en professionel rolle forskellig fra personens selv som en middelalderlig ridder må slås i sin rustning. Det er den preussiske embedsmands selvforståelse: „Den preussiske embedsmand udtrykte sin position således: 'Hvis de spørger mig som menneske, er jeg af den opfattelse, ... spørger de mig som embedsmand, er jeg af den opfattelse ...'“² Men denne opdeling følges ikke hverken af dommere eller embedsmænd. Netop når det gælder svagheit, er denne adskillelse mellem dommeren og andre retsmyndigheder som professionelle bureaukrater og på den anden

2. Sebastian Haffner: *En tyskers historie. Erindringer 1914-1933*, dansk overs., 2. udg., København, 2003, s. 94.

side disse personer som private mennesker nedbrudt (hvis den overhovedet har været der). For det hører jo som nævnt til rettens opgave at hjælpe den svage. Det er en del af den professionelle opgave, et element i virkeliggørelsen af rettens karakter. Det er endda gjort gældende som et mønster for retlig analyse, at retten skal omtolkes i et socialt perspektiv. Også i praksis dukker spørgsmålet om rettens varetagelse af den svages interesser op. En advokat tager undertiden en sag, som ikke kan bære sine omkostninger hjem, fordi det er den eneste måde, klienten trods sin økonomiske uformåen kan komme igennem med sine berettigede krav. Og en dommer må eftertænke, om den part, der med en dygtig advokat får præsenteret sin sag meget overbevisende, måske får for stærkt gennemslag som følge af, at modparten er uden advokat eller uden en lige så dygtig advokat. Der indtræder en „medlidenhedsfaktor“: Dommeren indlever sig i den svages situation, opfinder og udvikler de argumenter, som den svage ikke har fremført, men efter dommerens mening kunne have gjort gældende, og faren er, at dommeren ikke derefter kan præstere samme kritiske analyse af de argumenter, som dommeren selv har udviklet, som advokaters argumenter i almindelighed bliver udsat for. Medlidenhedsfaktoren kan få overvægt. Den svage bliver rettens protegé.

Med fri proces prøver loven at skabe en balance i processen, f.eks. repræsenteres en subsistensløs af en advokat på niveau med Socialministeriets. Den ene parts svaghed begrundes en statslig støtte – og forsvinder derefter på en måde ud af sagen. Parterne er jævnbyrdige. I processen. Tilbage er den – grundlæggende – ulighed, der lettest ses ved at tænke på, hvor parterne tager hen, når sagen er slut, den subsistensløse måske til en bænk i en park.

Lighed bliver det ikke helt til. Den, der har fået fri proces, er bedre stillet, end den, der har fået afslag, men den, der har råd til at betale sin egen advokat uden offentligt tilsyn, står bedst, stærkest.

III

Retten gør mere og andet end at beskytte den svage. Den virksomhed, der har et milliardoverskud, „har“ et overskud i kraft af ejendomsretten til proventet af dens virksomhed, og ligesom den tidligere ansatte kan håbe på rettens bistand til en erstatning for uberettiget afskedigelse, forventer arbejdsgivervirksomheden rettens beskyttelse, hvis nogen skulle anfægte dens ejendomsret. Ejendomsretten er retlig, og den definerer både rig og fattig, både stærk og svag.

Retten er ikke engang neutral i forhold til svag og stærk. For retten er med til at definere skelnemærket for svag og stærk. Kriterierne for styrke og svaghed bestemmes (også) retligt. Svaghed og styrke kan ikke ses som noget, der blot findes uden for retten, og som retten så forholder sig til, f.eks. ved at træde til og støtte den svage. Retten har så at sige været der på forhånd og været med til at skabe en svag.

TAKTISK FORTOLKNING

er fortolkning, der styrer efter et på forhånd fastsat resultat. Advokaten har sympati for det krav, som hendes klient har fremlagt; advokaten tager det til sig som sit mål: „Den sag skal jeg vinde,“ og advokaten ser så efter, hvordan kravet kan bedømmes juridisk, og hvordan det skal føres frem og i hvilke sammenhæng for at vinde anerkendelse. Først resultatet, så argumenterne for det. En medarbejder i en kommunal administration, der har fået besked ovenfra om at spare, ved fra begyndelsen af samtalen med den ældre kvinde, at hun ikke kan få hjemmehjælp, så opgaven er gennem samtalen at finde det frem fra kvindens temmelig hjælpeløse situation, der taler for, at kommunen kan afslå. Eller dommeren finder det på sin plads, at den skadelidte får noget erstatning, og overvejer på det grundlag, hvad der kan anføres til fordel for det resultat.

Den taktiske fortolkning forudsætter i sin rene form, at bedømmelsen af resultatets rimelighed er adskilt fra den juridiske regulering. „Først resultatet, så argumenterne“ forudsætter jo, at resultatet kan beskrives og vurderes uafhængigt af argumenterne. Denne forudsætning synes også garvede dommere undertiden åbne for. En højesteretsdommer Jep Frost (1894-1970) anbefalede, at man efter at have analyseret en sag juridisk lagde juraen til side og spurgte sig selv, om det resultat, man var nået til, var rimeligt. Han skrev i datidens standardinstruktion om domsskrivning: „En dom kan

ud fra en juridisk og logisk betragtning synes uangribelig, men dommens resultat kan alligevel ikke holde, fordi det ikke synes i stand til at tjene det praktiske livs behov. Derfor bør man altid i vanskeligere sager foretage en 'praktisk efterprøvelse'. Man bør for et øjeblik lægge bort al jura og spørge sig selv: 'Er dette resultat nu også praktisk holdbart, fornuftigt og rimeligt?'"¹

Jura til den ene side, rimelighed til den anden side – fører de til samme resultat, er det godt. Her optræder adskillelsen *efter* den juridiske tolkning, fortolkningen er vel ikke i første omgang taktisk, for det er jo først efter, at fortolkningen er gennemført, at de to størrelser – jura og rimelighed – sammenholdes. Men der er grund til at tænke på fortsættelsen, som Frost ikke giver ord – for hvad gør dommeren, hvis jura og rimelighed ikke stemmer sammen? Ja, hvis der skal være mening i historien, må fortolkeren vel starte forfra med det håb, for ikke at sige det mål, at nå et rimeligt resultat. Fortolkningen i anden omgang bliver da taktisk.

Dommerens taktiske fortolkning kan således ses som en tolkningsmetode, der beskytter fortolkeren (og ikke mindre de berørte mennesker!) mod urimelige resultater, ja, rimeligheden er så at sige indbygget i fortolkningsmetoden, for det er jo ikke muligt at ende med et urimeligt resultat, medmindre rimelighed simpelthen er utilgængelig i den givne sammenhæng, og da er det altså ikke juraen, der er problemet, men netop ikke-juraen, de „virkelige“ forhold, hvor virkeligheden er alt andet end det juridiske.

Men den taktiske fortolkning kan andre steder ses hængt ud som udtryk for, at juraen ikke spiller nogen rolle. Juraen er instrumental i forhold til resultatet, juraen styrer ikke, regulerer ikke, men legitimerer resultater, der findes ad helt andre veje. Denne kritik er f.eks. karakteristisk i amerikansk realistisk retsfilosofi. Men når ret og resultat adskilles, åbnes banen for andre – og mere kritiske – opfattelser af, hvad der

1. Jep Frost i W.E. von Eyben (red.): *Juridisk Grundbog*, København 1967, s. 181.

bestemmer resultatet. Er det den blotte magt? Retten er et klæde, magten svøber sig i, og retfærdighedens sværd styres af magten, ikke af retten. Lodderne på vægtskålen er ikke af bly, men af guld. Eller er det dommerens humør? Har dommeren haft et skænderi med sin kone ved morgenmaden, er de tiltalte, hvis sager behandles den formiddag, stillet ilde. Magtsociologi og dommerpsykologi kan enes om at benægte, at reglerne skulle have nogen betydning, og disse indsigter kan siges at støtte den taktiske fortolker, jeg indledte med at præsentere – men med det afgørende forbehold, at den taktiske fortolker tror på, at bedømmerens opfattelse af en rimelighed er bestemmende eller i hvert fald af en vis betydning.

Ret beset kan jura og rimelighed ikke adskilles. Det ses også af citatet fra Frosts instruktion om at „lægge bort al jura“, at det juridiske kun „synes“ uangribeligt; den jura, der har ført til et urimeligt resultat, er således kun *tilsyneladende* uangribelig, og en aldrende dommers mulighed for at fjerne juraen fra sine vurderingskriterier er nok temmelig teoretisk. Den juridiske og den rimelighedsorienterede bedømmelse sker under et. Regulering og praksis fortolkes som rimelige. *Hvad* der så er rimeligt eller retfærdigt, er et andet spørgsmål, det heller ikke er let at besvare.

TILPASNING

Den, der – som advokat, socialrådgiver, dommer, administrator osv. – arbejder med juridiske emner, er kommet til sit arbejde efter at have gennemført en uddannelse, søgt om ansættelse, og er så kommet gennem nåleøjet. Den opgave, man sidder med lige nu, er man derfor selv ude om. Man har selv valgt sin situation. Ens situation kan derfor henføres til autonomiens verden, hvor man som ansat eller hyret selv har valgt sine vilkår. Man kunne have valgt noget andet, eller man kunne måske have sagt fra på et tidligere tidspunkt.

Hvor langt kan denne autonomi-betragtning bære? Jeg er kommet her, hvor jeg nu er, fordi jeg besluttede at (prøve at) forlade noget andet – jeg ville videre, jeg ville have andre erfaringer, jeg ville have bedre løn, jeg ville væk fra en ubehagelig chef eller ulidelige kolleger, jeg ville have et arbejde for at finansiere mit liv, osv. Det, jeg valgte, var en stilling beskrevet i almindelighed, og de stillinger, der kom i betragtning, var selvfølgelig kun dem, der var synlige der, hvor jeg før var.

Den sag, jeg nu har foran mig – den klient, der nu sidder over for mig – de kolleger, der med tiden også er blevet ansat her, alt dette havde jeg intet kendskab til, da jeg kom. Jeg sansede fra begyndelsen bygningen, kontorernes fordeling, der i begyndelsen forekom mig kaotisk, og lugten på gangene, der bestemmes af den usynlige rengøringsassistents præferencer. Og mere vigtigt: Den måde, „sagerne“ kommer

til mig; de papirer, der er i dem; de papirer, der er enighed om, bør være der (ikke dem, som kun jeg savner); det rum, hvori vi sætter os til vores interne drøftelse af sagerne; hele denne tilrettelæggelse er der på forhånd og er der ofte med den tyngde, som traditioner over 10, 100 eller flere hundrede år giver en fastlagt sagsbehandling.

Alt dette beskrives bedre ved at se sagsbehandleren som anbragt der ud fra forudsætninger, som han ikke selv har skabt, og under fravær af alternativer, som han ikke selv har fravalgt. Sagsbehandleren er anbragt i et bestandigt dilemma mellem

oprør og tilpasning.

Eller sådan ser det i hvert fald ud i første omgang, hvor forudsætningen er, at jeg kan vælge, at jeg kan gøre, hvad jeg vil, og at det, der er målestokken, er, om det går lige, som jeg optimalt vil have det, og gør det ikke det (og hvor gør det det?), så må jeg enten banke i bordet, tage afstand, forlange en anden ordening indført eller selv indføre den. Eller – hvis jeg ikke gør det eller ikke kan få mine krav gennemført – må jeg bringe mig ud af dilemmaet ved at forlade stedet. Ellers ender jeg som den sløvt tilpassede, den uansvarlige, der bare gør, hvad der plejer at blive gjort, eller hvad den overordnede forlanger, at der skal gøres. Tilpasning repræsenterer her ikke blot en afmægtig anerkendelse af overmagten, men tillige en ændring af én selv: Jeg skærer noget af, snitter min personlighed til, så den passer til omgivelserne, tilegner mig den lokale kultur, idet jeg gør den til min egen. Min personlighed mister identitet, mit standpunkt er bestemt af stedets standpunkt, ikke fordi jeg synes den stedlige opfattelse er den rigtige, heller ikke fordi jeg kan gengive stedets opfattelse som en, som jeg må lægge frem, og som er forskellig fra min egen, som jeg holder for mig selv og mine nærmeste. Nej, stedets opfattelse og praksis er blevet (også) min, selv om jeg oprindeligt ikke var enig, men også uden at jeg fortsat

har reservationer over for stedet. Jeg bøjer mig, min holdning bliver med tiden krum, men ingen kan se, hvordan og hvorfor min ryg er krum.

Er det virkelig en rigtig beskrivelse af dilemmaet? Kastet ind i en opgave vælger jeg mellem oprør eller tilpasning? Jeg vil nødig svare ja, for jeg gør ikke oprør og bryder mig heller ikke om bare at tilpasse mig. De to muligheder beskriver to polære modsætninger, der har det til fælles, at jeg lever i total harmoni med mine omgivelser. Jeg glider ind i dem, identificerer mig med dem, bliver som dem, bliver dem (det var tilpasningen), eller jeg går i opposition, lægger afstand, bygger skel op, fjerner mig (det var så oprøret). Men det er ret beset ikke nogen af disse to muligheder, jeg ser for mig. Jeg er gledet ind i den foreliggende opgave, men er ikke tilfreds. Jeg ytrer i stilfærdighed mine ønsker om at følge et spor, der går i en anden retning end den gængse, jeg får ikke de andre til at gå ad mit spor, og jeg slår derefter følge med de andre. Men jeg er ikke „tilpasset“, for jeg har stadig den alternative vej i tanken, og jeg har ikke gjort oprør, for jeg følges jo med de andre. Jeg aner, at tilpasningen vil kunne blive en realitet inden længe, men den er det endnu ikke, og jeg ser, at det kan ende med, at jeg distancerer mig, men heller ikke det er sket endnu. Mit dilemma er snarere mellem

accept og forandring.

Jeg må indleve mig i en praksis, gøre den til min praksis, argumentere i denne praksis og beherske denne praksis. Uden denne forudsætning er der ingen her, der hører mig. Jeg taler som en udenforstående, som en gæst, der ikke ved bedre, mit sprog hører hjemme i en anden verden, hvad jeg mener og foreslår, falder ved siden af det, der hidtil er ment og gjort, og det bliver da ikke hørt eller i hvert fald ikke forstået. Den, der mener, at domme bør skrives på en anden, f.eks. bredere, mere oplysende og nuanceret måde, end det i almindelighed sker, kan ikke forvente, at hans forslag skal

vinde tilslutning, hvis ikke udgangspunktet for forslagene er taget i den traditionelle domsskrivnings mønster. En god kollega siger: Hvis du vil have udførlige domme, skal du ikke tale om et behov for brede og fyldestgørende svar på de spørgsmål, sagens parter har stillet os (det var det, jeg netop havde gjort), men pege på behovet for at domme lettere forstås rigtigt, at parter og offentlighed ikke misforstår vores domme, og hermed bragte kollegaen mig – mener jeg – på rette spor, for han bragte mig ind i det tankemønster, hvor den juridiske tradition kan forstås og kan føle sig anfægtet. Den, der vil skrive videnskabelige artikler uden fodnoter eller referencer, må først vise, at han behersker den gængse fremstillingsform. Når jeg derimod handler i samme praksis, taler samme sprog, kan jeg konstruere noget nyt inden for denne praksis. Det, der er praksis, er jo bestandig i forandring, og også jeg kan deltage i denne forandring. Hvad jeg foreslår, kan nu ses som noget, der er vokset af traditionen, af det, der hidtil har været praktiseret.

Nu kan det så være, at forandringen er et led i en traditions tilpasning til ændrede vilkår, det er ikke længere mig, der „tilpasses“ institutionen, men institutionen, der „tilpasses“ ændringer i omgivelserne, og jeg er med til at formidle denne ændringsproces. Eller hvad der vel er sjældent, forandringen udgår fra den enkelte, forstået af omgivelserne som en konstruktiv udvikling af traditionen – eller som en udvikling, man er imod, men som man dog forstår.

En måde at på den ene side acceptere det udgangspunkt, jeg er sat i, på den anden side se muligheden for en forandring, som imidlertid støder på modstand og derfor ikke uden videre lader sig gennemføre, er at gøre sig klart, at der er et alternativ – man kan holde op, søge over i et andet kontor, give sagen til en anden. Et sådant alternativ er ikke noget, jeg ønsker, men ved at gøre mig klart, at det foreligger, og ved at tænke igennem, hvordan det eventuelt kunne realiseres, bliver det udgangspunkt, jeg først er sat i, noget mere end blot noget, jeg er sat i. Jeg får blik for, at jeg har et ansvar

for, at jeg sidder der, eller i hvert fald for, at jeg bliver ved med at sidde der og prøve kræfter med de problemer, der er aktuelle der. Den, der på langrendstur i norske fjelde bliver bekymret for de skumle skyer, der trækker op, og for rutens stadigt vanskeligere forløb, kan finde trøst i skiltet „det er ingen skam at snu“, og denne trøst får man ikke kun glæde af, hvis man vender om, men fortsat fremfærd kan blive mindre bekymrende, fordi den sker i bevidstheden om, at der er et alternativ, hvis det går helt i sort.

Accepten kan imidlertid blive så harmonisk, at den bliver til tilpasning. Den, der arbejder sig frem til en accept som beskrevet, en accept af den tradition, der hersker i hans eller hendes fag og arbejde, risikerer at komme til at opgive sig selv undervejs, at blive den tilpassede, hvis identitet til enhver tid bestemmes af fag og arbejde. De sider af faget eller arbejdet, som man har tilegnet sig, men som oprindelig vakte ubehag eller måske endda fremkaldte modsigelse, svinder ved hverdagens osmose ud af sjælen, og de tavse modforestillinger, der i begyndelsen måske sløres af en tilegnet kynisme, forsvinder med tiden helt.

TVIVL

kan være en plage eller kan være vejen til ny indsigt, en ny selvberoenhed.

Tvivl er ikke det samme som åbenhed. Når sagen kommer ind på skrivebordet, eller når den bliver rullet op i retslokalet, er bedømmeren ubestemt – det står åbent, hvordan sagen skal falde ud. Du kan sige til en kollega, at du er i tvivl, men heri ligger ikke andet, end at sagen går sin gang, og det er for tidligt at have en bestemt mening om den.

Der kan være en anden usikkerhed, som følger af, at man ikke har nogen struktur på sagen, man ved f.eks. ikke, hvad det er, klienten forlanger („Det er noget med en social pension, men hun ser jo rask og frisk ud“), eller hvad parterne er uenige om („Jeg læser advokaternes argumenter, men hvor er det egentlig, at de er uenige?“). Hvad er det egentlig, det drejer sig om, spørger jeg mig selv – og undertiden også i fortrolighed en kollega. Fortroligheden skyldes, at det jo er min opgave at finde ud af, hvad det drejer sig om, det er det, jeg er uddannet til, og kan jeg ikke det, er jeg ikke min opgave voksen. Dommeren er i samme situation som forskeren, der har fat i noget interessant, men som endnu er ude af stand til at formulere „problemstillingen“ – projektets betydning for gængse antagelser, de punkter i traditionens læresætninger, der kan blive anfægtet, og de veje, undersøgelsen skal gå, for at det kan blive afklaret, om projektet er bæredygtigt. Jeg kan sidde en times tid og læse på en sag, uden

at jeg forstår, hvad det drejer sig om, og jeg er ved at smide det hele til side, jeg er kommet på en forkert hylde, hvorfor kan de ikke skrive forståeligt? Jeg føler ikke min usikkerhed som tvivl, usikkerheden er alt for stor og usystematisk, men som en afmagt, en uformåen i forhold til situationen – „jeg ved intet om dette, og alligevel skal jeg om få timer eller dage kunne sige noget brugbart.“

Tvivlen (i en tredje variant) møder jeg – eller den erobrer mig – når jeg har fået struktur på sagen og forstår, hvad der gøres gældende af deltagerne i konflikten, men (endnu) ikke ved, hvad jeg skal mene, ikke har gjort mig klart, hvad der skal være mit standpunkt. Tvivlen kan formuleres, f.eks. som en usikkerhed ved valget mellem to muligheder: Jeg kan lægge størst vægt på det privatretlige, og så når jeg til resultat A, men jeg kan i stedet lægge vægt på det offentlig-retlige, og så bliver resultatet B. Ofte er det en tvivl om en fortolkning – lovens eller aftalens tekst kan udlægges på flere måder, jeg har gjort mig indholdet af disse alternativer klart, og jeg kender også argumenterne for hver af dem – og alligevel er jeg i tvivl.

At der i en fase af analysen af en sag er flere mulige resultater, f.eks. flere fortolkninger, som er tilgængelige i den forstand, at jeg ikke lige nu kan afvise dem, behøver ikke at være forbundet med en tvivl, for der kan være tale om den åbenhed eller ubestemthed, jeg har nævnt. Fortsætter jeg med at arbejde med sagen, forsvinder denne åbenhed, resultatet bestemmes, bestemmer næsten sig selv, og nogen tvivl bliver der ikke tale om. Tvivlen forudsætter netop, at arbejdet med problemet ikke af sig selv har erstattet åbenheden over for flere mulige resultater med en bestemthed, et resultat, som jeg uden forbehold går ind for. Tvivlen vokser frem på grundlag af en uovervundet ubestemthed og er så tillige afhængig af, at jeg er i en proces, hvor jeg skal nå et resultat. Hvis min opgave f.eks. som en forsker er at præsentere de alternativer, der foreligger, og pointen i fremstillingen er at udvikle de argumenter, der anvendes for det ene og det

modsatte resultat, så er ubestemtheden med hensyn til valget mellem disse mulige resultater ikke baggrund for en tvivl – for forskeren (udrederen) skal ikke længere. Til tvivlen hører, at den tvivlende skal overvinde ubestemtheden.

En ubestemthed kan derfor undertiden opløses ved at arbejde videre, og en tvivl kan undgås ved at finde en udvej, der bringer mig væk fra den opgave, der trækker mig ind i tvivlen. Jeg kan komme ud af tvivlen, hvis den aftaleklausul, hvis fortolkning jeg er i tvivl om, bliver uden betydning for sagen, f.eks. fordi jeg (nu) bedømmer sagen således, at der slet ikke er noget bevis for, at en aftale er indgået. Fortolkningstvivlen fordufter. Eller med en indarbejdet jargon: „Jeg skriver mig ud af problemet“ eller „Jeg undgår det dilemma“. Jeg har fundet en anden vej, en vej, der ikke tvinger mig til at passere tvivlens våde mose, men lader mig komme tørskoet udenom. Undertiden er det en vej, som jeg ser som den rette, men som jeg blot i begyndelsen har overset. Undertiden er det derimod en vej, jeg netop vælger for at undgå tvivlen. Måske har jeg skærpet kravene til beviset for en aftale, fordi jeg derved kan undgå at skulle fortolke den aftale, den ene part gør gældende. Både personlig tvivl og kollegial uenighed kan undgås på denne måde – ved at finde andre veje. Har en advokat gjort flere selvstændige argumenter (anbringender) gældende, der hver for sig kan begrunde det resultat, som advokaten ønsker, kan administratoren eller dommeren vælge, i hvilken rækkefølge argumenterne skal bedømmes – og stoppe, når man har fundet et argument, som man tilslutter sig. De argumenter, der medfører tvivl, kan man derfor sætte sidst og lade ligge, hvis det bliver unødvendigt at tage stilling. Forsøg på at få en domstol til at tage stilling til noget, der præsenteres som et principsspørgsmål, bliver – til frustration for advokaterne – afvist ved, at sagen afgøres på et „sidespørgsmål“, som vel er en del af sagen, men som ikke interesserer andre end de to parter, mens principsspørgsmålet bliver efterladt ubesvaret – fordi det var for tvivlsomt. Dansk dommertradition anerkender

ikke det synspunkt, at en god dom tager stilling til de synspunkter, der er gjort gældende som centrale eller bærende – også selvom en stillingtagen ikke er nødvendig for at nå til en konkret konklusion.

Men er ingen af disse metoder brugbare, sidder jeg i tvivlen, som altså – som jeg her forstår det – retter sig mod nogle bestemte videre skridt, tvivlens tema. Det, der bringer mig videre, er da ofte synspunkter, der angår noget andet end tvivlens tema. Tvivl ved fortolkning af en lov, hvor to eller flere resultater – efter grundig analyse – står som mulige, angår ofte min egen position, min identitet, min forestilling om, hvordan den institution, hvor jeg arbejder, bør placere sig og blive opfattet. Det er min professionelle identitet, der er usikker, og tvivlen bearbejdes ved, at jeg bestemmer mig for en (mere specifik) identitet. Det hænger sammen med, at den ubestemthed, som jeg her kalder for tvivlens tema, kunne være fjernet, hvis nogle andre havde gjort noget andet – skrevet lovteksten anderledes, udformet aftalen i overensstemmelse med branchens standardaftale, fastsat et reglement for en procedure, der nu har været skadevoldende osv. Og min tvivl udspringer af usikkerhed om, hvad jeg nu kan forlange eller uden egentligt forlangende forudsætte som det rette, når det gælder denne handling eller – forsømmelse – hos andre personer eller institutioner.

Tvivlen overvindes ikke ved at stirre på den tekst, der er genstand for tvivl. Det er ikke, fordi teksten er uden betydning. Teksten er studeret og har efterladt tvivl. Man kommer videre ved at forlade teksten.

YDMYGHED

er ikke et begreb, jurister hyppigt gør brug af, men de følelser og de handlinger, begrebet betegner, er nok ikke uden praktisk betydning, selvom de opleves og behandles under andre navne. Det, der mest slående opleves som „ydmygt“, er jo „ikke-juristerne“: Fru Hansen, hvis i og for sig ikke særlig store strid med et supermarked er blevet til en principalsag for forbrugerbevægelsen og derfor genstand for en retssag, nærmer sig nok advokatens kontor med ydmyghed. Advokatkontoret er indrettet til at fremvise velstand og æstetisk omhu, så den „almindelige forbruger“ må føle sig i en anden verden, mens de mere velbeslåede klienter befinder sig i omgivelser, der vidner om situationsbeherskelse og overskud – netop de egenskaber, klienten håber, at advokaten kan demonstrere under striden med modparten.

Også i rettens lokaler er det de udefrakommende, der kan tænkes at vise ydmyghed – allerede når de nærmer sig retsbygningen, der med en pompøs facade og den tunge indgangsdør varsler, at her er der større magter på spil, og at man kun er en lille brik i det spil, hvis retfærdighed man måske ikke engang vil forstå.

Når en advokat kommer ind i retslokalet med henblik på forhandling af sagen, praktiseres i hvert fald ydmyghed eller ærbødighed. Advokaten tiltaler dommerne „Høje ret“ eller, når man er nået landets øverste instans: „Hæderværdige Højesteret“, og advokaterne bukker, når de ankommer til og

forlader retslokalet, om end det afmålte i bukket kan vise, at ydmygheden ikke er ubetinget, hvis den overhovedet er der. De dommere, der bukkes for, er de nærmeste til at vide, at dommere er mennesker, og at denne „hæderværdighed“ kan forekomme noget ubegrundet. Jeg er dommer, men ikke „hæderværdig“.

Det er derfor nærliggende at overveje, om disse rituelle adskillelser af rettens forhandlinger fra forhandlinger i andre sammenhæng – hos en professionel konfliktløser, hos en psykolog eller mægler – ikke burde erstattes af mere „nutidige“ former – uden buk og tomme talemåder, ingen kapper til advokater og dommere, lad os sidde rundt om et bord og tale om det, osv. Disse tanker er nærliggende, men bygger måske på en miskendelse af, hvad ydmygheden gælder.

Måske er det slet ikke dommeren, der bukkes for, og måske skal bukket og andre ritualer om retsudøvelsen – kapper, faste talemåder som de færreste forstår, osv. – netop ses i det perspektiv, at noget større er på spil. Den ydmyghed, advokaterne tilsyneladende demonstrerer (men ikke nødvendigvis føler), svarer til den ydmyghed, hvormed dommerne i den enkelte sag arbejder sig frem til en bedømmelse, som de kan stå inde for. I denne proces går man efter noget, der ikke kan ses eller føles, og det, der er dommerens store vanskelighed, er ikke så meget, at man fra begyndelsen intet ved om sagens konkrete omstændigheder og ofte kun lidt om de regler, der gælder for en sådan sag; det rigtig vanskelige er, at det, der skal danne tråden i den dom, der – for dommerens vedkommende – afslutter sagen, ikke er synligt, ikke lader sig trække frem og kan vise sin styrke, men er og forbliver noget skjult. Det er i denne bestræbelse mod noget usynligt og ukontrollabelt, som kan betegnes retfærdighed, at retten adskiller sig fra anden magtudfoldelse.

Advokater skal ikke have nogen særlig ærbødighed for dommere, ligesom dommere skal kunne optræde myndigt og styrende over for parterne og deres advokater, men hele processen bliver uden mening, hvis den ikke fungerer og

leves som en virksomhed, der i ydmyghed sigter mod et højere mål. Advokaten kan være ydmyg over for „retten“, dvs. domstolen, der ikke må identificeres med den eller de dommere, der nu har sat sig i dommersædet.

Selvom dommere ikke som personer er mere „ydmyge“ eller beskedne end mennesker i almindelighed – måske snarere tværtom – er de dog som regel behersket af en sådan bestræbelse, en omhu eller omsorg for retfærdigheden, som ingen dommer ganske vist kan definere i generelle termer, og som kun sjældent nævnes ved navn, men som dog kontinuerligt tjenes.

EFTERORD

Vad är det då som jag vill? Vad är det jag menar?
Jag vet vad det är – och jag vet det inte!
Det har inget namn, ingen ort, ingen art
Jag kan inte ropa på det, inte förklara det
Det är det som får namn när jag ropar
Det är det som får mening när jag förklarar
Detta är det – men innan jag ännu har ropat
Detta är det – men innan jag ännu har förklarat
Det är det som ännu inte fått namn
Det som fått namn är inte någonting annat –

Gunnar Ekelöf¹

1. Fra *Gymnosofisten* i Gunnar Ekelöf: *Non Serviam*, Stockholm, 1945.

TAK

Enkelte tekster i denne bog har været trykt tidligere:

De to essays om „Barmhjertighed“ og „Glemsel“ er trykt i *Nybrott og Odling*, Festskrift til Nils Nygaard, Fagbokforlaget, Bergen, 2002, og de samme to essays er siden genoptrykt i Hanne Petersen (red.): *Globaliseringer, ret og retsfilosofi*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2002. Essayet om „Retfærdighed“ er trykt i Ditlev Tamm (red.): *Retfærdighed*, Nyt Nordisk Forlag (under udgivelse). Dette essay indgik sammen med essays om „Magt“ og „Omsorg“ i et foredrag, jeg holdt ved Det Juridiske Fakultet ved Uppsala Universitet den 30. maj 2002, og som under titlen „Fra polycentri til omsorg for retfærdighed“ i sin helhed er trykt i *Svensk Juristtidning* 2002 s. 857f. Dele af forordet bygger på min tiltrædelsesforelæsning „Hvad skal jeg gøre i denne sag?“ ved Københavns Universitet den 31. august 2002, der i dens helhed er trykt i *Juristen* 2003 s. 81f, hvorfra også teksten til „Handling“ er hentet. Disse tidligere trykte tekster er revideret med henblik på denne bog. „Praksis“ er præsenteret ved konferencen „Folkekirke, religionsret og EU“, RUC, den 14.-15. maj 2003.

Udkast til teksterne i denne bog er på forskellige stadier læst og kommenteret af flere:

En første læsegruppe om udvalgte essays bestod af Flemming Arentoft, Niels Arnfred og Erik Nordahl Svendsen. Deres forsigtige opbakning opmuntrede til at arbejde videre.

Enkelte essays blev på et tidligt stadium læst af Hans Gammeltoft-Hansen, der dermed blev min første juridiske læser, Erik Boe og Hanne Petersen. Et samlet hæfte med essays blev kommenteret af Mads Bryde Andersen, Søren Stig Andersen, Jonas Christoffersen, Per Henrik Lindblom, Per Magid, Ole Spiermann og Claus Bratt Østergaard. Kommentarerne har været usædvanligt intense, åbenhjertige og konstruktive.

Nogle spørgsmål er blevet besvaret af Rolf Kuschel, John Smidt Thomsen og Marianne Hofgaard. Chris Fischer har bistået ved eftersøgningen af et egnet omslagsbillede. Birgit Jacobsen har beredvilligt og effektivt bistået under den afsluttende redigering.

En særlig og kærlig tanke til Lene Koch, der uden tøven eller afbrydelse har opmuntret, støttet og skubbet på.

For den, der føler sig på usikker eller fremmed grund, er det betryggende at vide, at nogle har forstået, hvad man vil, og mindre afgørende, om alle synes, at man er på rette vej. Ansvar er, med andre ord, mit alene.

Hjertelig tak til alle!

LITTERATUR I UDVALG

- Jan Fridthjof Bernt & David Doublet: *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*, Bergen 1998
- Mads Bryde Andersen: *Grundlæggende Aftaleret I*, København 2002
- Sverre Blandhol: *Juridisk ideologi. Alf Ross' kritikk av naturretten*, København 1999
- Martin Buber: *Jeg og du*, København 1997 (*Ich und du*, 1922)
- Jørgen Dalberg-Larsen: *Retsvidenskaben som samfundsvidenskab. Et retsteoretisk tema i historisk og aktuel belysning*, København 1977
- Ronald Dworkin: *Law's Empire*, Cambridge Mass. 1986
- Torstein Eckhoff & Hans Petter Graver: *Regelstyring av lokale forvaltningsvedtak*, Oslo 1991
- Per Olof Ekelöf & Robert Boman: *Rättegång* bd. IV, Stockholm 1992
- Hans-Georg Gadamer: *Truth and Method*, London 1989 (*Wahrheit und Methode*, 1972)
- Peter Garde o.a. (red.): *Dommeren i det 20. århundrede*, København 2000
- Bernhard Gomard: *Moderne Erstatningsret*, København 2002
- Peter Høilund: *Retsanvendelsens etik. Om dømmekraft*, København 1995
- Søren Kierkegaard: *Kjerlighedens Gjerninger*, København 1847

- Rune Lavin: *Gäst hos försikringsöverdomstolen. En professor möter verkligheten*, Stockholm 1991
- Alexander Carnera Ljungström: *Rettens alkymi. Om venskab, retfærdighed og pathos*, København 1998
- Panu Minkkinen: *Thinking without desire. A first philosophy of law*, Oxford 1999
- Friedrich Nietzsche: *Moralens Oprindelse*, København 1999
(*Zur Genealogie der Moral*, 1887)
- Henrik Palmer Olsen: *Rationalitet, ret og moral*, København 1997
- Aleksander Peczenik: *Vad är rätt?*, Stockholm 1995
- Jens Elo Rytter: *Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, København 2000
- Donald A. Schön: *Den reflekterende praktiker*, Århus 2001
(*The Reflective Practitioner*, Aldershot 1983/1991, reprint 2000)
- Ande Somby: *Juss som retorikk*, Oslo 1999
- Kaarlo Tuori: *Critical Legal Positivism*, Aldershot 2002
- Ludvig Wittgenstein: *Filosofiske Undersøgelser*, København 1971/2001
(*Philosophische Untersuchungen/Philosophical Investigations*, Oxford 1953)
- Dan Zahavi: *Fænomenologi*, Frederiksberg 2003