

U.1998B.315 Jesper Lau Hansen: Autoritetstab? Retsfilosofisk atavisme ved udgangen af det 20. årh.

Af forskningsass., LL.M. **Jesper Lau Hansen**, Retsvidenskabeligt Institut A, Københavns Universitet

På baggrund af de seneste retsfilosofiske ph.d.-afhandlinger fastholdes det, at retspositivismen og retsrealismen bidrager positivt til den juridiske selvforståelse.

Københavns Universitet har i de sidste par år set hele tre retsfilosofiske ph.d.-afhandlinger. Fælles for dem er en afstandstagen fra den retspositivisme og retsrealisme, som Alf Ross står for. Sigende er den seneste afhandlings titel, Peter Høilunds *Den moderne retstæknings gennembrud og autoritetstab*.

Denne kritik er imødegået af Sv. Gram Jensen f.s.v. angår retspositivismen, men ud fra en logisk positivisme, som afviser Ross' prognoseteori og den dertil knyttede retsrealisme. Det kan virke som retsfilosofisk atavisme at forsvare disse holdninger, men de rummer for mig at se en juridisk selvforståelse, som er bydende nødvendig, ikke mindst i tider præget af en voksende polycentrisk regulering.

Retspositivisme i nyere forstand, som vi møder den hos Ross, er kendetegnet ved en fastholdelse af sondringen mellem moral og ret. Forudsætningen er den non-kognitivistiske antagelse, at det ikke er muligt inter-subjektivt at anvise et system til prioritering af normer. Forskellige forsøg er gjort på at rationalisere sig frem til et sådant system, men ingen af dem virker overbevisende. Vi må indse, at et system båret af konsensus ikke kan opnås, og at normkonflikter vil opstå, fordi de involverede parter ikke indbyrdes kan prioritere deres normer.

Løsningen på dette permanente konfliktpotentiale er retten. For retspositivisten er sondringen mellem moral og ret definatorisk og derfor ukompliceret: moral er den individuelle normopfattelse, ret er den inter-subjektive. Moral kan man vælge at følge u.h.t. ens samvittighed og anseelse, ret skal følges. Dikotomien afviser ikke slægtskabet; ret er som oftest udtryk for normer, andre har opfattet som god moral. Sondringen stiller endvidere ingen formkrav. En udbredt moralopfattelse kan tolkes som ret, hvis opfattelsen føles inter-subjektivt forpligtende; vi kalder det traditionelt for retssædvaner. Retten tjener sit formål som inter-subjektiv konfliktløser derved, at den erkendes gennem retskilderne, hvis formål det er at anvise en løsning af normkonflikter.

2. Retsrealisme

Retspositivismen angiver blot en sondring mellem moral og ret og henviser til retskilderne som måden at erkende retten på. Retsrealismen angår, hvad der er ret, d.v.s. retskildelæren.

Ross anlagde i *Ret og retfærdighed* fra 1953 (RR) et civilretligt udgangspunkt, hvor han fokuserede på den ret, som forelægges domstolene. Siden udvidede han begrebet i sine stats- og folkeretlige arbejder, hvilket fik ham til at nedtone domstolenes rolle. Dette var én måde at afgrænse retten på. Som medgivet af Ross selv, kunne andre måder tænkes. Hanne Petersens disputats angår f.eks.

Informel ret på kvindearbejdspladser. Et andet eksempel er selvreguleringen i miljøet omkring London Stock Exchange før 1986, der ligeledes blev opfattet som inter-subjektivt forpligtende, uden at sanktionering ved domstolene forekom.

Skal det centrale ved retsrealismen udpeges, er det ikke den af Ross selv fremhævede anti-metafysik. Den for hans retskildelære så afgørende »dommerideologi« havde således metafysiske træk. Den subjektive følelse af at være forpligtet, som kendetegner retten, kan vanskeligt forestilles uden metafysik. Det centrale er derimod *prognosen*: ønsket om at forudsige udfaldet af faktiske som fiktive konflikter. Heraf følger den ligeledes centrale sondring mellem gældende ret og retspolitik.

Prognosen som mål for retsvidenskabelig virksomhed i Ross' retslære var inspireret af amerikansk retsrealisme. Denne retsrealisme var udviklet i common law-systemet. Prognosens doktrinære betydning skyldes systemets judicielle natur, hvor den konkrete retssag står i centrum, både tidligere retssager som præcedens og manifestationer af retten og den foreliggende retssag, hvor retten på ny skal tillempes. Denne opfattelse er ganske forskellig fra civil law-traditionen, der i højere grad opfatter retten som resultatet af en bevidst skabende indsats, det være sig fyrstens eller lovgivningsmagtens. Når denne forskel erindres, er der intet særligt i den amerikanske doktrins fokusering på prognosen. Sagførere har til alle tider søgt at forudsige udfaldet af deres klienters sager også i civil law-lande. Ross fandt den amerikanske retsrealisme for behavioristisk orienteret, hvilket måske var et udslag af hans opdragelse i civil law-traditionens mere dynamiske opfattelse af retten. I stedet knyttede Ross sin retskildelære til prognosen om den hypotetiske dommerbehavior. Herved forsømte Ross at skabe en retskildelære, som domstolene umiddelbart kunne anvende; de var nødsaget til at anvende den retskildelære, som ifølge Ross var henvendt til retsvidenskaben.

Preben Stuer Lauridsen har forbedret den retsrealistiske retskildelære ved sit kohærenskriterium. Afgørende for en sætnings korrekthed er da, om den passer med (har samsvar med) andre sætninger og dermed kan indgå i det eksisterende system af korrekte sætninger; en beskrivelses korrekthed afhænger af de sproglige-juridiske konventioner på området. Domstolene tillægges ikke den afgørende rolle, men er dog stadig betydningsfulde som »den praktisk afsluttende faktor i tilfælde af videnskabelig uenighed«. Endvidere fastholdes prognosen som det centrale, nemlig i udsagn om gældende ret. Stuer Lauridsen fastholder sondringen mellem udsagn om gældende ret og den retspolitiske virksomhed. Det er derfor berettiget at opfatte ham som et led i den retsrealistiske tradition.

Kohærenskriteriet løser ikke, hvad Ross kaldte retskildelærens centrale og pinagtige problem, nemlig *hvorfor* retskilderne skal følges. For Ross var det et uoverstigeligt problem, fordi han havde valgt at afgrænse retten efter Bentham og Austens analytiske tradition som forskrifter angående udøvelsen af tvang. Eksistensen af *retskilder* måtte derfor forudsætte metanormer og de igen deres metanormer i en uendelighed. Hvis dette udgangspunkt forlades, og erkendes det i stedet, at retskilderne i lighed med al anden ret er menneskeskabte konventioner, behøves sådanne metanormer ikke. Selvom retskildesystemet hovedsageligt er baseret på tradition, kan det ændres, f.eks. hvilken status

cirkulærer eller fællesskabsretlige direktiver skal have. Identifikation af retskilderne og skoling af fremtidige jurister i retskildesystemet er blandt retsvidenskabens vigtigste opgaver. Netop denne rolle viser, at der er tale om en *retsvidenskab*. Den videnskabelige karakter af juraen betvivles af Karen Dyekjær-Hansen, men det synes at være begrundet i en naturvidenskabelig opfattelse af videnskabsbegrebet, som er unødvendig. Når retskilderne er fastlagt, kan prognoser om gældende ret afgives, såfremt de opfylder kravet om kohærens.

Stuer Lauridsen fraveg endvidere Ross' retskildelære ved at afvise forholdets natur, af Ross kaldet kulturtraditionen, som en retskilde. I stedet blev det opfattet som en fortolkning af den relevante retlige kontekst. Dette synes stadig at være den mest korrekte måde at anskue forholdet på. Det seneste eksempel på en dom, der tilsyneladende er baseret på forholdets natur, U 1994.823 H, viser sig ved nærmere analyse reelt at være baseret på anvendelse af principper fra den relevante retlige kontekst: grundloven, det forvaltningsretlige system i almindelighed og det konkurrenceretlige system i særdeleshed samt fællesskabsretten. Denne opfattelse af retskilderne modsvarer det mere traditionelle retskildebegreb, se t.eks. Torstein Eckhoff, der beskriver forholdets natur som en vurdering af resultatets godhed, hvilket vel i sin tur er inspireret af Viggo Benzons sondring mellem regelmæssighed og individualisering.

Anvendelse af forholdets natur er således reelt en overførelse af allerede eksisterende principper fra den retlige kontekst. Det er dermed tvivlsomt, om domstolene kan anses for retsskabende. Der er flere eksempler på, at domstolene, når der ikke findes tilstrækkelig støtte i den relevante retlige kontekst, afstår fra at følge sagsøgerens påstande. Det kendes ikke blot fra strafferetten, hvor der gælder særlige hjemmelskrav, men også i civilretten. Det var t.eks. tilfældet i U 1996.200 H (dissens 5-2), der afviste en fast pengeinstitutklagenævns praksis om at tillægge godtgørelse for skuffede forventninger. Den afviste praksis var også begrundet i tolkning af kendte retsstrukturer, som mindretallet kunne tiltræde, men Højesterets flertal fandt ikke at kunne udstrække denne tolkning til det konkrete område og anførte derfor udtrykkeligt, at en sådan løsning »må i givet fald tilvejebringes af lovgivningsmagten«. Som Bernhard Gomard har påpeget, kan ikke alle sager opstilles sådan, at kun den ene parts påstand falder p.g.a. manglende støtte i den retlige kontekst. Det rigtigste er derfor at sige, at domstolene så vidt muligt følger eksisterende principper fra den retlige kontekst, men har kompetence til at træffe afgørelser, hvor dette ikke er tilstrækkeligt.

Ud over fravigelsen af Ross' retskildelære f.s.v.a. forholdets natur, hvilket mere fremtræder som en videreudvikling end en fravigelse, er der heller ingen grund til at fastholde Ross' antagelse om den ikke-hierarkiske struktur af retskilderne, uden at retsrealismen dermed forlades. Hans afvisning var jo begrundet i de manglende metanormer, som skulle forklare en sådan inddeling. Det synes oplagt at antage, at en lov eller dom må have en større retskildeværdi end de øvrige retskilder. Denne fortrinsstilling støttes endvidere af von Eybens empirisk baserede fremstilling af retskilderne, hvilket støtter det realistiske element i prognoserne om gældende ret.

3. Kritikken

Et tilbagevendende element i kritikken af Ross og hans retsfilosofiske tradition er en anklage om at have spillet fallit. Udviklingen er kørt skævt, og det gamle duer ikke mere; noget nyt må komme. Denne opfattelse beskrives under tiden som postmodernistisk, hvilket rammende beskriver følelsen af at leve i de yderste tider. I sin negative opfattelse af det bestående samfund ligner postmodernismen den materialistiske retsfilosofi, som var dominerende på universiteterne omkring 1980, men da den savner marxismens messianske tro på enkle løsninger, beskrives samfundet som kaotisk og fragmenteret. Om man deler denne opfattelse, har ikke meget med jura at gøre og kan ikke i sig selv tjene som angreb på traditionen.

Peter Høilund anklager mere specifikt Ross for at have opstillet et løfte om sandhed og dernæst svigtet det. For mig at se talte Ross om *sandhedsprætention*, hvilket er noget andet. Det angår, hvilket af to principielt forskellige udsagn om gældende ret man kan fæste lid til: den, der alene gransker sin samvittighed og udtaler sig om, hvordan gældende ret burde være, eller den, der undersøger retskilderne og dernæst udtaler sig om, hvordan han tror, at det er. Ross finder, at den sidste attitude, det retsdogmatiske udsagn om gældende ret, har større sandhedsprætention end den første, som angår retspolitik. Men et løfte om en entydig sandhed giver Ross ikke, tværtimod taler han om, at prognoser kun kan anvise sandsynlige udfald.

David Doublet har påpeget, at den traditionelle anterossianske juridiske metode har klare hermeneutiske træk. Er der reelt en forskel på retsopfattelsen hos hhv. traditionalister og postmodernister? Det synes i overvejende grad ikke at være tilfældet på nær ét punkt: den juridiske selvforståelse. Postmodernisterne understreger juristens rolle og ansvar for at tillempe retten på en hensigtsmæssig måde. Hanne Petersen taler om juristerne som »skabere og medskabere af retten«. Hos Høilund stilles juristerne endda over lovgiveren:

»Når retssystemet og lovværket er blevet så kompliceret, at almindelige mennesker ikke kan gennemskue eller overskue det, *må retsvidenskaben påtage sig den opgave at være repræsentant for folkets retsbevidsthed*. Der er i vort demokrati ingen samfundsinstitution af betydning, der varetager denne fundamentale opgave. Det repræsentative demokrati bygger på valg af repræsentanter til Folketinget, som fastlægger politikken, men det er juristernes opgave at sikre, at politikken udmøntes i en sammenhængende og velfungerende retsorden. Savignys pointe er relevant, selvom vi i vor tid har udviklet demokrati, som man ikke kendte på hans tid. De folkevalgte politikere har ikke den nødvendige faglige baggrund for at kunne gennemskue eller overskue det moderne samfunds komplicerede regelgrundlag. Denne opgave påhviler i princippet enhver jurist, men i særdeleshed forskeren, som gennem særlig uddannelse og tidsmæssige resurser, er den nærmeste til at afdække manglende sammenhænge eller andre urimeligheder til hinder for menneskelig opblomstring«.

Forskellen angår spørgsmålet, om den juridiske forsker er samfundets tjener eller shaman. Der er ingen tvivl om, at det sidste er mere spændende, men der er næppe heller tvivl om, at det første er mere nærliggende. Det er ikke den

retsvidenskabelige forskers opgave at sikre borgerne »det gode liv«, dertil mangler forskeren enhver demokratisk legitimitet. Siden Stuer Lauridsen har retsrealismen måttet opgive sine naturvidenskabelige ambitioner; et forhold, vi deler med økonomerne. At drive naturvidenskab er at beskrive en ydre verden eksakt, at drive retsvidenskab er at genfortælle andres meninger, hvilket man kan gøre mere eller mindre loyalt.

Denne underdanige tjenerrolle angår imidlertid kun udsagn om gældende ret. Under tiden må kritikken af Ross tolkes, som om kritikkerne ikke opfatter retsvidenskabens rolle som andet end gengivelse af gældende ret. Men som Stuer Lauridsen påviste det i sin disputats, uden på dette punkt at blive modsagt af Ross, så er retspolitik en lige så væsentlig del. Her kan forskeren fremme sine personlige normative holdninger om, hvordan verden *burde* være, til fordel for samfundets videre udvikling og til glæde for dem, der gider lytte. Retsrealismens eneste bud i denne sammenhæng er, at argumentationen sker videnskabeligt, d.v.s. åbent, fuldstændigt og loyalt, og at den ikke føres under falsk flag som en udlægning af gældende ret. Hvor gældende ret ikke kan fastlægges tilstrækkeligt præcist, og der er rum for forskerens egne vurderinger, er retsrealismen ikke til hinder herfor. Blot må det angives, at gældende ret er usikker, før forskerens egen vurdering markedsføres.

1998 markerer 30-års-jubilæet for det såkaldte ungdomsoprør. En af de mere fornuftige mærkesager dengang var omformuleringen af non scolæ sed vitæ-princippet til kravet om, at forskningen skulle kunne bruges af samfundet. Det er stadig et berettiget standpunkt i betragtning af de ressourcer, samfundet bruger på forskningen. Retspositivismens og retsrealismens krav om en mere underdanig juridisk selvforståelse hos den retsvidenskabelige forsker, det tilhørende krav om udarbejdelse af pålidelige og så vidt muligt upersonlige prognoser om gældende ret og kravet om en klar adskillelse af denne virksomhed og den retspolitiske virksomhed er stadig berettiget som ingen sinde før her ved udgangen af det 20. årh.

Henrik Palmer Olsen, *Rationalitet, ret og moral*, (1996), (retsidealisme), Alexander Carnera Ljungström, *Rettens alkymi*, (1997), og Peter Høilund, *Den moderne retstæknings gennembrud og autoritetstab*, (1998), (begge fænomenologi).

Jf. *Om begreberne »ret« og »retfærdighed« – Betonpositivistiske betragtninger*, Ju 1996.345.

Jf. P. Stuer Lauridsen, *Retslæren*, (1977), s. 137 f., og Ross, *Naturret contra retspositivisme*, TfR 1963.497 s. 502 f.

Navnlig John Rawls arbejder fra 1970'erne er kendt. For en retsfilosofisk oversigt, se H. Palmer Olsens afhandling. For en mere generel filosofisk gennemgang, se N. Holtug (m.fl.), *Det retfærdige samfund*, (1997), der forfægter muligheden af inter-subjektiv enighed, men s. 19 erkender, at »alle ikke har de samme moralske intuitioner til at begynde med«.

Jf. Ross, *En traditionstro billedstormer*, UfR 1975B.229 s. 230.

Jf. R. Nielsen, *Retskilderne*, 5. udg. (1997), s. 231.

Jf. t.eks. RR s. 44 om normsystemet i en gangsterbande.

Kvalifikationen *informel* skyldes den traditionelle juridiske forkærlighed for at knytte retsbegrebet til egentlig lovgivning.

Da miljøet endvidere kan beskrives som et semi-autonomt område, jf. Sally Falk Moores begrebsbrug, kan selvreguleringen også beskrives som informel ret, jf. H. Petersen, a.st. kap. 2.

Jf. RR s. 47.

Inspirationen hertil skal måske søges hos Benzon, som Ross opfattede som den første realist efter Carl Goos' retsidealisme, se Benzon, *Retskilderne* (1905) s. 146 f. om den betydelige ensartethed blandt dommere. Endvidere nærede Ross betydelige naturvidenskabelige ambitioner på vegne af retsvidenskaben.

Jf. henvisningen til Oliver Wendell Holmes m.fl. i RR s. 88.

Han nåede sin kohærensantagelse via sprogteoretiske overvejelser, men man behøver ikke tiltræde disse for at kunne acceptere antagelsen.

Jf. Stuer Lauridsen, a.st. s. 214. Se også disputatsen, *Studier i retspolitisk argumentation* (1974) s. 241. Hans retslære blev efter disputatsen sammenfattet i førnævnte værk fra 1977, senere ajourført i *Om ret og retsvidenskab* fra 1992. Her citeres fortrinsvis fra 1977-udgaven, hvor der er lighed.

Jf. Stuer Lauridsen, *Studier*, s. 148 f.

Jf. Stuer Lauridsen, *Retslæren*, s. 225 f.

Cf. Sv. Gram Jensen, *Alm. retslære*, (1998) s. 19, og Høilund, a.st. s. 153 note 611 og s. 181 f. Sidstnævnte henregner dog alligevel Stuer Lauridsen til den modernistiske bevægelse i lighed med Ross.

Jf. Ross, *Kort bemærkning om retskildelære*, TfR 1974.329 s. 331.

Jf. RR s. 46.

Jf. RR s. 124.

Jf. Dyekjær-Hansen, *Sætte mennesker på formler*, UfR 1988B.153 s. 155 samh. med note 5 på s. 153, hvor videnskab beskrives som metodisk virksomhed med krav om begrundelse af teorier, hvilket modsvarer retskildelærens funktion i retsvidenskaben.

Jf. Stuer Lauridsen, *Retslæren*, s. 374.

Højesterets gennemgang af disse beslægtede retsområder fremgår af Walsøes kommentar i UfR 1995B.128, der dog ikke drager denne konklusion.

Jf. om reelle hensyn hos Eckhoff, *Rettskildelære*, 3. udg. (1993) s. 18 og nærmere kap. 14.

Jf. Benzon, *Skøn og regel*, (1914), s. 9.

Denne praksis er belyst af nævnets formand, jf. P. Blok, *Fejl, forventninger og godtgørelse*, s. 29 i Lynge Andersen & Møgelvang-Hansen (red.), *Jura på mange måder, festskrift til Børge Dahl*, (1994).

Jf. Gomard, *Et retspolitisk program for dommerskabt ret*, s. 45 i UfR's særudgave, *Højesteret 1661-1986*, se s. 48 f.

I øvrigt om forholdets natur og domstolene, se debatten mellem Sv. Gram Jensen, *Om forholdets natur*, Ju 1991.26, samme, *Alt på sin rette plads!*, Ju 1992.306, Stuer Lauridsen, *Quousque tandem*, Ju 1992.6, og Henrik Zahle, *Om forholdets natur – en kommentar*, Ju 1992.8.

Cf. Stuer Lauridsen, *Retslæren*, s. 347. Sml. Gram Jensen, *Alm. retslære*, s. 87 f., der taler om retskilder, som skal hhv. kan følges.

Jf. RR § 22. I stedet opererede han med en inddeling efter retskildernes grad af objektivitet, jf. RR s. 93, hvilket formodentlig skal ses i sammenhæng med hans korrespondensforudsætning, som bl.a. Stuer Lauridsen tog afstand fra.

Jf. W. E. von Eyben, *Retskilderne*, bind 1, 5. ud. (1991), s. 20. Ross synes også selv at tillægge præjudikater en fortrinsstilling, jf. RR s. 129, og note 30 ovf.

Jf. Høilund, a.st. s. 10, hvor Ross m.fl. antages at legitimere sig med sandhedsautoritet.

Ross fremhævede, at samfundsvidenskab vanskeligt kunne opnå samme grad af sandhed som kendt i naturvidenskaberne, jf. RR s. 406 f.

Jf. RR s. 58.

Jf. allerede Doublet, *Hermeneutikken og rettsvitenskapen*, TfR 1989.589.

Jf. H. Petersen, *Fra retsrealisme til nynormativister*, s. 75 i Basse & Jensen (red.), *Regulering og styring III*, se s. 85.

Jf. Høilund, a.st. s. 236 (fremhævelse bevaret).

Jf. essaysamlingen af økonomiprof. Karsten Laursen, *Økonomi og moral*, (1997). I samfundsvidenskaberne tales om Ødipus-paradokset: at vi påvirker samfundsaktørerne, når vi beskriver dem.

Dette er ikke en voluntaristisk opfattelse, se Ross' anmeldelse i TfR 1967.281 af Karl Olivencrona, *Rättsordningen, idéer och fakta*, Lund (1966), se s. 284.

Jf. Ross, *En traditionstro billedstormer*, s. 232 ff.