

STEN SCHAUMBURG-MÜLLER

FEM RETSFILOSOFISKE TESER



Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Fem filosofiske teser

Sten Schaumburg-Müller

Fem filosofiske teser



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2009

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.
Indholdet må alene anvendes af licenstagere i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Fem retsfilosofiske teser
1. udgave, 1. oplag

© 2009 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller anden gengivelse af
eller kopiering fra denne bog eller dele heraf er ifølge
gældende dansk lov om ophavsret ikke tilladt uden
forlagets skriftlige samtykke eller aftale med Copy-Dan

Omslag: Bo Helsted
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2009
ISBN 978-87-574-1982-5

*Udgivet med støtte fra Jurist- og Økonomforbundets Forlags legat
til støtte af videnskabelige afhandlinger*

Denne afhandling er af Det Samfundsvidenskabelige Fakultet
ved Aarhus Universitet antaget til forsvar for den juridiske doktorgrad.

Aarhus den
Dekan
Svend Hylleberg

Forsvaret finder sted fredag den 12. juni 2009, kl. 13 (præcis)
bygning 1333, lokale 101 (A1), Aarhus Universitet

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoeff.dk
www.djoeff-forlag.dk

Forord

“Jeg staaer op om Morgenen og takker Gud – saa begynder jeg Arbeidet. Til bestemt Tid om Aftenen bryder jeg af, takker Gud – saa sover jeg. Og saaledes lever jeg, om end i enkelte Øieblikke ikke uden Anfald af Tungsind og Veemod, dog væsentligen Dag ud og Dag ind i den saligste Fortryllelse.”

Søren Kierkegaard

For mit vedkommende er jeg taknemmelig over at kunne bruge nogle år af mit liv på at udrede nogle retsfilosofiske tråde og trænge længere ind i de til tider svimlende og i hvert fald uoverskuelige dybder, en beskæftigelse der forekommer mig dybt vedkommende og relevant selvom den ikke er presserende på samme måde som spørgsmålet om hvor man får mad fra i morgen. Og jeg kvitterer ved at gøre mit bedste og producere nogle tanker som jeg håber andre kan få glæde af.

Ud over en generel og i nogen grad genstandsløs taknemmelighed har jeg også mere konkret tak at rette.

Til mine for længst afdøde forældre der i en fjern, men alligevel nærværende fortid gav mig kærlighed og opdrog mig til selvstændighed.

Til Margrethe som jeg heldigvis nåede at være kæreste med, bo sammen med, være gift med, få børn med og have et fantastisk liv med inden hun alt for tidligt måtte forlade os alle.

Til mine børn, Jonatan, Freja, Sigrun og Markus, som bragte et kærkomment element af uforudsigelighed og forpligtelser ind i mit liv, og som jeg elsker højere end de måske tror når jeg sidder med næsen åndsfraværende ud i tankerne eller med fingrene i den ene eller anden slags tangenter.

Og til Lene som har givet mig fremtiden tilbage og hjulpet til med at undgå sorgens kviksandede område.

Det er ikke forkert når Verdenserklæringen om Menneskerettigheder og G.W.F. Hegel nogenlunde samstemmende siger at familien er grundlæggende og afgørende for at man kan blive menneske. Så en stor tak til den nære, og også en tak til den store.

Arbejde med nærværende afhandling er foregået i “splendid isolation”, jeg har hverken drøftet konkret indhold, fået gode råd eller konformitets-tjekket indhold eller form. Jeg har gerne villet levere et gennemtænkt (om end selvfølgelig ikke færdigtænkt) arbejde som herefter forhåbentlig kan bidrage til videre indsigter, drøftelser og uenigheder. Også her er det ganske rammende når menneskerettigheder beskytter både det private – et rum hvor man i fred kan tænke sine tanker igennem (eller hengive sig til andre fortryl-

lelser) – og det offentlige, hvor man i fællesskab kan drøfte, kritisere, være uenige, lade sig overbevise osv.

Men den isolerede skriveproces er ikke ensbetydende med en faglig isolation, og jeg står i dyb gæld til de mange der har brugt år og måske hele deres liv på at vride noget tankemæssigt fornuftigt ud af virkelighedens og rettens besynderlige virvar. Mere konkret vil jeg rette en tak til dem der åbnede portene i mine unge år: Johs. Østergaard Petersen (filosofi skal være vedkommende), Hans Fink (Hegel og retsfilosofi), Jørgen Husted (sprogfilosofi) og Jørgen Dalberg-Larsen (rettens muligheder og relationer). Og en tak til de mange jeg har arbejdet sammen med i årenes løb, ikke mindst på Afdelingen for Retslære.

Sidst, men ikke mindst, en stor tak til Jytte Kløve og allermest Jytte Mønster der med en usædvanlig blanding af imødekommende venlighed og stor professionalitet har knoklet med retskrivning, opsætning og alt hvad der hører til korrektur, således at man faktisk er i stand til at læse hvad jeg har skrevet.

Nærværende udgivelse er støttet af DJØF-fonden, til hvem der således er en tak for det mere pekuniære, men jo ikke mindre vigtige bidrag.

Afhandlingen er indleveret i september 2008.

Sten Schaumburg-Müller
Mårslet, 23. marts 2009

Indholdsoversigt

Indledning	1
Tese 1: Det er ikke muligt at formulere én sammenhængende teori om retten	11
Tese 2: For at forstå retten må man inddrage dens kontrafaktiske karakter	83
Tese 3: Ret, retlige forekomster og rettens relationer kan med fordel forstås grænserelativt	187
Tese 4: Ret og rettigheder dannes i fællesskaber	273
Tese 5: Retsdogmatikken udviser en relativ teoriresistens	355
Litteratur	441
Oversigt over afhandlinger 2000-2006	463

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.
Indholdet må alene anvendes af licenstagere i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Indholdsfortegnelse

Indledning	1
Tese 1: Én overordnet retsteori?	11
1. Det hyperbole problem	11
1.1. Det hyperbole problem	11
1.2. Hyperbolen og det moderne	16
1.3. Vilje til magt	20
2. Benthams afvisning af rettigheder	23
3. Ross' hyperbol	27
3.1. Indsigtsfuld retsfilosofi	27
3.2. ... eller udmattende eksercits	30
3.3. Ross' konstruktion af naturretten som hyperbol	35
3.4. Ross' moderniseringsprojekt	39
3.5. Ret = regler	44
4. Zahles forsøg på en ikke-teoretisk retsfilosofi	48
4.1. Indledning	48
4.2. Hvad er retsfilosofi?	51
4.3. Hvad er ret? Spørgsmålet der ikke må stilles	53
4.4. Hvad er ret? Svarene der gives	60
a) Ret inkluderer omsorg	60
b) Retten er delt ind i vertikale og horisontale forhold	62
c) Retten som noget socialt	63
d) Et relativt retsbegreb	63
4.5. Dommerfokuseringen	64
4.6. Konklusioner	70
5. Opsummering og perspektivering	71
5.1. Den inklusive kritik	71
5.2. Globale problemer	75
5.3. Konklusion og reformulering af tese	78
Tese 2: Rettens kontrafaktiske karakter	83
1. Det kontrafaktiske	84
1.1. Det negative	84
1.2. Præsentation af det kontrafaktiske	88
1.3. Andre betydninger af 'kontrafaktisk'	91
1.4. Retten og det kontrafaktiske	94
1.5. Det kontrafaktiske er uafhængigt af graden af positivering	99
1.6. Værdier er også kontrafaktiske	104
1.7. Metafysik	108
2. Hjælpeteori med tre niveauer: ontologi, epistemologi og praksis	117
2.1. Præsentation	117

2.2. Konfrontation med Habermas' gyldighedskriterier	120
2.3. Ret eller ikke ret – både et ontologisk og epistemologisk spm.....	129
2.4. Kritik som kontrafaktisk erkendelse	137
2.5. Beskrivelse er utilstrækkelig	143
2.6. Praksis	146
2.7. Praksis og normanvendelse	149
2.8. Indøvet spontanitet	155
3. Konsekvenser	161
3.1. Realisme	162
3.2. Nogle bemærkninger om det moderne	166
3.3. Kritisk positivisme	168
3.4. Grundlæggende værdier	174
3.5. Opsummering og perspektivering	180
Tese 3: Grænserelativisme	187
1. Grænserelativisme	187
1.1. Hvad er grænserelativisme	187
1.2. Grænserelativisme og uddifferentieret monisme	192
1.3. Grænserelativisme og rimelig pluralisme	196
1.4. Grænserelativisme og enhedens modsætning	200
2. Relative grænser for mennesket og dets erkendelse	204
2.1. Menneske og natur	204
2.2. Naturvidenskab og samfundsvidenskab	206
2.3. Videnskab og ikke-videnskab	210
2.4. Beskrivelse og vurdering og to eksempler fra presseretten	215
3. Rettens relative grænser	218
3.1. Retten og mennesket. Mellem determinisme og decisionisme	218
3.2. Retten som den er, og retten som den bør være	225
3.3. Ret og politik	233
4. Retspositivisme – en grænserelativ forståelse.....	247
4.1. En retspositivistisk typologi	249
(i) Banal positivisme	249
(ii) Befalingspositivisme eller statspositivisme	250
(iii) Traditionspositivisme	251
(iv) Er/bør-positivisme	252
(v) Ordenspositivisme	254
(vi) Non-kognitivismem/emotivisme	255
(vii) Retspositivismens engelske variant.....	257
(viii) Lovpositivismen (kontinental variant)	258
(ix) Logisk positivisme	260
4.2. Naturretstænkning, retspositivisme og kreativitet	262
4.3. Den minimalt nødvendige retspositivisme.....	264
5. Opsummering	267

Tese 4: Ret og menneskelige fællesskaber	273
1. Juridisk antropologi	273
1.1. Fællesskabet som natur	273
1.2. Menneskets natur	282
1) Jeg-bevidsthed og empati	284
2) Moral som instinkt	285
3) Gensidighed	288
4) Sans for retlighed og retfærdighed	292
5) Det fælles bedste	293
6) Religion	294
7) Opsummering	296
1.3. Fællesskabets sårbarhed	298
1.4. Fællesskab som forestilling	301
1.5. Fællesskab som 'semi-autonomous social field'	307
1.6. Udbygning af teorien om 'semi-autonomous social fields'	311
2. Perspektiver	321
2.1. Fællesskab og værdier	321
2.2. Fællesskab, konformitet, medbestemmelse og rettigheder	323
2.3. Staten	328
2.4. Det globale	331
1) Det globale som faktum	331
2) Det globale som forestilling	333
3) Community concern og out group hostility	337
4) Partikularitet og universalitet	339
5) Det globale som en mangfoldighed af fællesskaber og ét fællesskab	346
6) Medbestemmelse og rettigheder på det globale plan	348
2.5. Opsummering	350
 Tese 5: Retsdogmatikkens relative teori-resistens	 355
1. Retsdogmatik	355
1.1. Fri os fra filosofierne	355
1.2. Retsfilosofiens relative relevans	359
1.3. Sondring mellem to former for juridisk metode	366
1.4. Institutionel tilknytning og metode	375
1.5. Metode, usikkerhed og kreativitet	378
2. En undersøgelse af bedømmelsespraksis	387
2.1. Om undersøgelsen, afgrænsning og metode	387
2.2. Kvantitative oplysninger	388
2.3. Bedømmelsernes form	389
2.4. Hvad er der enighed om	391
2.5. Problemer med juridisk metode	393
2.6. Forhold til teori	396

2.7. Om inddragelse af stof der ikke retter sig mod gældende ret	398
2.8. Perspektivering og forslag.....	403
3. Retsdogmatik (fortsat).....	406
3.1. Juridisk praktisk metode og gældende ret	406
3.2. Juridisk teoretisk metode.....	410
3.3. Eksplicitering og forbedring af tavs kunnen	416
4. Retsfilosofi	421
4.1. Hvad er retsfilosofi?	421
4.2. Retsfilosofi som overfrakke	425
4.3. Retsfilosofi som deskriptiv eller normativ videnskabsteori.....	429
4.4. Retsfilosofi som “appropriate philosophy”	435
Litteratur	441
Oversigt over afhandlinger 2000-2006	463
København, dr.jur.	463
Århus, dr.jur.	463
København, ph.d.	464
Århus, ph.d.	465

Indledning

Omkring 2002 til 2004 havde jeg fornøjelsen af at arbejde sammen med Jens Evald om at skrive en lærebog i almindelig retslære. Vi valgte bevidst den tilgang at vi gerne ville servere de forskellige tankegange og forståelser på en forståelig og spændende måde, i klar modsætning til den opfattelse at den rigtige forståelse så at sige sidder i lærestolen, og at øvelsen herefter går ud på at forklare de studerende hvordan verden og retten ser ud fra denne position.

En sådan mere tilbagetrukket og orienterende tilgang betød i første omgang at vi selv måtte godt rundt i de retsfilosofiske traditioner, og det gav mig lyst til og nærmest et påtrængende behov for at videreudvikle de retsfilosofiske tanker og ideer der dels var opstået i løbet af arbejdet med at formidle de mange retsfilosofiske skoler, dels i det hele taget havde ophobet sig igennem årene.

Af personlige grunde startede jeg først for alvor arbejdet med nærværende afhandling i 2006, og resultatet af arbejdet foreligger her, et arbejde der på én gang har bestået i at forsøge at tænke *videre* på allerede godt tænkte og fremskredne retsfilosofiske opfattelser, *rigtigere* end de mange delvise fejl og blindgyder der synes uløseligt forbundet med retsfilosofi (og for så vidt med al menneskelig aktivitet) og *mere aktuelt* end de klassiske retsfilosofiske skoler der kan have en tendens til at have en kanon af autoriserede spørgsmål snarere end at se på den aktuelle situation og de retsfilosofiske problemer der kunne trænge til en løsning eller i det mindste en behandling.

Forstået på denne måde er retsfilosofi ikke en esoterisk virksomhed der beskæftiger sig med egne, for andre i høj grad uforståelige spørgsmål, men derimod en virksomhed der, på linje med så megen anden menneskelig aktivitet, består i at sætte sig nærmere ind i tingene, reflektere over dem og – måske – bidrage til at gøre dem bedre. Retsfilosofi er set på denne måde en aktivitet og en proces snarere end en stilstand, en undersøgelse og refleksion i modsætning til blot en meningstilkendegivelse om vanskeligt tilgængelige emner. I en retsfilosofisk undersøgelse sætter man sig for at finde ud af noget, noget man så at sige er midt i og derfor måske nok kan håndtere på dagligdags niveau, men ikke kan finde ud af, fordi man ikke har overblikket og ikke har taget sig tid til at forsøge at få overblikket. En retsfilosofisk undersøgelse og refleksion kan – i heldigste fald – bidrage til at finde ud af mere, få bedre overblik, forstå, og man kan rette fejl der uvægerligt er forekommet, ligesom man i et vist omfang må overlade det til kommende retsfilosofiske undersøgelser at rette de fejl man selv begår.

Der er således i en vis forstand tale om *både* en objektiv proces, man undersøger, får tingene på det rette, finder ud af, retter fejl, analyserer og

sammensætter osv., hvilket ikke mindst kan lade sig gøre fordi der allerede er mange der har tænkt meget grundigt, og en subjektiv proces, man forsøger at bemægtige sig sin egen mening med antagelser som man må forlade, nogle der må modereres og udbygges, og nogle der forstærkes fordi meningen ikke bare er noget man har, som noget i en vis forstand udefrakommende, men som noget man kæmper med og tilegner sig. Som Jakob der må brydes med Gud,¹ må man brydes med store og nærmest umulige spørgsmål, vinde kan man ikke, men man kan blive stærkere og blive et nyt selv som man i højere grad selv har været med til at skabe.

En retsfilosofisk refleksion kan ses som et forsøg på at bemægtige sig sin egen position og ikke bare at have meninger, anskuelser og forståelser som resultater af påvirkninger. Mennesket er kastet ind i tilværelsen² og er på den måde dømt til at leve i denne verden på en bestemt tid og et bestemt sted med et (eller få) bestemt(e) sprog, kultur, ideer og tankegods, men mennesket har en evne til ikke bare at forlige sig med situationen, men at brydes med den og derigennem forandre både sig selv og verden og dermed blive forbundet med verden på en ny måde.

Brydningen kan imidlertid ikke foretages kun af den enkelte,³ men må foretages i et fællesskab, hvilket en retsfilosofisk produktion som den nærværende også er udtryk for. Selve skrivearbejdet har ganske vist været en individuel proces, men det er foregået i et fællesskab, eller rettere i mange fællesskaber, fx af tidligere og nuværende filosoffer og retsfilosoffer, i et fællesskab af juridisk praksis, i et sprogligt, nationalt fællesskab, i et kulturelt fællesskab etc. Menneskets evne til at løfte sig ud af egen umyndighed og uvidenhed, evnen til at erhverve viden og blive klogere og bruge denne viden til at indrette sig bedre er en altid tilstedeværende evne som kan have bedre eller dårligere udfoldelsesmuligheder, men som for at lykkes må foregå med andre, og ikke bare sammen med andre, men i udveksling med andre. Muligheden for at løfte sig ud af en umyndig tilstand, at bemægtige sig sin mening, er set på denne måde ikke et særskilt oplysningsprojekt, men en almenmenneskelig mulighed – og hertil ikke bare en mulighed, men i en vis forstand en nødvendighed.

At bemægtige sig egen position indeholder på én gang at kunne se det særlige, det partikulære og det generelle, det almene og universelle. Det gælder for det geografiske, jeg er en dansk jurist med kendskab til og erfaring med jura primært via dansk ret, danske retsinstitutioner og dansk retstænkning, men samtidig synes retten at være et universelt menneskeligt fænomen, og man forstår i en vis forstand først det generelle, 'retten', når

1. Biblen, Første Mosebog, kap. 32, v. 24 f.
2. Martin Heidegger, *Sein und Zeit*, 1967 (opr. udg. 1924), s. 175.
3. Ronald Dworkin bliver med sin enlige, mandlige superdommer helt gammeltestamentelig patriarkalsk i sin forståelse.

man kan forstå egen i nogen grad tilfældige og i hvert fald begrænsede position, ligesom man bedre forstår det almene hvis man forstår hvad der er specifikt for ens egen lokale ret, retstænkning, retsinstitutioner og retstraditioner. Og det gælder for det tidsmæssige hvor der både er evige retsspørgsmål om ret og retfærdighed, ret og magt, tradition og styring osv., og mere aktuelt påtrængende spørgsmål som fx integreringen af flere forskellige retssystemer såsom dansk ret, EU-ret, menneskeret og folkeret i en eller anden form for fungibelt samarbejde. Der er formentlig en alment menneskelig tendens til at tro at “we are the world” – det gælder lige fra min datter der som lille bemærkede at det var synd for de andre at de skulle lære sådan nogle svære sprog (og på den måde opfattede sit eget sprog som det naturlige sprog), til retsfilosoffer der ser egen ret som den naturlige ret og herefter klør på med at filosofere over noget de opfatter som alment, men som i virkeligheden i høj grad er kontingent. Efter nærværende opfattelse har vi nu på grund af større interaktion med og kendskab til andre (rets)kulturer, (rets)traditioner og (rets)institutioner bedre mulighed for at forstå at vores egen position ikke er den naturlige, men for så vidt blot tilfældig, en bedre mulighed for at forstå at vi ikke er hele verden, men kun og dog en del af den, og derved samtidig en bedre mulighed for at forstå det universelle og almene.

Retsfilosofiske teorier og skoler kan ses som bud på aktuelle og mere eller mindre lokale problemer og spørgsmål samtidig med at de – i vekslende grad – beskæftiger sig med og ofte endda mener kun at beskæftige sig med retten generelt. John Austin så retten som den centraliserede, stærke statsmagts ret, James Lorimer kan siges at være eksponent for det britiske imperiums ret,⁴ Eugen Ehrlichs ‘levende ret’ kan ses som en advarsel til lovgiver og jurister i et multikulturelt samfund om at den officielle ret bliver et irritationsmoment, realismen og pragmatismen var en reaktion på en i stigende grad dysfunktionel formalisme og en åbning for social- og velfærdsstaten med Ross som den danske velfærdsstats retsfilosof. Nærværende arbejde er mindre prætentivt på den måde at jeg ikke mener at kunne give et overordnet bud på retsfilosofiens store spørgsmål, men nøjes med det lidt mindre at give bud på forskellige underspørgsmål som forekommer relevante i en aktuel sammenhæng set ud fra et ‘dansk ret i den globale sammenhæng’-synspunkt. Jeg ser fra et bestemt sted – en forståelse der sjældent er indbygget i de store retsfilosofiske skoler – og jeg har valgt fem udsigter, som man kunne kalde det, idet man, billedligt talt, ikke kan se hele horisonten rundt på én gang.

Det første kapitel beskæftiger sig netop med hyperbol-risikoen, det at man tror at man kan se det hele på én gang, og hvor man ud fra ofte rigtige og skarpsindige retsfilosofiske iagttagelser og analyser overeksponerer po-

4. Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations*, 1947, s. 228-29.

interne ved at blæse dem op til at dække hele horisonten. En sådan delvis forkert tilgang risikerer endvidere at gå i arv fordi efterfølgende retsteoretikere naturligt kritiserer punkter der måske viser sig at være fejlagtige, men samtidig antager at så må hele teorien og alle indsigter og analyser falde. Nærværende arbejde kan ses som et forsøg på at sige noget rigtigt retsfilosofisk uden at blæse indsigterne op til mere end de kan holde, og det er på én gang opfattelsen at en sådan integrerende eller medierende forståelse er rigtige, og at den netop nu er særlig påkrævet: Med internationalisering og globalisering – som jeg ikke betragter som idealer, men som i høj grad faktiske med stigende transnationale forbindelser via handel, investeringer, miljø- og klimaspørgsmål og migration – er det vigtigt at forstå hvilke synspunkter der er eller kan være almene, og hvilke der er lokale og dermed begrænsede.

Det andet kapitel understreger rettens dobbelte karakter af både at være noget faktisk og noget kontrafaktisk. Dette kapitel er det mindst tids- og stedbundne på den måde at det forstås som et alment træk ved retten – og ved menneskets måde at organisere sig på – at der *både* er et faktisk element i form af faktiske institutioner, sædvaner, love, retsdokumenter, retsbygninger osv. og et kontrafaktisk element idet retten i sin natur beskæftiger sig med normering, med noget som kan være på en anden måde.

Det tredje kapitel er en smule mere tidsbundet i sin understregning af fordelene ved en grænserelativistisk forståelse, det at grænser og sondringer ikke er det samme som dikotomier og uoverstigelige skel. Det gælder i høj grad retlige begreber og er samtidigt aktuelt på den måde at grænserne for de forskellige retssystemer efterhånden umuligt kan forstås som skarpt adskilte grænser, men netop må forstås som relative forskelle.

Dette leder for så vidt over til det fjerde emne der handler om fællesskaber, at fællesskaber er noget naturligt menneskeligt, noget biologisk, evolutionært udviklet, at retten er knyttet til fællesskaber (og derved til noget naturligt menneskeligt), og at forståelse af fællesskaber og disses forhold til hinanden er centralt for en adækvat forståelse af retten, en forståelse som også er aktuell netop fordi fællesskaberne, herunder ikke mindst mange nationale fællesskaber, er under forandring og integration i modsætning til fx 1800-tallets konsolidering.

Det sidste kapitel er lidt mere indadvendt på den måde at det ser på retsvidenskaben og dens forhold til sig selv og til teoretisk eksplicitering. Det gøres her gældende at retsvidenskaben er relativt teoriresistent på den måde at retlig praksis er relativt upåvirket af mere overordnede teoretiske og ideologiske strømninger, hvilket både er en fordel – retlig praksis skal levere ret, retfærdighed og orden og kan derfor ikke skifte efter sidste teoretiske mode – og en ulempe idet det er vanskeligt, både for indviede og udenforstående, at forstå hvad der foregår, og at foretage eventuelt påtrængte forbedringer.

De enkelte kapitler er bygget op som teser hvilket for det første understreger det foreløbige, at der mere er tale om udkast til forståelser og oplæg til faglig debat og ikke om docerede sandheder, som om forfatteren på grund af sin retsfilosofiske viden skulle have en særlig kvalificeret adgang til den store sandhed. Det foreløbige må ikke misforstås. Jeg prøver at sige noget rigtigt på baggrund af undersøgelser, erfaring, analyse og vurdering af foreliggende retsfilosofiske traditioner og foreliggende ret og retlig praksis. Men fremsættelsen af teser antyder at der er tale om mulige forståelser – ud fra den for så vidt banale iagttagelse at al viden historisk set er blevet udbygget, forbedret og ofte forkastet, samtidig med at megen viden har dannet baggrund netop for muligheden af senere at kunne blive forkastet.

For det andet synes teser at være et godt værktøj til at åbne emner med. En retsfilosofi må forbi undersøgelsen (men ikke springe den over) og ind i de vanskelige analyser, synteser og vurderinger, og hertil synes teser at være velegnede.

At der er flere teser, hænger sammen med at jeg ikke har ment at kunne levere én samlet, endsige endegyldig tese om retten, men på den anden side nok har ment at kunne sige noget. Jeg har forsøgt ikke at skyde langt over målet, samtidig med at overliggeren gerne skulle lidt op. Som arbejdet skred frem, kom der imidlertid mere sammenhæng mellem teserne end først antaget. Til gengæld fungerer teserne ikke nødvendigvis på samme måde i alle kapitlerne.

Tilgangen er således hverken et forsvar for én retsfilosofisk skole, eftersom de alle (i vekslende omfang) har både gode pointer og fejlagtige opfattelser, og der er heller ikke tale om en eklektisk tilgang, et slags retsfilosofisk udsalg, hvor det bedste, billigste og lettest tilgængelige udvælges. Snarere forsøger jeg at bruge tidligere indsigter der fortsat synes at stå prøven og fortsat kan anvendes til at tænke videre med, og forsøger at kritisere tidligere indtagne positioner præcist hvor disse synes fejlagtige og/eller uunderbyggede, ud fra den opfattelse at der sjældent, om nogensinde, forekommer en retsfilosofi der ikke også indeholder gode og rigtige pointer. Der vil således forekomme en del kritik også af nulevende retsfilosoffer og ikke mindst andre der har sagt og skrevet noget af retsfilosofisk interesse, og jeg håber at kritikken forstås i den ånd den er fremført, som et forsøg på at finde frem til noget rigtigere. Det drejer sig ikke om hvem der har ret, men om hvad der er det (mest) rigtige.

Jeg opfatter mig her på linje med John Dewey, der på et spørgsmål om han opfattede sig som optimist eller pessimist erklærede sig som meliorist,⁵ dvs. én der mener at vi har evnen til at blive bedre, evnen til at forbedre vores viden, indsigt og i sidste ende vores måde at organisere os på. Der er tale

5. John Dewey, *Reconstructions in Philosophy*, Enlarged Edition 1948 (opr. 1920), s. 178.

om en alment menneskelig evne – mennesker kan i højere grad end dyr forholde sig til og derved også forbedre deres situation – en evne også retsfilosoffer kan benytte sig af, så man ikke blot ender med at mene noget andet, men noget rigtigere og noget der er mere egnet til at løse aktuelle, snarere end tidligere tiders problemer.

Hermed har jeg også antydnet en særlig filosofisk gæld, en tydelig inspiration fra en række filosoffer og retligt interesserede skribenter uden hvilke den position der er vokset ud af de fremsatte teser, ikke kunne have haft samme udformning: G.W.F. Hegel, Charles S. Peirce, John Dewey, Hilary Putnam, Jürgen Habermas, Susan Haack og Jørgen Dalberg-Larsen, der alle på forskellig vis tænker i helheder uden at give køb på vigtigheden af detailanalyserne, og som alle har udvikling og dermed muligheden af en kontinuerlig bedre forståelse som en del af den (rets)filosofiske forståelse. Det skal understreges at ingen af de nævnte er ukritisable – der kan rettes alvorlige indvendinger mod både Hegels og Habermas' udviklingsopfattelse, Dewey synes at have problemer når den store position skal rulles ud,⁶ og Dalberg-Larsen er ikke overbevisende når det drejer sig om ret og udvikling eller om paradigmer – men det er ikke min intention at levere en dækkende eller korrigerende fremstilling af nogen af de nævnte som her fremhæves på grund af deres rolle som bl.a. filosofiske inspiratorer.

Nærværende afhandling er retsfilosofisk, og retsfilosofi forstås her ikke så meget som en egen disciplin med egen strikte metode og særlige netop retsfilosofiske spørgsmål, men som en bindestregsvidenskab, en tværfaglig tilgang, en filosofien over retten, bl.a. med brug af filosofisk tankegods til bedre at forstå retten, uden noget hierarki mellem de involverede discipliner, men ud fra en forestilling om at enhver aktivitet, det være sig juridisk, filosofisk, retsfilosofisk eller andre, kan have svært ved at komme ud over sig selv hvis den ikke møder modstand, interesse, andre synsvinkler osv. – lidt på samme måde som man kan have svært ved at komme ud af sengen en søndag morgen hvis der ikke er udsigt til at kunne beskæftige sig med andet end sig selv.

Problemet for en retsfilosof er samtidig at man både lægger sig imellem og begge steder. Der er hverken tale om den højere jura eller den højere filosofi, men om den højere mellemting. Retsantropologen Max Gluckman kæmpede for så vidt med samme problem, og jeg håber at det på lignende måde kan lykkes mig at være “a better philosopher than some lawyers, and a finer lawyer than some philosophers”.⁷

6. Philip W. Jackson om John Dewey i *A Companion to Pragmatism*, i John R. Shook & Joseph Margolis (eds.), 2006, s. 62 f.

7. P.H. Gulliver (ed.), *Cross-examinations. Essays in Memory of Max Gluckman*, 1978, s. vii.

Og jeg håber at resultatet af det retsfilosofiske arbejde vil fremstå lige så fornøjeligt og inspirerende som processen med dets frembringelse har været.

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licenstagere i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Tese 1

Det er ikke muligt at formulere
én sammenhængende teori om retten

Denne bog er omfattet af lov om ophavsret og må ikke videregives – herunder udlånes, sælges eller kopieres – i digital form.

Indholdet må alene anvendes af licenstagere i henhold til de til enhver tid gældende licensbetingelser.

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag