

# Fra polycentri til omsorg for retfærdighed<sup>1</sup>

Af professor HENRIK ZAHLE

*Henrik Zahle har erfaringer fra juridisk virksomhed både inom dömande — bl.a. som ledamot av danska Højesteret — och inom vetenskapen. Han har varit produktiv på hög teoretisk nivå inom skilda rättsområden, företrädesvis offentlig och konstitutionell rätt, processrätt och allmän rättslära. Artikeln bygger på det föredrag han höll då han i juni 2002 promoverades till hedersdoktor i Uppsala. I artikeln beskrivs två skilda utgångspunkter när det gäller rättsteoretisk grundsyn: polycentri respektive det han kallar rättfärdighetsomsorg. Dessa två utgångspunkter kan vidare karaktäriseras som pluralistiska respektive monistiska. Författaren belyser hur hans egen grundsyn, först utvecklad på bevisrättens område, övergått från polycentri till rättfärdighetsomsorg. Denna övergång illustreras bl.a. genom kronologiska nedslag på de kontakter författaren under en dryg 30-årsperiod haft med juridiska fakulteten i Uppsala, vilka särskilt inbegriper tankeutbyte med Per Olof Ekelöf.*

Titlen uttrycker en övergång från polycentri till retfærdighedsomsorg, fra en pluralisme til noget enhedsmæssigt eller monistisk. Valget mellem disse to forskellige positioner har med bevisretten som emne været en grundtema i min kontakt med det Juridiske Fakultet i Uppsala. Jeg vil derfor introducere det polycentriske, således som jeg først erfarede det, nemlig i analysen af de bevisretlige grundmønstre i opposition til det standpunkt, som dengang dominerede i Uppsala, og som var fremlagt af Per Olof Ekelöf. Derefter vil jeg præsentere et eget monistisk synspunkt, der vedrører den retlige virksomhed i almindelighed.

Med denne ramme bliver det nærliggende for mig at indlede med at berette om min kontakt med forskningsmiljøet omkring Per Olof Ekelöf, hvor den bevisretlige debat om monisme eller pluralisme udspillede sig, for med denne baggrund i det personlige at redegøre for overgangen fra polycentri til omsorg.

## 1. Med Ekelöf som vejleder

Historien begynder med en ung dansk forsker, der netop havde afsluttet jura-studiet, og som var begyndt at læse bøger om bevisret. Da der ikke var skrevet meget herom på dansk, kom han hurtigt frem til

<sup>1</sup> Grundlag for foredrag ved Det Juridiske Fakultet, Uppsala Universitet, den 30. maj 2002 i anledning af forfatterens promotion som hedersdoktor den 31. maj 2002. Tak til deltagerne for kommentarer til forelæsningen og til Per-Henrik Lindblom for kommentarer til artikeludkast.

den svenske litteratur, dvs. først Karl Olivecronas afhandling om det juridiske bevis og den materielle ret<sup>2</sup>, lidt tung og støvet, men lærdomsrig, og derefter Per Olof Ekelöfs Rättegång 4 i den seneste udgave, dvs. 1968-udgaven, der indeholdt den *tematiske* analyse af bevisvurderingen og beskrev bevisbyrdepunktet som det diskriminerende punkt på en skala over *sandsynligheden for faktum*.<sup>3</sup> Den unge forsker så den store forskel mellem Olivecrona og Ekelöf, hvor ingen andre før eller siden vist har set den, nemlig i det forhold, at Ekelöf åbnede retten og videnskaben om retten for andre fag. Ekelöfs fortjeneste var at flytte bevisretten *fra* den særegne juridiske begrebsverden, hvor der tales om tilstrækkeligheden af bevis, legalt eller frit bedømt, og bevisbyrde som ikke engang jurister kan forklare meningen med, *til* en diskurs, hvor der tales om bestemmelse af en sandsynlighedsgrad og en vurdering af dens tilstrækkelighed. Denne flytning bragte juristen ind i en begrebsverden, som svarede til, hvad der anvendtes i en hvilken som helst anden empirisk sammenhæng, f.eks. ved diagnosticering af sygdom eller ved produktkontrollens vurdering af forekomsten af mangler i et fabriksprodukt. Bevisretten bragte med denne omtolkning den juridiske beslutningstagen på linje med de begreber og principper, der brugtes i andre fag. Bevisretten var blevet tværvidenskabelig.<sup>4</sup>

Det er på dette tidspunkt, den unge dansker træffer Ekelöf personligt, første gang ved et seminar i Spåtind i Norge i 1971. Dette første møde med lærdommen i Uppsala bekræftede sagnet om den kyndige, intellektuelt levende, persevererende analyse, præget af sjælden interesse for, hvad andre mente — måske især interesse for, hvad andre mente om hans egen opfattelse. Ekelöf gennemførte sine analyser med en drævende, lidt sløret stemme og med lukkede øjne; analysen løb rask ad snoede veje som et alpint slalom fra højre til venstre, fra venstre tilbage til højre, hvor pisten ofte endte blindt, og turen påbegyndtes da igen ufortrødent forfra fra et sted højere oppe ad pisten eller undertiden på næsten umærkelig måde fra et sted lidt væk fra pisten. Den unge dansker fremlagde ved seminaret, som unge forskere bør, egne ideer, der vel ikke var særligt originale, udover at de var nye i sammenhængen, nemlig en oversigt over beslutningsmatricer for beslutning *med sandsynligheder* og beslutninger *uden sandsynligheder*, dvs. under uvidenhed, f.eks. som i strategiske spil. Der var vide perspektiver for disse tankemønstre. Det var imidlertid mærkbart, at den svenske skole var på sporet af noget helt andet. Ekelöf og hans hjørne

<sup>2</sup> Karl Olivecrona: *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, Uppsala 1930. Olivecronas skarpsindige kritik af danskeren Tybjerg i "En teori om bevisbördan", *Juridiska Fakultetens Minneskrift* 11 1929, havde også gjort et stort indtryk.

<sup>3</sup> Per Olof Ekelöf: *Rättegång*, Fjärde häftet, 2. uppl., Stockholm 1968.

<sup>4</sup> I retrospectiv stammer denne pointe nok fra Eckhoff og Bolding, se Torstein Eckhoff: *Tvilsrisikoen*, Oslo, 1943 og Per Olof Bolding: *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, Uppsala, 1951. Den sidstnævnte bog stod ikke højt i den Ekelöfske taksonomi, hvilket bl.a. kom til udtryk i, at den ikke nævntes blandt den "företrädesvis citerade litteratur", der indledte hefterne i *Rättegång*.

af salen var ikke interesserede. Det var ikke sandsynlighedsmodeller for valg med varierende ”*utilities*”, der var i fokus. Nej, det var den nu velkendte bevisvårde-metode, der blev lanceret som en særegen ”indiciemekanisme” med foredrag af filosoffen Sören Hallden og min jævnaldrende, juristen Anders Stening.<sup>5</sup>

Min disputats om bevisretten fra 1976 var i realiteten en kritik af positivismen og dens prægning af bevisretten, selvom dette ikke blev gjort klart i afhandlingen og måske heller ikke dengang stod klart for mig selv. Den indeholdt en systematisk kritik af Ekelöfs bevisteori og især af den drejning, denne havde taget med bevisvårde-metoden.<sup>6</sup> Min kritik vakte ikke begejstring i Uppsala eller mere præcist i Nybrogatan i Stockholm.<sup>7</sup> Ekelöf var ikke tilfreds med min afhandling, hvilket naturligvis var en stor skuffelse for mig. Det var mit indtryk, at han egentlig ikke syntes, at den burde antages, og at han på dette punkt delte mening med en anden bedømmer, Sören Hallden. Jeg så dengang sagen som en skole-strid, og den heraf følgende uenighed mellem på den ene side Ekelöf og hans nærmeste medarbejdere, på den anden side mig skabte en vis distance mellem os eller måske snarere en beklagende reservation i en ellers fortsat ganske intim omgang. Intimiteten kom f.eks. til udtryk, da bevisretsgruppen en gang henlagde et seminarium til Skåne, hvor vi sluttede i professor Ulla Jacobssons private sauna i Helsingborg. Det gik ud over, hvad en genert københavnsk stipendiat kendte hjemmefra, at se den nøgne Ekelöf slå vand på en brændende varm sten, mens han med halvt lukkede øjne fortolkede en af filosoffen Edmans ubegribelige formler for bevisvurdering.

Den negative bedømmelse af min afhandling gjorde, at det dengang ikke var en oplagt sag, at jeg skulle fortsætte med akademisk arbejde. Men Ekelöf og jeg fortsatte med at mødes både i København og i Uppsala, f.eks. til morgenmad på Hotel Østerport i København. Straks når Ekelöf og jeg havde sat os med kaffen og rundstykkerne foran os, gik han igang med bevisrettens intrikate problemer, der var årsagen til at vi mødtes, og som derfor naturligt måtte være det, vi brugte tiden på. Ingen har med samme omhu og i samme omfang kommenteret mine manuskripter — jeg sendte efter opfordring Ekelöf mine manus, og han returnerede dem med omfattende håndskrevne kommentarer i margin og på bagsiden, skrevet med en blød blyant, der ikke altid lod sig læse. Jeg deltog i et symposium her i Uppsala maj 1977, hvor jeg bidrog med et noget tørt og defensivt indlæg om forholdet mellem tema- og bevisværdimetoderne.<sup>8</sup> Der var

<sup>5</sup> Sören Hallden: Indiciemekanismer, i T.f.R. 1973 s. 55 ff. og Anders Stening: Om sammenställning av bevisfakta och deras bevisvårde, i T.f.R 1973 s. 64 ff.

<sup>6</sup> Fjärde häftet, 3. uppl., Stockholm 1973.

<sup>7</sup> Jeg var ikke den eneste, der dengang stillede sig skeptisk over for bevisvårde-metoden, se Per Henrik Lindblom i SvJT 1977 s. 280 ff.

<sup>8</sup> Henrik Zahle: Bevisteori og retsteori, i Uppsalaskolan — och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23–26 maj 1977, Stockholm 1978, s. 63 ff.

ingen stilling til mig på universitetet i København, jeg var dommerfuldmægtig og oplevede mig selv som ufrivilligt på vej væk fra universitetslivet. Professor Alvar Nelson som ikke kendte mig nærmere, spurgte mig under symposiet lige ud, hvorfor jeg var så trist, hvilket forekom mig overraskende indsigtfuldt. Ekelöf bidrog naturligvis også til symposiet, bl.a. med en anekdote fra hans egen disputatstid, der skulle opmuntre den unge kritiker, eller som han beskrev formålet: ”til uppbyggelse för dem av er som är unga och går till storms mot etablerade uppfattningar”.<sup>9</sup> Jeg blev ikke særskilt opmuntret. Men det lykkedes mig at komme tilbage til universitetet, og hvad angår de perioder, jeg siden har arbejdet udenfor universitetet, skyldes de, at jeg selv har ønsket nye erfaringer.

Med tiden nåede jeg frem til den ide, at bevisretten — i analogi med retskildelæren — måtte forstås som en ramme om flere erkendelsesmetoder, der anerkendes ved siden af hinanden, og som til en vis grad konkurrerer med hinanden. Denne pluralisme — som jeg skal vende tilbage til nedenfor — fremlagde jeg bl.a. ved et symposium her i Uppsala i maj 1989, hvortil jeg venligt var blevet inviteret.<sup>10</sup> Jeg har endnu for mit indre øje et billede af en situation under dette symposium, hvor jeg taler — fra en højt hævet talerstol — om det filosofisk ubegrundede i (som bevisvärde-metoden) ved bestemmelsen af en sandsynlighedsgrad at fokusere på *kausaliteten*, og hvor Ekelöf sidder blandt tilhørerne, opmærksomt lyttende med hånden bag øret med et vemodigt udtryk. Jeg var dengang ikke sikker på, om dette vemod skulle ses som udtryk for den aldrendes bitre erkendelse af, at andre nu havde taget magten og uden skånsel tvang deres opfattelser igennem, eller afspejlede en mere reflekterende eftertanke, hvorefter det måtte indrømmes, at andre kunne have ret. Han spurgte mig under debatten ”Er det så galt det hele?”.

## 2. Tre figurer i en forskerkarriere

Når Uppsala nu igen har inviteret mig, er det mig uomgængeligt at reflektere over dette personlige forløb, som jo gemmer et dramatisk element. Jeg har erfaret tre grundfigurer, som kan indgå i en forskerkarriere: 1) Den unge forsker, der kæmper mod dominerende antagelser, som han eller hun anser som vrangforestillinger. Han møder misforståelse og modstand, og hans faglige kvalifikationer underkendes. 2) Den midaldrende eller ældre, der møder almen anerkendelse. Han har ikke har blik for den modstand, der er ved at gro op, eller i hvert fald betragter han modstanden som ukvalificeret. 3) Den gamle, der ser sine ideer kritiserede, forkastede, eller værst: glemte.

Kan disse tre figurer tale sammen, kan de række hinanden hånden? Vi forsøger at sætte sådanne tre ”Kuhnske paradigmer” i samme

<sup>9</sup> Per Olof Ekelöf: Från en forskares verkstad, sm.st. (förrige note) s. 11 ff.

<sup>10</sup> Se H.T. Klami (red.): Rätt och Sanning — Ett Bevistoreetiskt Symposium i Uppsala 26–27 maj 1989, Uppsala 1990.

rum, dvs. vi ser synkront på forskellige teoretiske opfattelser. En sådan sameksistens kan måske lade sig gøre ved en vældig relativisering af egne meninger: 1) Den unge skal da sige: Det jeg har fundet på, er der ingen, der anerkender nu. Mit standpunkt udgør en anfægtelse af den herskende opfattelse, jeg har startet en skole-strid, dvs. en strid mellem flere kvalificerede. De dominerende må anse mit standpunkt som ukvalificeret, de vil forkaste min disputats, og de angriber min sidste artikel, men en dag må de ændre mening. Jeg skal blot holde ud — og holde fast i forskningen! 2) Som midaldrende skal han med sig selv anerkende, at det han finder rigtigt, er det måske slet ikke, den unge han skal vejlede ved noget, som han slet ikke har forstand på, og som kan blive helt afgørende. Det som han anser som galskab, er måske næste årtis vedtagne visdom. Han må tage teorier alvorligt, som han selv tager afstand fra og aldrig ville gøre brug af. 3) Den gamle må trøste sig med ord som disse: Min efterfølger har trængt mig ud af academia. De ideer, jeg har vundet min anerkendelse på, er forkastede. Jeg er ved at blive glemt. Måske kan jeg få en renaissance i næste generation. De, der en dag vil kritisere min efterfølger, vil gribe tilbage til opfattelsen før ham, dvs. mig. Lever jeg længe nok, får jeg måske en hæderspris.

Hvordan sådanne forskelligheder skal administreres, er et forskningsstrategisk problem, som vi ikke ofte drøfter. Hvordan hævde sin egen opfattelse systematisk og intellektuelt hensynsløst og samtidig anerkende legitimiteten i, at andre mener, at man er på vildspor? Hvordan vurdere andres — ældres og yngres — kvalifikationer uden at basere vurderingen på egne opfattelser? Jeg kan ikke løse forskningsliberalismens grundproblemer, men min personlige historie viser, at det Juridiske Fakultet i Uppsala har kunnet finde en løsning. Til trods for at Ekelöf som den dominerende teoretiker i sin bedste alder i 1970'erne mente, at jeg var på afveje, inviterede han mig gang på gang til Uppsala, og selv i sin høje alder, da han kunne have god grund til at mene, at nu havde han hørt nok på denne danskers særegne opfattelse af bevisretten, blev jeg inviteret (nu måske af andre) og lyttet til (af ham).

På denne baggrund finder jeg, at det juridiske og særligt det procesretlige og bevisretlige miljø i Uppsala i min 30-årige kontakt med dette har vist en usædvanlig akademisk tolerance, som også på denne dag giver mig mod til at sige ting, som jeg tror, at ikke alle her kan være enige i — uden al for stor frygt for, at nogen skulle fortryde den sidste invitation.

### **3. Bevisretlig polycentri: Tre mønstre for bevisvurdering**

Ekelöfs bevisværdi-metode og hans ældre tema-metode, som jeg dengang foretrak, havde det fællesskab, at de ville bringe al bevisret — bevisvurderingens ramme og grundbegreber og bevisbyrderegulens indhold — ind under et og kun et sæt af begreber, der afledtes af

*sandsynlighed* som element i sandsynlighedskalkulationer. Uenigheden gjaldt, hvilke begreber der nærmere skulle gøres brug af.<sup>11</sup> Med tiden fik jeg den ide, at vi måske her i et genstridigt fællesskab havde begået en fælles fejl. Bevisretten lader sig ikke hverken deskriptivt eller normativt bringe under en hat, under et perspektiv. Bevisvurdering følger ofte og bør følge spor der varierer efter sammenhængen. Da denne opfattelse er så forskellig fra den, der dominerer i svensk teori, vil jeg præsentere dens grundtræk.

Der er i hvert fald tre grundmønstre:

1) Der er for det første et *normativt* mønster, der fokuserer på *forsømmelse*. En vurdering af, om en part eller en anden, der kan side-stilles med en part, har gjort sig skyldig i en forsømmelse med hensyn til at etablere, bevare og til sagen fremlægge bevismateriale. Forsømmelsen har umiddelbar betydning for, hvad der lægges til grund. Forsømmelsen har betydning som sådan. Den, der på baggrund af en mistænkelig kontekst bliver bedt om en forklaring, men som tier, kan tolkes som den, der ikke kan give nogen forklaring, eller som den, der foretrækker at gemme på sin viden, men disse distinktioner spiller ikke nogen rolle: forsømmelsen er nok.

Virksomheden af, at en part gør sig skyldig i en forsømmelse, kan alternativt beskrives som en svækkelse af beviskravet eller som grundlag for en *presumption*.<sup>12</sup> En sådan ændring (svækkelse eller *presumption*) er imidlertid en følge af sagens konkrete omstændigheder og derfor efter min opfattelse vanskelig at skelne fra en konkret bedømmelse af samtlige oplysninger, hvor oplysninger om en forsømmelse indgår i grundlaget for den opfattelse, at den forsømmeliges opfattelse af faktum er uholdbar.

Et eksempel fra en dansk sag: En oljerørledning i Nordsøen blev beskadiget. To fiskekuttere havde fisket nær ved rørledningen og *kunne* have forårsaget skaden. Men der var ikke nogen konstant overvågning af stedet, så skaden *kunne i stedet være forårsaget* af andre. De to kuttere havde negligeret en sikkerhedszone omkring stedet og havde derfor navigeret på en måde, der blev anset som ikke forenelig med godt sømandsskab. Kravene til rørledningsejerens bevisbyrde kunne derfor svækkes, og Højesteret fandt det "tilstrækkeligt godtgjort" at kutterne havde forvoldt skaden.<sup>13</sup> I denne sag kan man naturligvis

<sup>11</sup> I min *Om det Juridiske Bevis*, København 1976, præsenterede jeg en alternativ bevisopfattelse, som jeg da betegnede "normativ adfærdsvurdering". Det står imidlertid ikke klart, om denne opfattelse skal forstås som et alternativ til sandsynlighedsmodellen eller skulle sameksistere med den. Min tilgang var mere kritisk end konstruktiv, hvilket måske kan forstås på baggrund af den modstand, jeg omtaler i teksten. Men det er altså ikke klart (heller ikke for mig!), om bogen skal ses som alene kritisk eller som pluralistisk. Den "normative adfærdsvurdering" tager sigte på forsømmelse og svarer derfor til, hvad der nedenfor omtales under 1) som det *normative* mønster.

<sup>12</sup> Per Olof Ekelöf & Robert Boman: *Rättegång*, Fjärde häftet, 6. uppl., Stockholm 1992, s. 81 ff.

<sup>13</sup> UfR 2001 72H

fastholde, at bevisvurderingen fortsat er rent "empirisk", og at forsømmelsens betydning er begrænset til, at der sker en ændring af bevisbyrde-reglen, en flytning af bevisbyrdepunktet med Ekelöfs udtryk. Men denne flytning skyldes konkrete omstændigheder ved fiskekutternes sejlads i tiden ved ulykkestidspunktet. Disse konkrete oplysninger tegner et billede at en forsømmelig sejlads, med manglende omhu i relation til afmærkning af sikkerhedszoner. Denne forsømmelighed må efter min opfattelse ses som konstituerende for vores oplevelse af kausaliteten, således at der er en mere direkte forbindelse mellem forsømmeligheden og opfattelsen af faktum. Denne mere direkte sammenhæng finder klart udtryk i "den processuelle skadevirkning", som vi kender i den almindelige procesret, jf. RB 35:4.<sup>14</sup>

2) Der er for det andet et *kommunikativt* mønster, der fokuserer på *troværdighed*: Dette mønster for bevisvurdering består af en vurdering af, om der under sagen foreligger forklaringer eller dokumenter, der giver en særlig troværdighed med hensyn til opfattelsen af sagen, en troværdighed som altså primært beror på en bedømmelse af en persons karakter.

Troværdighed er jo en gammel dyd, og det er ikke mærkeligt eller uheldigt, at dommere, der skal tage stilling til et omstridt faktum, lægger vægt på, om de, der fortæller, er troværdige. Ved at fokusere på troværdighed sker der en forskydning af bevisvurderingen, en forskydning fra en direkte bedømmelse af faktum til en bedømmelse af en persons karakter, eller rettere: bevisvurderingens fokus flyttes mod personen og dennes troværdighed. Den troværdige person tager en del af ansvaret for afgørelsen, der sker en slags delegation, eller om man vil, domstolen henter hos denne person en legitimitet, som domstolen ikke selv har, når det gælder fastlæggelsen af et faktum, som domstolen ikke har noget direkte kendskab til.<sup>15</sup>

En særlig stilling indtager autoriteter, der har en professionel indsigt i de relevante "fakta": Lægelig sagkundskab, psykologer i sager om forældremyndighed og samkvem, biologer i miljøsager såvel som institutioner, hvor sagkyndige arbejder som ansatte og som har særlige eventuelt lovbestemte opgaver. I de nordiske lande findes således særlige retsmedicinske institutioner, der udtaler sig til brug for bl.a. straffesager. Sådanne udtalelser har en særlig troværdighed, som efter min opfattelse ikke kan forklares ved, at der "empirisk" er en høj grad af sandsynlighed for, at de er korrekte. Snarere kan man undertiden se dem som om ikke skabte så opretholdte ved den judicielle anerkendelse. Deres troværdighed hænger sammen med deres magt. Troværdighed er magt.

<sup>14</sup> Denne tanke er nærmere udfoldet i min artikel "Virkelighedserkendelse og bevisforsømmelse", i P. Blume o.a. (red.): Ret og skønsomhed, Festskrift til Agnete Weis Bentzon, København 1998, s. 277-287.

<sup>15</sup> Se min artikel "Troværdighed", i G. Holgersen o.a. (red.): Nybrott og Odling, Festskrift til Per Stavang, Bergen 1998, s. 195-206.

Vi kan her følge den indsigt, som Michel Foucault har præsenteret også om netop dette emne, nemlig den nære sammenhæng mellem magt og viden.<sup>16</sup> I den autoritative troværdighed viser den magtmæssige side af vores judicielle viden sig tydeligt, men også ved den gængse vidneforklaring gør magtforhold sig gældende.

3) Endelig er der det *stokastiske* mønster, der forkuserer på *sandsynlighed*: Afgørende er sandsynligheden for faktum, dvs. den sandsynlighedslogiske bedømmelse, som den svenske-norske bevisteori har koncentreret sig om. Her har den norsk-svenske bevisteori i midten af det 20. århundrede som nævnt åbnet sig for den moderne videnskabelige empiri, den systematiske vidensindsamling, hvor de enkelte informationer som bevisdata danner grundlag for sandsynlighedskalkuler. Den viden om sagens fakta, der opbygges på denne måde, er således empirisk bekræftet, den udtrykkes med en kvantificerbar usikkerhed, de judicielle antagelser er, hvad læger kalder evidens-baserede.

Denne vidensform kræver en — egentlig umulig — adskillelse mellem empiri og værdi, mellem erkendelse og normativitet. En principiel vanskelighed følger endvidere af vekselvirkningen mellem de myndighedsmæssige antagelser og den sociale virkelighed. Hvis f.eks. politiet mener — måske med rette — at andelen af kriminelle er større blandt indvandrere end blandt dem, der ikke er indvandrere, er det jo en nærliggende strategisk konsekvens, at politiet samler en relativt større efterforskningsaktivitet om indvandrere. Risikoen for fejltagelser, som er sandsynlighedskalkulens uundgåelige følgesvend,<sup>17</sup> bliver dermed større for indvandrere end for ikke-indvandrere. Den risikoforøgelse, jeg her omtaler er lav, formentlig meget lav, og derfor kun interessant som et principielt udtryk for, at judicielle antagelser om faktum ikke blot er forbundet med usikkerhed, men også bidrager til usikkerheden, dvs. påvirker dens størrelse.

Disse tre mønstre som jeg har betegnet henholdsvis det normative, det kommunikative og det stokastiske, kan spille sammen med og på tværs af andre mønstre.

De tre mønstre, jeg har nævnt, kan sammenholdes med Aristoteles tre typer af argumenter, som de fremstilles i Retorikken: *Pathos*, der sigter til tilhørernes følelsesmæssige tilstand, appellen til følelserne hos dem, der skal afgøre sagen. Denne appel kan ske ved at betone, om hver af parterne har optrådt som de burde eller ved forsømmelse har gjort sig fortjent til kritik. Jeg sidestiller altså det patetiske argument med det normative mønster, men indrømmer, at de to syns-

<sup>16</sup> Michel Foucault: Truth and Juridical Forms (oprindeligt holdt som foredrag i 1973), i J.D. Faubion (ed.): Michel Foucault: Power. Essential Works of Foucault 1954–84, vol 3, London 2000, s. 1 ff.

<sup>17</sup> Dette indgik i Lawrence Tribes klassiske kritik af den empiriske, numerisk udtrykte bevisvurdering, se Trial by Mathematics, i 84 Harvard Law Review 1971 s. 1329 ff.

punkter ikke helt svarer til hinanden. Større overensstemmelse er der ved de to andre mønstre. I retorikken kan argumenteres ud fra *Ethos*, der efter Aristoteles betegnedes karakteregenskaberne hos taleren. Det etiske kan som sket her generaliseres til i det hele at angå troværdigheden over for utroværdigheden — troværdigheden hos part, advokat og andre, der kan identificeres med parten. *Logos* der angik betydningen af det, der siges, af talens indhold, kan sammenholdes med den systematiske analyse af sagens materiale, som sandsynlighedssynspunkter eller hvad jeg her har betegnet det stokastiske lægger vægt på.<sup>18</sup>

Denne bevisretlige pluralisme eller polycentri giver bevisrettens snoede vej en lighed med retskildelæren, der jo udpeger flere kilder til ret, flere typer af legitimation af de tekster, vi tillægger en privilegeret position, når vi skal tage stilling til et juridisk spørgsmål. Også her kan polycentrien videreudvikles: Retskilderne og deres nærmere håndtering veksler fra myndighed til myndighed, således fra administration til domstole, fra nævn med brancherepræsentanter til almindelige myndigheder med juristuddannede professionelle medarbejdere, fra det statslige til henholdsvis det kommunale og det europæiske, fra Stockholm til Strassbourg. Disse ideer er kendte — under andre betegnelser som f.eks. opsplittelse af civilretten<sup>19</sup> eller disintegration<sup>20</sup>. De klassiske fags almene dele nedbrydes. Almindelig del af f.eks. kontraktsret, obligationsret og forvaltningsret, der tidligere var retsvidenskabens højborge, erstattes af særdiscipliner med egne specialister, myndigheder, forskrifter og tidsskrifter. Denne opsplittelse er ikke kun negativ — det, der tidligere blev set som alment, var jo ofte en særdisciplins diktat over hele feltet — købet som model for obligationsretten, forvaltningakten som eneste agent i forvaltningsretten.

Polycentri gør sig også gældende, når det gælder forholdet mellem på den ene side retsvidenskab, på den anden side domstole og administration, mellem teori og praksis. Forskellen følger af de forskellige arbejdsforhold og de forskellige måder, hvorpå man ytrer sig.<sup>21</sup>

Jeg skal imidlertid ikke fortsætte med dette tema: forskelligheden eller opsplittelsen — den retlige pluralisme eller polycentri. I det følgende vil jeg i stedet se på et bagvedliggende tema, nemlig hvad det er der kan få det hele til at hænge sammen, hvad det er der gør retten til et socialt normativt fænomen af et vist fællesskab. Jeg forla-

<sup>18</sup> Aristoteles: Retorik, dansk overs. ved Thure Hastrup, København 1996.

<sup>19</sup> Bertil Bengtsson: Om civilrättens splittring, i Festskrift til Kurt Gönfors, Stockholm 1991, s. 29 ff.

<sup>20</sup> Thomas Wilhelmsson: Legal Integration as Disintegration of National Law, i Hanne Petersen & Henrik Zahle (ed.): Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law, Aldershot 1995, s. 127 ff.

<sup>21</sup> Se den meget oplysende beskrivelse hos Rune Lavin: Gäst hos Försäkringsöverdomstolen. En professor möter verkligheten, Stockholm 1991. Se også Henrik Zahle: Om at forske i retten og at dømme i retten, i P. Krüger-Andersen o.a. (red.): Festskrift til Aage Michelsen, København 2000, s. 1 ff.

der altså det opsplittende perspektiv, som for mig begyndte med de flere bevismønstre og siden udviklede sig til polycentrien. I stedet vender jeg mig til den antagelse, som mange kritikere af teorier om polycentri eller pluralisme — med rette — er gået ud fra, nemlig at der er en sammenhæng, et fællesskab.

#### 4. Den retlige virksomheds fælles træk

Hvad er det, der foregår, når vi arbejder med juridiske problemer? Er der i vores virksomhed træk, der er så iøjnefaldende, at vi overser dem? Eller er der træk, vi fornægter, fordi de ikke svarer til den forståelse af den juridiske virksomhed, vi har lært på universitetet? Jeg vil søge at svare på disse spørgsmål med udgangspunkt i en konkret situation.

Der sidder 5 dommere og drøfter en sag. Domsforhandlingen er afsluttet, og dommen skal skrives. 4 af dommerne samles hurtigt om et fælles grundsyn, der let lader sig udtrykke, og disse dommere er villige til at betragte drøftelsen af sagen som reelt afsluttet. En femte dommer er ikke tilfreds, han argumenterer for en anden synsvinkel; han bliver ved, selvom ingen af de fire ytrer nogen tilbøjelighed til at skifte grundsyn. Divergensen er saglig, begge positioner kan forsvares, og divergensen har ikke den store betydning. En fra flertallet svarer igen, uden utålmodighed, men også uden tøven. Den femte replicerer osv. Drøftelsen fortsættes med en principiel åbenhed på begge sider.

Det var ved en sådan lejlighed — da jeg selv var dommer — at det slog mig, at der var mere på færde end en simpel erkendelsesopgave, heller ikke var det blot en handling der skulle udføres som implementering af en bindende retskilde, ej heller var det en fri beslutning efter dommernes forgodtbefindende. Denne vedholdenhed i drøftelsen afspejlede noget fundamentalt, som sjældent ekspliciteres.

Jeg hæfter mig ved følgende iøjnefaldende træk: En virksomhed, der strækker sig over tid, der er en tidsfaktor. En omhu eller opmærksomhed, der rækker ud over det nærmeste. En overvejelse og diskussion, der angår andre og andres retsforhold. Disse andres retsforhold bliver fastlagt af det, der er resultatet af drøftelsen. Den egne position kan blive styrket ved at blive udfordret af et modsynspunkt. En afstandtagen fra at behandle sagen som en rutinesag. Drøftelsen foregår på de præmisser, som love og praksis sætter, men med gensidig enighed om, at disse præmisser ikke mekanisk giver et bestemt resultat.

Disse træk vil jeg sammenfatte i følgende tre elementer:

1) Det første element vedrører *magt*. 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 lovtekst, for den beror tillige på dommerens villighed til at gå ud over den konkrete sag og tage de nævnte videregående 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 i en periode som den aktuelle med "retliggørelse" og anerkendelse af menneskeretlige beskyttelser uden sikkert lovgrundlag er større. Det er den generelle domstolspolitik, 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 magt-betragtning 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 (omend 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.

2) Det næste element er *retfærdighed*. Den magt, dommeren og enhver anden retsanvender har, er rettet mod et mål, og dette mål er

retfærdighed — igen et fortrængt begreb. Retfærdighed er således det, hvorom alting drejer sig. Det er ikke, fordi jurister dagligt taler om retfærdighed, og det er sjældent noget argument i sig selv at sige, at det man går ind for er retfærdigt. Denne tavshed om retfærdighed kan misforstås. Man kan få det indtryk, at retfærdighed ikke spiller nogen rolle, og måske endda heller ikke som et retspolitisk argument bør spille nogen rolle. Min landsmand Alf Ross betragtede en henvisning til retfærdighed som et slag i bordet, en tilkendegivelse uden mening,<sup>22</sup> og med det syn på retfærdighedsargumentation er det ikke underligt, at mange danske jurister har fundet det rigtigst at tie, hvis de kom til at tænke på retfærdighed.

Retfærdighed er en mulighed, men kun en mulighed i den forstand, at det er noget der kan tilstræbes, noget man kan bevæge sig hen mod. Afgørelsen eller foranstaltningen eller proceduren kan udformes på flere måder, og disse måder overvejes som nærmere eller fjernere retfærdigheden, som mere eller mindre retfærdige. Megen juridisk refleksion går netop ud på at sammenstille flere sådanne afgørelser mv. og sammenligne dem i et retfærdighedsperspektiv.

Den retfærdighed, som står som målet for den juridiske virksomhed, er en retfærdighed på bundne præmisser. Love og praksis og retskildelærens øvrige anvisninger skal tages som givne, de skal kendes i større eller mindre omfang, og de skal tages i betragtning. Retfærdigheden bedømmes ikke frit som ved udviklingen af en moralsk teori for f.eks. et herredømmefrit samfund. Det er ikke kun retsanvenderen, der har magt. Også magtforholdene i samfundet — herunder de udtryk, disse har fået i retskilderne — tages i betragtning.

Denne binding kan udtrykkes på den måde, at retfærdighed kan drøftes enten som "den store retfærdighed" eller som "den lille retfærdighed" — som den fri teori om retfærdighed og som den juridiske afgørelses retfærdighed. Her er der tale om den lille retfærdighed.

Det er ikke på forhånd afklaret, hvad der er retfærdigt i den enkelte sag, og det bliver heller ikke definitivt afklaret. En dommer kan være tilfreds med en afgørelse, når resultatet er rimeligt i forhold til de involverede, teksten er godt bygget op, og afgørelsens begrundelse peger på det centrale og bærende ræsonnement. Dommeren "tror", den er retfærdig — men er næppe nogensinde og kan i hvert fald ikke være sikker. Man tilnærmer sig retfærdigheden, sådan som man selv opfatter den. Man kan nå til en slags Pareto-ligevægt, hvor enhver ændring af afgørelsen vil forekomme at være en større afvigelse fra det retfærdige. I så fald er afgørelsen lykkedes, man er kommet godt fra sagen, men det er alligevel ikke udelukket, at der teoretisk kan tænkes afgørelser, som ligger det retfærdige nærmere.

Når jeg her fokuserer på retfærdighed — den lille retfærdighed — som målet for den retlige virksomhed, er det ikke ledsaget af en teori for eller anvisning på det retfærdige - den store retfærdighed. Herom

<sup>22</sup> Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed, København 1953, s. 358.

findes som bekendt en vældig mængde filosofiske, politiske og juridiske teorier, hvilket i sig selv indicerer, at det er svært at afklare. I den retlige praksis er det ofte muligt at have en mening om retfærdighed i den konkrete mening, jeg har beskrevet, nemlig en mening om, hvorvidt en afgørelse kan gøres mere retfærdig, samtidig med at man ikke er i stand til at besvare et mere generelt spørgsmål om, hvad man egentlig forstår ved retfærdighed. Retfærdigheden opleves som noget konkret eller i hvert fald afgrænset. Jeg kan mene noget om retfærdigheden af en afgørelse om en lejeforhøjelse uden at have et generelt princip for retfærdighed i lejesager, endnu mindre om retfærdighed i almindelighed.

3) Det tredje element bringer magt og retfærdighed sammen. Det er retlig virksomhed som *omsorg*. Da dette kun sjældent er brugt i forbindelse med juridisk virksomhed, kræver det en forklaring.

Den magt, som juridisk virksomhed udgør, har en retning, den er med et Heideggeriansk udtryk ”rettet”. Magtpositionen har en særlig retning. Som lærerens magt er rettet mod oplysning og modenhed, og som lægens magt er rettet mod sundhed, er dommerens og enhver anden retsanvenders magt rettet mod noget udenforstående, et mål. Dommeren er ikke dommer, hvis hans magt udøves vilkårligt og usystematisk. Magten udøves systematisk med et mål for øje. Det er dette, der adskiller retlig virksomhed fra den simple magtudøvelse.

Vi omtaler ofte juridisk virksomhed som noget primært intellektuelt, eller rettere som et resultat: Vi ser på afgørelsen, på foranstaltningen, på den procedure der er eller burde være fulgt. Den episode jeg omtalte ovenfor<sup>23</sup> — de 5 dommere, der drøftede en sag — illustrerer, hvad der jo i og for sig er velkendt og banalt, at den juridiske virksomhed netop er en virksomhed, et handlingsforløb, en talen og lytten og skriven. Vi taler om en lille del af et liv eller rettere i eksemplet om 5 liv, en livsvirksomhed som er indlejret i en magtposition og som tager sigte på et mål, som virksomheden kontinuerligt vurderes efter. Spørgsmålet er til stadighed, om det vi gør, er korrekt, er det rette, dvs. om det er retfærdigt, således som jeg netop har beskrevet det — retfærdighed forstået som et uopnåeligt mål.

Dommeren, der på denne måde lægger sit liv i, at hans eller hendes magt udøves til fremme af retfærdighed, udviser omsorg. Det er magtudøvelsens rettethed mod retfærdighed, der giver virksomheden karakter af omsorg.

Omsorgen er således det tredje element, som afspejler den vedholdende opmærksomhed, analyse og debat i det dommerkollegium, jeg nævnte før. Omsorg er, som påpeget af Peter Højlund, fundamental for retten, men magten er en forudsætning for muligheden for at

<sup>23</sup> Se ovenfor indledningen til dette afsnit.

udøve omsorg.<sup>24</sup> Uden magt, ingen omsorg, ingen cura, ingen vård. Men magten må ikke være fri, vilkårlig eller uden mål.

Omsorgen er et led i et engagement. Dommeren (og med ham eller hende sidestilles andre retsanvendere) er engageret, er bundet op på et mål. Retsanvenderen skal ikke blot gøre en erkendelse og udtrykke en bedømmelse.<sup>25</sup> Retsanvenderen skal ikke blot "anvende", skal ikke blot gøre en rutine-ekspedition. Retsanvenderen skal sætte sin situation og sine handlemuligheder — magten — i forhold til et mål. Opgaven er betroet. Proces og resultat hænger sammen. Der er en tidsfaktor i opgaven — som det ses i den langtrukne drøftelse af en sag: At sørge for retfærdighed. At udvise omsorg, omhu, omhyggelighed er forskellige ord for dette.

Denne tanke kan ses som en videreførelse af en upåagtet tradition.<sup>26</sup> Den danske lov om domstolene og deres sagsbehandling stammer fra 1916 (naturligvis med mange senere ændringer), og dens navn er "lov om rettens pleje". Begrebet pleje, der i denne sammenhæng er hentet i det tyske Pflege, sigter på dansk dels til pasning af syge, svage eller børn, dels til udøvelse af en opgave, især som her om "udøvelsen af retsvæsenet".<sup>27</sup> I ældre tekster forbindes det at "pleje" retten med dommerens arbejde på tinget.<sup>28</sup> "Pleje" som verbum betyder i almindelighed bl.a. at varetage en opgave eller en virksomhed med omhu, at udøve den eller dyrke den.<sup>29</sup> Omsorg betyder at sørge for, at tage sig af, at virke for noget — "en virksomhed til gavn, hjælp, hjælp, værn for et andet væsen (som man føler sig forpligtet til at sørge for)".<sup>30</sup>

Alt dette viser, at "pleje" eller hvad der med en nutidig sprogbrug kan sidestilles hermed — omsorg, forsorg — har en sikker tradition for at blive anvendt i forbindelse med retten, særligt om dommerens omhyggelige varetagelse af sine opgaver i retslokalet.<sup>31</sup> Pleje eller Pflege blev brugt i processuel sammenhæng. Min anvendelse af begrebet er mere omfattende, idet jeg anvender det, således at det også dækker hele den retlige virksomhed, såvel afgørelser som foranstaltninger, såvel proces som resultat.

Den juridiske virksomhed kan således sammenfattende beskrives som *omsorg for retfærdighed*.

<sup>24</sup> Omsorg omtales af Peter Højlund i Retsanvendelsens etik, København, 1995, og Socialrettsfilosofi, København 2000. Omsorg stilles her i modsætning til magtudøvelse.

<sup>25</sup> Dette var en pointe i Karl Olivecronas kritik af "omdömosteorien", se Rätt och dom, 2. Uppl., Stockholm 1966, især s. 57 ff.

<sup>26</sup> I svensk ret omtales jurisdictio voluntaria som "frivillig rättsvård", se f.eks. Per Olof Ekelöf: Rättegång, Häfte 1, 5. uppl, Stockholm 1977, s. 12, jfr Bengt Lindell: Civilprocessen, 1998 s. 22.

<sup>27</sup> Ordbog over Det Danske Sprog, bd. 16, København 1936, sp. 997 f.

<sup>28</sup> "Ved Ting, Ret, eller Retten (forum) forstaae vi her det ved Lovene bestemte Sted, hvor Dommeren, som man siger, pleier Retten", L. Nørregaard: Den Danske og Norske private Ret, bd. V s. 124, citeret i Ordbogen (forrige note).

<sup>29</sup> Ordbogen (note 27) sp. 1000.

<sup>30</sup> Ordbog over Det Danske Sprog, bd.15, København 1934, sp 619.

<sup>31</sup> Også retslokalet kan på dansk betegnes "retten" — f.eks. "Mød i retten kl. 14.00!".

### 5. Forskningens fællesskab med praksis

Hidtil har jeg fokuseret på den praktiske juridiske virksomhed, f.eks. en dommers virksomhed. Teorier om pluralisme eller polycentri betoner som nævnt forskellen mellem praktisk juridisk virksomhed og teorien, dvs. retsvidenskaben. Uden at fornægte disse forskelle mener jeg, at denne interesse for forskelle — som jeg selv har bidraget til — kan være egnet til at aflede opmærksomheden fra træk, som er fælles. Det er iøvrigt netop (det forudsatte) fællesskab, der gør forskelle interessante, og her er det jeg mener, at ”omsorg for retfærdighed” er det træk, som karakteriserer et grundlæggende fællesskab mellem praktisk og teoretisk virksomhed.

Den, der forsker i retten og udtrykker sig i monografier, lærebøger, håndbøger og artikler om aktuelle retlige emner, fungerer inden for samme ramme, som gælder for den praktiserende jurist. Også forskerens virksomhed må ses og vurderes i det perspektiv, at den udøves som omsorg for retfærdighed, selvom forskeren ikke har en magt, der er så anskuelig som dommerens. Ser vi på de rum, hvori arbejdet udføres,<sup>32</sup> er retslokalets oftest autoritative arkitektur erstattet med forskerens arbejdsrum, ofte mere kaotisk, kaotisk på langt sigt i modsætning til praktikerens, der kan have kaos, men på kort sigt, fordi sagerne går rask over bordet. Forskerens magt ligger i den fortolkende selvstændighed, den ramme for konstruktion, som den retlige forskning udøves med, og som for mange forskere netop er det attraktive ved forskningen. Forskeren udvikler de hensyn, der kan tages i betragtning, inddrager materiale fra fortid eller andre lande, som ikke hidtil er taget i betragtning, og ændrer dermed bedømmelsesgrundlaget, forskeren har bedre forudsætninger (tid og systematisk indsigt i specialet) til at klargøre de hensyn, der aktuelt særlig gør sig gældende, og som bør gøre sig gældende. Den litteratur, som forskerens virksomhed resulterer i, og ikke mindst den undervisning, forskeren ofte står for, bringer disse synspunkter ud i praksis. Om forskning er en retskilde eller blot en inspiration, kan diskuteres. Men at forskning har stor betydning for de begreber, grundforestillinger og hensyn, der indgår i praksis, er der vist ikke uenighed om. Forskningen har dermed en relation til samfundet, som må sættes på linje med den praktiske virksomhed. Og den har som retsdogmatisk forskning en funktion, der må forstås og vurderes inden for samme ramme.

### 6.

Alle disse ord skal opfattes som varierede udtryk for min tak til Det Juridiske Fakultet ved Uppsala Universitet, der mere nøje end noget andet udover det, hvor jeg nu er ansat, har fulgt min slyngede vej mellem de store harmoniske monistiske teorier og de mere konfliktorien-

<sup>32</sup> Per Henrik Lindblom: Rättegångssalens väggar — om domstolsprocessen i tid och rum, Kungl. Vetenskapsakademien, Stockholm 2001.

terede pluralistiske teorier. En bevisteori må efter min opfattelse åbne sig for en mere pluralistisk forståelse end den, den svensk-norske teori traditionelt har givet udtryk for, men bag denne pluralisme finder jeg det grundlæggende fælles træk, som er så øjensynlig i praksis, men som også kendetegner teoretisk arbejde, og som bedst beskrives som omsorg for retfærdighed.