

Hundrede års retsvidenskab

Af Ditlev Tamm

Et spørgsmål, som jeg undertiden stiller mig selv, er, om der inden for juraen findes klassiske værker, som det forventes, at kultiverede jurister enten har læst eller i hvert fald kender til. Klassikere forstået, som den type værker, der er grundlæggende inden for juraen som disciplin, og som man kan forvente, at en jurist refererer til selv, eller at den pågældende forstår det, når der refereres til dem. Der er bøger, hvis indhold ofte er så kendt, at man ikke synes, at behøver at læse dem for at vide, hvad det drejer sig om, og som man selv synes, at det er lidt flovt, hvis man ikke har forsøgt at læse dem. For den, der i årtier har beskæftiget sig med retshistorie, dukker hurtigt en række navne og værker op skærmen. Retshistorikere læser normalt rigtig meget, og det hører til faget, at man let anser sig som en samtidig med mange af fortidens jurister, der har beskæftiget sig med de samme grundlæggende spørgsmål om retfærdighed og juraens metoder, rækkevidde og begrænsninger, som vi gør i dag. Retspluralisme, retspositivisme, naturret, typer af fortolkning, ret og moral eller ret og samfund, loven som direktiv, retten som organisme, alt sammen er kendte figurer i det historiske perspektiv, hvor retten kommer og går og alligevel består. Den tyske jurist Kirchmann formulerede i midten af 1800-årene den berømte og ofte citerede sætning om nye lov, der gør juridiske biblioteker til "Makulatur".¹ Og alligevel består retten og retsvidenskabens stadig, og selv om tidligere autoritative værker ikke længere har samme autoritet, så kan man lære en del af læse i dem og se, hvordan forfatteren greb sagen an, og spekulere over, hvorfor samtiden nu var så overbevist af det. Set i det perspektiv vrimler juraen med klassikere, der har været med til at forme den juridiske tænkning. Der findes en lang række juristleksika, hvor man kan finde de vigtigste navne, og retsvidenskabens har også sin egen historiografi eller er med, når de enkelte fakulteters historie skrives som led i de universitetshistorier, der markerer universitetsjubilæer. Her

1. *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848).

skal ikke gøres et forsøg på at skrive noget, der tilnærmelsesvis kan ligne en retsvidenskabens historie i de sidste hundrede år. Tanken er som et lille eksperiment at plukke et antal værker og forfattere ud fra vores vestlige kulturkreds i de sidste hundrede år – i alt ti – som jeg ville betragte som klassikere i den ovennævnte forstand.² For den, som er født i årene umiddelbart efter Anden Verdenskrig dækker de hundrede år en livsperiode og en generation forud, som har været med til at forme ens egen tid.

Hundrede år er blot en lille del af retsvidenskabens historie, som rækker helt tilbage til det gamle Rom og middelalderens universiteter og grundlæggelsen af det juridiske studium dér. Men vil en jurist i dag forstå, hvor vi er, så kan det være en ide at se de hundrede år tilbage, som vi skal tale om i det følgende. Det er blevet en almindelig talemåde blandt retshistorikere at se forandringer i tidens løb som mindre eller større "revolutioner".³

De sidste hundrede år er forløbet under indflydelse af et par sådanne revolutioner. Og hermed menes ikke politiske revolutioner, men der tænkes på forandringer af tyngdepunkter i ret og retsvidenskab. Kodifikationsbevægelsen, der indledtes i det 18. århundrede med vigtige nedslag kort efter 1800 kulminerede omkring 1900 med den tyske BGB 1896/1900 og den schweiziske civillovbog 1907, har igen siden 1990'erne spillet en stor rolle både i Østeuropa og i de gamle kodifikationslande, hvor meget er ændret i de store kodifikationer. Og som en anden retsvidenskabelig revolution vil jeg betegne den konstitutionelle revolution, som har ført til, at forfatningstænkning og tænkning i menneskerettigheder har spredt sig langt ud over den traditionelle forfatningsrets grænser og påvirket hele vores måde at anskue juraen på i dag. Retshistorikere kan godt lide at se på rettens aktører og deres indbyrdes samspil, lovgivere, dommere, retsvidenskabsmænd og -kvinder og advokater, som er dem, som spiller på den scene. Og kigger vi på de sidste hundrede år, så er det altså især retsvidenskabens udøvere i en periode mellem kodifikationer og moderne konstitutionel tænkning, som vi vil se på. Og for helt at fatte det, så kaster vi et blik tilbage i det 19. århundrede og især på det land, der blev indbegrebet af juridisk tænkning, nemlig Tyskland.

2. En engelsksproget lidt anderledes og udvidet version af det følgende kan læses i *Lakimies* 2017, s. 1150-56.
3. Harold Berman: *Law and Revolution I* (1983) var den, der introducerede revolutionen som markør, sml. også J.L. Halperin: *Five Legal Revolutions Since the 17th Century. An Analysis of a Global Legal History* (2014).

Indflydelsen fra tysk juridisk tænkning nåede helt til USA. I et berømt citat formulerede den amerikanske jurist Amos fra det 19. århundrede det på denne måde: "Modern jurisprudence is emphatically a German creation",⁴ og hermed henviste han først og fremmest til den tyske historiske skole og den tyske retsvidenskabs filosofiske fundament skabt af Kant og Hegel. Uden den tyske indflydelse kan vi heller ikke forestille os en nordisk retsvidenskab, som vi kender den. De fem store "the big five" er de vigtigste navne, der dukker op i denne sammenhæng. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), A.S. Ørstedes samtidige, og han og hans historiske skole fik betydning for generationer af danske, nordiske, europæiske og som nævnt amerikanske jurister. Den historiske analyse og i nok så høj grad han berømte "system"⁵ og hans måde at kombinere analyse, historie og systematisk tænkning banede vejen for den måde, som også nordiske jurister kom til at beskæftige sig med rettens grundlæggende spørgsmål. Georg Friedrich Puchta (1798-1846) er især kendt som den, der udviklede den såkaldte *Begriffsjurisprudenz* til nye højder, som en metode, der både førte til en bedre forståelse af retlige begreber og var med til at skabe et skel mellem den juridiske tænkning og den sociale virkelighed. Den store jurist Rudolph von Jhering (1818-1892), hvis 200 års fødselsdag fejres i år, indledte sin juridiske karriere som begrebsjurist, men blev senere den førende i en ny bevægelse, som pegede på betydningen reglernes formål (*Zweck*) i en social sammenhæng som det bærende princip, fascinerede jurister over hele datidens Europa og også danske jurister som Viggo Bentzon. Hans hovedværker hørte til de værker, som *man* læste, og endnu i dag kender mange titler som "Kampen for retten", et værk, som blev oversat til de fleste europæiske sprog herunder dansk, "Den romerske rets ånd" eller "Rettens formål"⁶, som alle er blevet en art juridiske "*bon mot*"-er. Bernhard Windscheid (1817-1892) udviklede det såkaldte "*Pandektensystem*" og var en hovedskikkelse i det kommissionsarbejde, som førte til en ny tysk lovbog omkring århundredeskiftet. Disse fire jurister hørte til, hvad vi kender som en romanistisk tradition, mens Otto von Gierke (1841-1821) var germanist med intellektuelle rødder ikke i romerretten, men i tysk ret, og blev berømt for sin bog om tysk *Genossenschafts-*

4. S. Amos: *The Science of Jurisprudence*, 1872, p. 505. Quoted by Reimann: *German Legal Science in the 19th Century*, in *Boston C.L. Rev.* 1990, p. 837.

5. F.C. von Savigny: *System des heutigen römischen Rechts* I-VIII (1840 s.).

6. *Kampen om retten* (dansk udg. 1872), *Der Geist des römischen Rechts* (1866 ff.) og *Der Zweck im Recht* (1884)

recht,⁷ der udviklede læren om juridiske personer og fællesskaber og sammenslutninger, samt for sin kritik af de første udkast til en tysk lovbog for ikke at tage tilstrækkelige sociale hensyn.

For den jurist, som kender sine klassikere, står disse navne som repræsentative for vigtige strømninger i en tid, hvor retsvidenskaben var fælles for store dele af Europa. De nyere jurister, som præsenteres i det følgende, afspejler i højere grad mit personlige syn på, hvad der i de sidste hundrede år har været vigtigt og derfor bør betragtes som en del af vor fælles juridiske kulturarv. Jeg har valgt at holde mig til ti eksempler.

Ikrafttrædelsen af en ny tysk lovbog i 1900, BGB, var også i de nordiske lande et signal til forandring. I Danmark holdt den kendte juridiske professor Julius Lassen i 1899 en tale på Universitetet, som er blevet ganske berømt, fordi han deri slog til lyd for, at man også i Danmark burde indlede forberedelsen af en ny lovbog til afløsning af den forældede Danske Lov fra 1683, og han afsluttede talen med håbet om, at den kunne blive et indledende skridt på vejen mod en lovbog for de nordiske lande. Det blev der ikke noget af, og det bliver der næppe heller. I stedet blev Lassens tale igangsættende for initiativer, som førte til et intensiveret nordisk lovasamarbejde. Et af de vigtigste resultater blev en aftalelov, der i dansk skikkelse vedtoges i 1917. Sammen med købeloven blev aftaleloven anset som indeholdende almindelige retsprincipper på obligationsrettens område. Samme år udkom første hæfte af Lassens hovedværk, en fremstilling af obligationsrettens almindelige del,⁸ som byggede på Windscheids pandektsystem.⁹ Aftaleloven og Lassens håndbog hører for mig til de hovedværker, som fortjener at komme på en top-ti liste.

Fra tiden umiddelbart efter Første Verdenskrig ville jeg fremhæve, hvorledes den konstitutionelle "revolution" blev sat i gang ved grundlæggelsen af den østrigske forfatningsdomstol i 1920. Det skyldtes ikke mindst den store østrig-ungarske jurist Hans Kelsen (1881-1973), som snart efter indlod sig i en helt fundamental debat med den tyske jurist Carl Schmitt om, hvem der i sidste ende burde betragtes som forfatningens vogtere (*die Hüter der Verfassung*), den politisk valgte præsident eller netop ikke-politiske dommere i en forfatningsdomstol. Denne debat om magt og legitimitet fra årene omkring 1930 fortjener stadig at blive kendt af velorienterede jurister.

7. O. von Gierke: *Das deutsche Genossenschaftsrecht* I-IV (1868-1913).

8. J. Lassen: *Haandbog i Obligationsrettens almindelige Del*, 3. Udg. (1917-20)

9. H. Kelsen: *Reine Rechtslehre* (1934, ny revideret udg. 1960).

Som et tredje hovedpunkt ville jeg fremhæve, hvad man kunne kalde Kelsen II, nemlig første udgave af hans værk *Reine Rechtslehre* fra 1934 med den Stufenbautherie og ideen om en hypotetisk grundnorm, som satte en ny – men ikke uomtvistet – standard for retstænkningen. Nordiske jurister er ikke altid, men bør naturligvis være, opmærksomme på, hvad der sker i retsvidenskaben i Sydeuropa. I det 19. århundrede udvikledes på højt abstrakt niveau en formalistisk retstænkning kendt som retlig absolutisme (*assolutismo giuridico*), som måske ikke var medvirkende til at udbrede kendskabet til italiensk juridisk tænkning og dermed heller ikke et vigtigt juridisk værk, som fik stor betydning i Italien, men som i det store og hele er ukendt i Nordeuropa. Jeg tænker hermed på et ikke omfattende, men betydningsfuldt værk af juristen Santi Romano (1875-1947), der influerede generationer af italienske jurister, nemlig hans *Ordinamento Giuridico* fra 1918. Bogen var med til at åbne juristers øjne for, at retten ikke burde forstås som en monolitisk blok baseret på en lovbog, men ses netop som et ordningssystem. Der var, sagde han, andre former for ordening ved siden af den statslige, og han inkluderede fagforeninger og andre organisationer, som det juridiske system ellers ikke beskæftigede sig med, i sin retlige ordening, som lagde betydelig vægt på netop arbejdet, *il lavoro*, der senere blev genstand for en egen bog i den italienske civillovbog.

Efter Anden Verdenskrig opstod i Tyskland en ny diskussion om naturretten foranlediget af det grundlæggende spørgsmål, om den forvridning af retssystemet og retlige begreber, der var sket under Det Tredje Rige virkelig kunne betragtes som ret. Den tyske strafferetslærer og retsfilosof Gustav Radbruch (1878-1949) spillede en vigtig rolle i denne naturretens genopståen ved at legitimere i sin såkaldte Radbruchs formel en standard for ikke-anerkendelsen af statslig ret som ret. Formlen var ment som en vejledning for den dommer, som stod over for valget mellem at anerkende eller ej en henvisning til en retsnorm, som han anså som uretfærdig. Efter sit indhold går formelen ud på, at selv en uretfærdig positiv norm bør følges, medmindre den er så ubærlig, at den må tilsidesættes som uret:

”Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträglich-

ches Maß erreicht, daß das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat."¹⁰

Man kan være enig i denne formel eller ej, og den er svær at forene med den form for retspositivisme, som vi lærte hos Alf Ross, men ikke desto mindre vil jeg sætte Radbruch på en femteplads for dette bidrag for at overveje, om der alligevel ikke er en eller anden form for højere retfærdighed, som jurister bør reflektere over. Til gengæld vil jeg så give Alf Ross og hans bog om Ret og Retfærdighed fra 1953 og ikke mindst hans lille brillante artikel *Tû-Tû* om hulheden i de juridiske begreber en sjetteplads. Og med i begrundelsen indgår også hans bidrag til den introduktion til retsstudiet, vi læste dengang, og hans strålende indledningsforelæsninger til det juridiske studium i 1964, der var med til at vinde mig som tvivlende studerende for det juridiske studium. Mange jurister i dag betragter sig stadig også uden mere dybtgående kendskab til hans forfatterskab som positivister i Ross' forstand. Af Ross lærte man at tænke som en jurist, og selv om en og anden betragter ham som forældet, så er der stadig en appel i hans klare prosa og stringente måde at tænke på,¹¹ selv om hans korte og ofte arrogante afvisning af andres mening eller hans manglende sans for den historiske dimension af juraen kunne medføre en vis tørhed og en nok ikke helt tilfredsstillende trang til at lære alternative meninger at kende. Hans beskrivelse af naturretten med dens kolossale bidrag til europæisk retskultur og ikke mindst menneskerettighedstænkningen som „en skøge, der er til falds for enhver“, er lige så uretfærdig, som den er umulig at glemme, når den en gang er hørt.

En stærk samtidig konkurrent, når det gjaldt om at være positivismens førstemand, var den engelske H.L.A. Hart (1907-1992) med bogen *The Concept of Law* fra 1961 med sondringen mellem primære og sekundære normer, som indgår i de fleste teoretisk bevidste juristers måde at forstå, hvordan retlige normer bliver til. Det må blive nummer syv, mens

10. G. Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. *SJZ* 1946, 105 (107). I engelsk oversættelse lyder citatet: "The conflict between justice and legal certainty should be resolved in such a way that positive, statute- and power-backed law prevails even if it is unjust and inappropriate in terms of content, unless the discrepancy with positive justice reaches such an unbearable level that the law has to be regarded as a 'deficient rule' of justice".
11. Se f.eks. J. Holterman Naturalizing Alf Ross's Legal Realism. A Philosophical Reconstruction, in *revus* 2014, p. 165-186.

nummer otte i rækken er den tyske retsfilosof Robert Alexy (f. 1945), som sammen med den tyske forfatningsdomstol har sikret moderne tysk retstænkning en ret fast plads blandt klodens jurister og ikke mindst i Sydamerika, hvor den spanske oversættelse af hans værk om grundlovsfortolkning er blevet noget i retning af en Bibel for forfatningsretsjurister både i teori og praksis. Oversættelsen af *Theorie der Grundrechte* fra 1986 til spansk som *Teoría de los derechos fundamentales* fra 1993 er med til at anspore de ofte meget aktivistiske sydamerikanske forfatningsdommere til at tage ansvaret for udviklingen af og gennemførelsen af de respektive forfatningers grundlæggende principper, som ofte afviger en del fra borgernes dagligdag. Forfatteren af denne artikel oplevede ikke mindst i Colombia, hvordan Alexys principper blev omsat i praksis af en aktiv forfatningsdomstol.

På pladserne ni og ti ville jeg sætte Ronald Dworkin (1931-2013) og John Rawls (1921-2002), der begge er forfattere til ikoniske værker inden for de sidste årtiers retsteori. Som Alexy tror også Dworkin på betydningen af retlige principper. I sit hovedværk, *Law's Empire* introducerer han den omnipotente dommer Hercules og understreger, at der skal træffes en afgørelse, og at et non-liquet ikke er en mulighed. Rawls *Theory of Justice* fra 1971 står på listen over de hundrede mest indflydelsesrige bøger i det 20. århundrede og indeholder udtryk som „fairness“ og „veil of ignorance“ som grundlag for etableringen af et retfærdigt samfund, hvor der tages et hovedhensyn til både frihed og de svagere, er – igen ikke uden modsigelse – indgået som dele af også det juridiske sporg, når retsordenens retfærdighed er under debat.

De her nævnte værker kunne suppleres med mange andre, hvis man ville give et „retfærdigt“ og blot nogenlunde dækkende billede af, hvad der har været vigtige milepæle i det 20. århundredes retstænkning. Hvis jeg i stedet for at se på retstænkningen havde kigget på mit eget fag, ville en tysk fremstilling af rettens åndshistorie, Franz Wieackers *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* i anden udgave fra 1967 have fået en plads som det værk, der introducerede mig til juraen i en helt ny både historisk og åndshistorisk kontekst, der betød, at jeg holdt fast ved retshistorien som den indgang til juraens verden, der gav mening. Der er mange jurister og som i Saint-Exupéry's udødelige bog om den lille prins lever de på forskellige adskilte planeter ofte med meget forskelligt syn på, hvad det hele går ud på. Det er derfor velgørende, når en jurist som Henrik Zahle i 2003 turde sætte en standard i et værk med den smukke titel *Omsorg for retfærdigheden*. Han pegede med denne titel på juristernes pligt til at tage vare

på retfærdigheden og sørge for, at der hersker lov og ret. Udvalget af jurister i denne artikel er påvirket af denne form for tænkning. Jeg indledte med at nævne, hvordan retshistorikere benytter begrebet om revolution til at markere vigtige ændringer i rettens udvikling. De sidste hundrede år er bare en lille del af juraens historie, men det er i den grad gået op ned for juraen, samtidig med at netop både revolutionerne og de værker, der kommet ud af det, danner en vigtig basis for fremtidens retstænkning og de næste hundrede års retfærdighed.

Den, der hædres med dette skrift, er ikke uddannet som jurist, og er man ikke det, så bliver man det heller ikke. Det er nok heller ikke så galt endda, når man på anden måde kan bidrage til, at nye jurister opdrages med sans for retfærdighed, lov og ret og rettens historiske perspektiv. Han har sikkert læst de fleste af her nævnte bøger, men skulle han have en af dem til gode, så ønskes han god læselyst.