

Rettens tredje normative grunnlag: vennskapet – en rettsvitenskapelig anmeldelse av «Rettens Alkymi»

INGER-JOHANNE SAND

«Rettens alkymi» (Alexander Carnera Ljungström, Samlerens Forlag, København, 1998) er et bidrag til rettsfilosofien – eller en refleksjon over rett og rettferdighet. Samtidig er det en del av forfatterens eget program at det er behov for en betydelig oppvurdering av rettsfilosofiens betydning for rettsvitenskapen. Argumentasjonen ligger i bokens innhold. Boken ble gitt en rettsfilosofisk anmeldelse av Juha Pöyhönen i forrige nummer av Retfærd. Denne anmeldelsen siktemål er å gi en kommentar til bokens bredere rettsvitenskapelige relevans.

Meningstap, erfaringer og vennskap

«Rettens alkymi» tar som sitt ene utgangspunkt at menneskene i dag preges av en mangel på mening, og at dette meningstap rammer retten og rettferdighetsbegrepet på en dramatisk måte. Forfatteren hevder at rettslige begreper, abstrakte samfunnsmodeller og politiske teorier har blitt utviklet til et så analytisk og instrumentelt språk at de har mistet sine evner til å formidle og diskutere den mening som ligger i de samfunnsendringer vi opplever. De rettslige begreper og samfunnsmodeller vi har, er blitt utilstrekkelige som normative grunnlag for vårt samfunn, demokrati og fellesskap. Meningstapet rammer retten særlig hardt fordi vi har utviklet en rettsvitenskap og en rettsdogmatikk med en primær vekt på en analytisk orienteringsmåte og en fokusering på «gjeldende rett». I en tid med betydelige sosiale forandringer og med stor grad av kompleksitet vil en slik rettsvitenskapelig og dogmatisk orientering ha klare

problemer med både å formidle de sosiale og menneskelige endringene som foregår, og å bidra til den nødvendige meningsbærende refleksjon over dem. Den analytiske posisjon kan bli katastrofal fordi den ikke tilbyr noe utgangspunkt for rettens deltakelse i en mer åpen meningsdannelse. Den har verken erfaringsnærheten i språket eller en tilstrekkelig refleksjonsdybde. Retten kan da lett bli stående som en leverandør av tomme og blinde bilder av makt og autoritet, og jurister kan lett bli brikker i et instrumentelt maktspill.

Bokens eller forfatterens andre utgangspunkt er fenomenologisk teori og hva denne kan tilby vår selvforståelse og vårt forhold til samfunnet og den andre. I fenomenologisk teori er det de nære erfaringer og opplevelser som er det sentrale. De er samtidig uutgrunnelige og ureduserbare og endres hele tiden. Når rettsbegrepet skal forstås eller defineres ut fra dette, blir det fundamentalt forskjellig fra de ulike tradisjoner som forfatteren benevner som analytiske. I analytisk teori er retten knyttet til et

gitt, positivt språk. Det sentrale er å komme fram til gjeldende rett ut fra bestemte gitte normer for rettsanvendelse. Hva rett og rettferdighet er, knyttes til gitte tekster og begreper. Retten får en verdi i seg selv. Ut fra fenomenologisk teori må retten hele tiden forstås ut fra de gitte erfaringer, situasjonen og møtet med den andre. Retten er erfaringens grenser. Den ultimative bestemmelse av hva rettferdighet er ligger i det tragiske møte med den andre.

Forfatterens svar på den eksistensielle utfordring vi er tvunget inn i er å sette vennskapet som det normative grunnlag mer generelt, og også for retten og rettferdigheten. De abstrakte samfunnsmodeller for demokrati og de abstrakte menneskerettigheter er dels for kollektive og dels for individualistiske og blir derfor utilstrekkelige som veiledning videre. De kan ikke håndtere det meningstap vi er konfrontert med. De utfordringer vi står overfor handler både om evne til å håndtere kompleksitet og foranderlighet og til å forholde oss til forpliktelser og nærhet på mer nyanserte måter. Det mulige svar på veien videre er å starte med relasjonen til det andre mennesket. Vennskapet foreslås som det grunnleggende perspektiv fordi det er dialogisk, et møte mer enn en fast relasjon, og fordi det rommer både nærhet og distanse. Dermed ivaretas både den nødvendige nærhet til erfaringene og en ansvarlighet vi ikke kan rømme fra. Samfunnet er ikke bare en abstraksjon. Det er også «den andre», i en konkret og nær forstand. Det rommer en fortrolighet samtidig som ulikhetene respekteres. Det holder retten fast på relasjonen, det sosiale og det gjensidige, mer enn på det enkelte subjekt. Der samfunnsorienteringen kan bli for generell og distan-

sert og individorienteringen for egosentrisk og avgrenset, blir vennskapet en metafor for forpliktelsene i møtet med den andre. Vennskapet framheves dermed som en forutsetning for demokratiet og for å gjenskape de meningsbærende dialoger. Forfatteren erkjenner at visse forestillinger om vennskapet kan lede til en form for irrasjonalitet, men fastholder at hensikten her er å fremme en ny gjennomtenkning av rasjonalitetsbegrepet ut fra behovet for å fastholde en nærhet til erfaringene.

Utfordringene fra fenomenologisk teori og språkteori

Betydningen av vennskapet som normativt grunnlag er utviklet dels ut fra fenomenologisk teori (Heidegger) og dels ut fra litteraturlesning (Kafka, Musil og Camus) og nyere filosofer som Martin Buber og Emmanuel Levinas. De samme filosofer knytter også vennskap og relasjoner til en mer dyptloddende orientering om hva livet og dets grense, døden, er. Fokuseringen på det tragiske og på døden som en del av livet framheves. Erkjennelsen av disse elementer i livet kan bare komme gjennom de nære erfaringene. Dermed blir livets erkjennelser også mer sammensatte. Det åpnes for motsetninger og paradokser og for en stemthet og situasjonsorientering, men også for betydningen av det før-reflektive nivå. Ved gjennomgangen av Kafka, Musil, Camus og rettens og skjebnens plass i gresk mytologi illustreres rettens mangsidighet, paradokser og dybder innenfor kontekster som er mer mangfoldige enn de vi ellers møter i rettsvitenskapen.

Forfatterens vesentligste filosofiske

utgangspunkt er som nevnt fenomenologisk filosofi (Heidegger). I den fenomenologiske filosofi fastholdes *væren* eller den menneskelige værensform som det sentrale som det øvrige utgår fra. Væren utgjør en felles meningssammenheng ethvert jeg er en del av, som ikke er objektivt gitt, men pluralistisk. Det samme må da gjelde for retten. Retten tenkes dermed ut fra et fellesskap og ikke ut fra den enkeltes bevissthet samtidig som den tenkes konkret og situasjonistisk. Retten er da en del av den felles væren og våre felles tenkemåter, den er pre-positiv og ikke noe selvstendig som kommer etter. Fenomenologisk teori overskrider dermed det skarpe skillet mellom er og bør og mellom faktisitet og normativitet, i en rettsfilosofisk forstand. Den åpner for erfaringen som noe mangesidig og før-teoretisk, som noe ikke-reduserbart og som noe som må problematiseres i forhold til sin kontekst. Spørsmålet om «hva» må suppleres med «hvordan». Rett og rettferdighet må dermed både forstås som noe mangetydig og som noe som må gripes i den konkrete situasjon.

Virkeligheten vektlegges som noe uutgrunnet, bunnløst og ureducerbart. Dermed blir også en instrumentell rasjonalitet helt utilstrekkelig i forhold til en tenkning om rett og rettferdighet. En gjennomført analytisk orientering reduserer mulighetene til å fange opp kompleksiteten, rettens kontekstuelle plassering og en nyansering av tenkningen. Den kan ikke fange opp den hermeneutiske orientering som en konsekvent kontekstuell forståelse nødvendigvis gjør. Også rettslige tekster leses gjennom en forståelse og som forfatteren sier «Rettens rasjonalitet og visshet beror ikke på klare analytiske distinktioner, men

modtager allerede sin viktigste næring fra en flydende stabilitet i livsformer og handlemåter.» (s.100) Vi bruker også vår «tause viten». Rettstradisjonen bør være historisk og åpen, ikke bundet til analytiske kategorier.

I forhold til retten innebærer dette en insistering på at retten både er en del av våre levete erfaringer og en del av de før-reflektive nivåer som er forutsetningene for erfaringene og ikke primært et selvstendigfelt. En rettslig diskurs må dermed stå i et mye tettere forhold til erfaringene, den må være endringsorientert og nyansert. Den må videre være åpen for motsetninger og paradokser. Dette står i strid med den rådende rettsvitenskapelige tradisjon som er preget av diskusjoner ut fra gitte skriftlige kilder, en instrumentell og analytisk metode og med en primær fokusering på å komme fram til én gjeldende rett. Denne tradisjonen har forutsatt en tro på én universell fornuft og dermed en konsensuell og ikke problematiserende virkelighetsforståelse. Når mulighetene for dette har opphørt, får også en rettslig metode med hovedvekten på en analytisk orientering problemer. En slik situasjon krever en mer aktiv rettsfilosofi som går ut over de abstrakte kategorier om rett og moral.

Rettsfilosofien og rettferdigheten må derfor også forholde seg til erfaringsnivået, vennskapet og den andre, men ved at dette tenkes som grenser og som prosesser og ikke som substansielle eller faste verdier. Det handler, ifølge forfatteren, mer om å opprettholde en etisk sensibilitet i forhold til det unike i enhver situasjon. «Retstænkning er ikke en analytisk reduksjon, men en erfaring af grænser». (s.34) Rettens legitimitet kan ikke fastsettes gjennom faste

abstrakte begreper, men må utvikles gjennom erfaring og grensesetting. I dette ligger det fra forfatterens side en insistering på at retten er, og at rettsvitenskapen må være noe langt bredere enn å forholde seg til gyldigheten av hva som er gjeldende rett. Den må også forholde seg til hvor retten kommer fra, til det tragiske og til de menneskelige erfaringer.

Selvstendigjøringen av det rettslige språket bidrar til en innsnevring av rettens evner til å bidra til meningsdannelse og av rettens berøringsflate over hodet i forhold til samfunnet. Retten kan dermed lettere fastholdes som et maktspråk. Dersom evnen til meningsdannelse skal gjenvinnes, må det etter forfatterens syn erkjennes at retten er og må være en dypt integrert del av livsformen og må reflektere denne sammenhengen. Rettsfilosofien må dermed reflektere over hva livsformen er, hvordan våre valg foretas og begrunnes osv. Det fremheves også som en konsekvens at retten må ansees som en del av et større vitensbilde om den menneskelige erfaring og ikke primært som en særskilt induktiv vitenskap.

Retten er mindre viktig i seg selv og må forstås ut fra mer omfattende sammenhenger enn seg selv. Den må dermed inkludere refleksjoner over de verdier som er i spill. Forfatteren fremhever at retten er en del av en rekke ulike virkelighetsfelt og framhever: – retten som tragik, retten som en unik historisk begivenhet og retten som vennskap. Dette åpner også opp for de ontologiske spørsmål om hva retten er, og hvordan den over hodet kan begrunnes. Det kunne igjen åpne opp for en problematisk essensialisme, men dette avværnes dels ved en språklig orientering gjennom den sene Wittgenstein og dels ved en konsekvent vekt-

legging av erfaringsnivået og dermed en stemthet og en situasjonsorientering. Det åpnes derved opp for det foranderlige og det pluralistiske i erfaringene og samtidig for at hver erfaring er unik. Fokus blir flyttet fra spørsmål om rettens gyldighet til prosessene ved rettens tilblivelse og stadige endringer. Det skal være et *ethos*, i både etisk og estetisk forstand, i selve tenkningen, men uten at det skal levere universelle løsninger. Rettens endringer er påvirket av det desentrerte og fragmenterte samfunnet den er en del av. I stedet for å tenke på retten som et lukket og sammenhengende system bør retten erkjennes som motsetningsfylt, foranderlig og fylt av skjønn.

Språkets betydning er et annet hovedpunkt i boken. Forfatteren legger til grunn at det er viktige sammenhenger mellom erfaringsnivået og språket. En vektlegging av nærvær og stemthet stiller utfordringer til *språkets* nyanser. Boken legger opp til en radikal og gjennomført kritikk av den forenkende orienteringen for språket som ligger implisitt i den analytiske tradisjonen. Det gjelder bruken av språket, formalismen og fokuseringen på det å komme fram til «gjeldende rett», eller gyldighetsorienteringen. Denne instrumentaliseringen har gitt retten et meningstap som gjør det vanskelig å håndtere nye verdikonstellasjoner og komplekse problemstillinger. Selv om det tas utgangspunkt i det empiriske individ, så er det språket og individenes kommunikasjon ved hjelp av de felles meningslag som er det sentrale. I den kommunikasjonen som bidrar til å skape samfunnsmessig mening er vi hengitt til språket som en felles betingelse og eksistens. Fokuseringen på det språklige er en konsekvens av at språket er det meningsgivende rom.

Forfatteren knytter også sine synspunkter til en nyere filosofisk tradisjon som betegnes som ekstrem humanisme (eller anti-humanisme). Det henvises til så ulike filosofer som Heidegger, Wittgenstein, Derrida, Deleuze, Foucault og flere. Disse angir en kritikk av den tradisjonelle og overleverte humanisme idet denne fastholder individets eller den autonome enhets betingelser som avgjørende, samt en kognitivistisk og forenkende metode. Kritikken viser også til at den tradisjonelle humanisme er utilstrekkelig med hensyn til å si noe om betingelsene for hvordan fellesskapet og forholdet til *den andre* i dag kan eller bør fungere. Det vises til at det er skapt et meningstap og en fremmedhet overfor hverandre, og dermed en form for krise for fellesskapet. Dette er forhold som må adresseres, og som ikke kan fanges opp i tilstrekkelig grad av de kognitivistiske og individorienterte humanistiske tradisjoner. I den ekstreme humanismen spørres det etter et dypere og mer radikalt demokrati-begrep som erkjenner motsetninger, spenninger og en bunnløshet og samtidig forholdet til «den andre» og dermed til det forpliktende i et samfunn.

Avsluttende vurderinger

Etter mitt syn må denne boken anees som et banebrytende bidrag innenfor nordisk rettsfilosofi. Den inneholder dels en betydelig og rammende kritikk av analytisk rettsteori, av fokuseringen på gjeldende rett og av de snevre rammer dette setter for rettsfilosofien, og dels et positivt bidrag til rettsfilosofisk teori med utgangspunkt i fenomenologisk filosofi, erfaringsbegrepet og vennskapet som metafor. Dette formidles gjen-

nom flere perspektiver, fenomenologisk teori, språkteori, litteratur og etisk og filosofisk teori (Walter Benjamin, Martin Buber og Emmanuel Lévinas). Det argumenteres i boken for nødvendigheten av tverrfaglighet, pluralisme og polyfoni i rettsfilosofien. Forfatteren mener at rettsfilosofien må ta på seg en mer omfattende, skapende og sentral oppgave innenfor rettsvitenskapen, og at denne må forholde seg mer aktivt til hva som er rettens grunnlag og grenser i en mer ontologisk forstand.

Boken er skrevet i et særegent og personlig språk. Kombinasjonen av de teorier og perspektiver som brukes, betyr både vektlegging av helt andre begreper enn det som er vanlig i rettsfilosofiske arbeider og en annen språkføring. Tenkningen om vennskapet som en normativ metafor og bruken av litteratur for å illustrere dette gir, sammen med den personlige tone i arbeidet, et rikt og uvanlig inntrykk. Det gjør boken til en spesiell og meget anbefalelsesverdig leseopplevelse.

Bokens svakheter ligger på flere plan. Det er svært omfattende og kompliserte problemstillinger som behandles. Det er åpenbart at en så grunnleggende kritikk av analytisk rettsteori ikke kan behandles på noen helt ut tilfredsstillende måte i én bok. Analytisk orientert rettsteori og –tradisjon har også sine gode begrunnelser som forfatteren over hodet ikke går inn på. Mange tradisjonister vil nok også dermed anse bokens perspektiv som for skjævt og ubalansert, og dermed uinteressant. Slik jeg leser boken har det vært forfatterens hovedintensjon å se retten fra et helt annet perspektiv, det erfaringsbaserte, enn det analytiske. Dermed har han gitt et bidrag til en ny tenkning om retten, i hvert fall for det nordiske

miljø, og på en svært rik måte vist hvordan rett og rettferdighet er noe langt mer enn spørsmålet om gjeldende rett, og hvordan det stiller krav til en langt bredere og en mer reflekterende rettsvitenskap. Etter mitt syn fungerer dette svært fruktbart fordi det står i en så klar kontrast til den analytiske orienteringen og dermed på en tydelig og trefende måte får fram dets begrensninger. Først ved en påvisning av at retten og rettsvitenskapen er noe langt mer og annet enn en fokusering på gjeldende rett åpnes mulighetene for å innse begrensningene i en rent analytisk tradisjon.

En annen åpenbar kritikk av boken er dens neglisjering av rettens demokratiske fundament og dermed også dens legitimitet. Det kan reises spørsmål om hvorvidt et slikt demokratisk fundament ikke uunngåelig også vil føre til elementer av instrumentalitet i retten på grunn av den positivering som vil ligge i demokratisk fattete vedtak og i de nødvendige prosessregler. Forfatterens forhold til rettens demokratiske premisser er dermed blitt uklart. Boken kan også leses slik at det er en latent motsetning mellom rettens demokratiske fundament og en mer følsom og erfaringsnær rett, men at dette er et dilemma retten må leve med.

Et annet åpenbart problem ligger i en delvis uforklart motsetning og uklarhet i forfatterens bruk av Heideggers fenomenologiske teori og en Wittgensteiniansk inspirert språkteori. På den ene siden framhever forfatteren en vektlegging av vøren og av en nyansert stemthet i forhold til enhver situasjon som en kritikk av en formalisert og en generalisert rett. Retten skal knyttes til konkrete erfaringer og åpne for en stemthet som bare kan ligge i de personlige opplevelser. På den andre siden vektlegges språket

som det felles og meningsbærende nivå i samfunnet og som rettens uttrykk, ut fra Wittgensteiniansk språkteori. Problemet blir da om en slik språkforståelse kan ivareta de nyanseringene som erfaringene og stemtheten må åpne for. Forfatteren viser til at «stemtheden (vøres følende indstilling) er det kognitive redskab *per excellence*» (s.112). Det språk retten råder over i dag beskrives som instrumentelt og preget av en empirisk fornuft som igjen bidrar til å skape sin form for mening i ontologisk forstand. Forfatteren ønsker seg et språk som ivaretar mening på en annen måte, som åpner for stemtheten og for meningen på et pre-refleksivt plan, men hva blir da forholdet mellom det erfaringsbaserte og stemtheten og språket som kollektivt? I skapelsen av praktikker og språkspill er det åpenbart klare og fruktbare berøringspunkter mellom Heideggers og Wittgensteins teorier. Problemet er om Wittgensteins språkteori er tilstrekkelig for det som ligger i forfatterens (ACLs) tekster.

Forfatterens bearbeidelse av språkteoriene i boken, særlig del II kap.4, virker uferdige og uavklarte på flere punkter. Det er likevel en viktig og begynnende tematisering av språkteori som en del av rettsfilosofien. Forfatteren har også en viktig kommentar til Nils Kristian Sundbys diskusjon av norm-begrepet og en relevant kritikk av hans teorier om betydningen av internaliseringen av normer. En slik psykologisering av norm-begrepet står, etter forfatterens mening, i sterk motstrid til Wittgensteins teorier om språket som felles og som en uomgjengelig betingelse for menneskelig erfaring.

Boken kan leses både som et nærmest totalt oppgjør med den analytiske tradisjon

i rettsfilosofien, og som en er avgrenset kritikk av viktige aspekter ved denne. I et moderne og rasjonalisert samfunn kan vi umulig unnvære en analytisk forståelsesramme for rettens utforming og anvendelse. Jeg er derfor ikke enig med forfatteren i hans nær totale kritikk av den analytiske tradisjon. Jeg er likevel enig med forfatteren i at dens dominerende betydning, måten den har vært utformet på og den dermed økende selvstendigjøringen av retten nok har vært vesentlige faktorer med hensyn til å redusere rettens virkelighetsforståelse i et mer komplisert samfunn i stadig raskere endring og dermed også dens evne til å delta i den sosiale meningsdannelse. Rettsvitenskapens lukkede karakter ser også ut til å ha bidratt til å lukke den av for en samfunnsutvikling som har blitt mer differensiert og dermed mer krevende å kommunisere om. Bokens viktigste bidrag må etter mitt

syn være påvisningen av hvordan den analytiske tradisjon har bidratt til å redusere rettens tilgang til sosial kompleksitet og nyanser og dermed har forsterket et meningstap, og hvordan dette kan bli katastrofalt når retten står overfor mer kompliserte og motsetningsfylte vurderinger som ikke kan løses ved henvisninger til eksisterende standarder og avveiningsnormer. I bokens gjennomføring av dette resonnementet har forfatteren også klart å gi en overbevisende illustrasjon av nødvendigheten av en mer åpen og tverrdisiplinær rettsvitenskap.

Forfatteropplysninger :

Inger-Johanne Sand, dr.juris, førsteamanuensis ved institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, Karl Johans gt.47, 0162 Oslo.

Arnfinn Bårdsen

Krenkelses og klager

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon har i dag vesentlig betydning for europeisk rettsutvikling. En viktig årsak til dette er dens nokså unike gjennomføringssystem. Denne boken gir en oversikt over klagesystemet slik det fremstår etter reformen ved den 11. endringsprotokoll. Det foretas en inngående analyse av vilkårene for realitetsbehandling av private klager. Sentrale emner er partsevne og klageinteresse, Domstolens kompetanse i sak, rom og tid, plikten til å uttømme nasjonale rettsmidler, klagefristen, reglene om litispensens og negativ rettskraft og spørsmålet om avvisning av åpenbart grunnløse klager.

ISBN 82-00-12946-2
Kr. 868,-



**UNIVERSITETS
FORLAGET**

NY BOK

