

Anmeldelse af: *Dialectic of Law and Reality – Readings in Finnish Legal Theory*

(ed.) Lars D. Erikson og Samuli Hurri. Publications of The Faculty of Law, University of Helsinki. Helsinki 1999. XI + 454 s. ISBN 951-45-9038-4.

HENRIK PALMER OLSEN

Det fremgår af redaktørernes forord, at denne samling af artikler er beregnet på jurastuderende både i og udenfor Finland. Eftersom samtlige artikler i bogen er på engelsk, og ikke på finsk, er det i hvert fald ikke sproglige forhindringer, som ligger i vejen for bogens videre udbredelse. Spørgsmålet bliver så blot, om bogen i øvrigt har de kvaliteter, der skal til, for at opnå en større læserskare. I den forbindelse må der peges på, at selv om bogen indeholder mange interessante artikler, og jeg skal komme tilbage til nogle af disse nedenfor, så fremstår det umiddelbart som en svaghed ved bogen, at der tilsyneladende ikke er nogen større sammenhæng mellem disse, udover det forhold altså, at forfatterne alle er finske. Det er ikke fordi, at man ikke har forsøgt at få bogen til at fremtræde som et sammenhængende hele, men mere det, at der tilsyneladende ikke har været udført noget større redaktionelt arbejde. Fremfor at forsøge at lave en vis tematisk inddeling af de mange artikler i den temmelig lange bog, har man simpelthen trykt artiklerne i alfabetisk orden efter forfatternes navne. Dette gør samlingen af artikler mindre overskuelig og sænker derfor anvendeligheden af bogen som retsvidenskabeligt

arbejdsredskab. Det samme må man sige om det forhold, at redaktørerne ikke har fundet det nødvendigt at udarbejde et indeks til bogen. Dette er ærgerligt, synes jeg, for mange af artiklerne er virkelig interessante og fortjener som sådan en bedre markedsføring end de har fået her.

Redaktørerne skriver i forordet: "The articles published in this volume are not an exposition of any specific "Finnish legal theory". On the contrary, all the authors present different views on what legal theory is, or what it should concern. Admittedly, the characteristic of recent Finnish legal theory is a permanent shift of perspectives and an open confrontation of opposite approaches." Og videre: "What Finnish legal theorists and philosophers are genuinely interested in today is the relations between the idea (the ideals) of law and social reality." (s. v.) Dette er den cement, som binder artiklerne sammen, men er dette ikke så generelt, at det nærmest er intetsigende? Det er vel ikke kun finske retsfilosoffer, der er interesserede i forholdet mellem de retlige ideer og den sociale virkelighed. Tværtimod er dette et tema, som stort set alle retsfilosoffer til alle tider har beskæftiget sig med. Og det samme må man

vel sige om den åbne konfrontation. Også Marsilius af Padua tog en åben konfrontation med modstående opfattelser, da han i 1300-tallet, (uden sammenligning i øvrigt) skrev sin *Defencor Pacis*, bare for at nævne ét eksempel. Så kommer man nok bogens tema nærmere ved at læse Samuli Hurris introduktion, der har undertitlen *Real, ideal and the law*. Hurri er klar over, at han står overfor en vanskelig opgave. Han skriver selv: "... a common denominator among the texts in this book should be found as a way of introducing the book to the reader ... This clearly is not an easy task (s. 2)." Og Hurris opgave er utaknemmelig, for det er virkelig en meget varieret samling af artikler, som bogen byder på. Derfor er det også klart, at selv om introduktionen er velskrevet og underholdende, synes den ikke at indkredse nogle særligt karakteristiske kendetegn for finsk retsteori. At sige at retten befinder sig mellem det reale og det ideale og at forsøge at beskrive, hvad henholdsvis realitet og idealitet betyder i den forbindelse, kunne lige så vel bruges som introduktion til en samling af artikler om kanonisk retsfilosofi. Thomas Aquinas var i sin *summa theologicae* også optaget af dette forhold. I virkeligheden er det nok mere stilen/formen end indholdet af artiklerne i bogen, som har et særligt finsk præg. Dette illustreres måske allerbedst af Hurris introduktion. Anvendelsen af Ken Loach og Paul Lavatish film *My name is Joe*, som illustration af "the real" er et originalt indslag. Citater fra manuskriptet til filmen, der i talesprog gengiver Joe's skotske accent, skaber en autentisk atmosfære omkring det moralske dilemma, som Joe gennem ydre omstændigheder bliver presset ind i. En original og uventet tilgang til en traditionel

problemstilling, og det er måske netop dette, som kendetegner finsk retsteori eller i hvert fald dele af den. Men lige så vel som mange af bogens indlæg har dette skær af originalitet over sig, lige så vel er der mange af artiklerne, som på traditionel vis forsøger at bearbejde problemstillinger, som indgår i traditionelle debatter. Dermed ikke sagt, at de første er bedre end de sidste, men blot det, at de første måske i videre omfang repræsenterer det man har forsøgt at indfange med nærværende bog, nemlig en eller anden form for finsk fællesnævner i retsfilosofien.

Det siger sig selv, at der ikke i en anmeldelse kan blive plads til en omtale af samtlige de artikler, som er optrykt i bogen. Jeg har derfor været nødt til at udvælge nogle få, og dette har været vanskeligt, fordi bogen indeholder mange spændende artikler. En af bogens bedre artikler, efter min mening, er Marti Koskenniemi's *The Politics of International Law* (s. 129). Denne artikel er interessant, fordi forfatteren søger at vise, at idealet om en international retsorden baseret på idealet om *rule of law*, er umuligt at opnå, fordi den retlige regulering til hver en tid vil være fanget mellem at skulle være tilstrækkelig konkret til at kunne anvendes på virkelige og specifikke forhold og på den anden side at skulle være generelt normerende for statens faktiske handlemåde. Kun hvis begge disse betingelser er opfyldt, kan man tale om et normativt system baseret på idealet om *rule of law* fremfor politisk strategi. Koskenniemi skriver om konkretiseringsbetingelsen: "The requirements of concreteness results from the liberal principle of the subjectivity of value. To avoid political subjectivism and illegitimate constraint, we must base law on something

concrete – on the actual (verifiable) behaviour, will and interest of the members of society–states. The modern view is a *social conception of law*. For, law is not a national but an artificial creation, a reflexion of social circumstances (s. 132). Dette er i virkeligheden identisk med en retspositivistisk opfattelse. Kravet om konkretisering hænger naturligt sammen med et krav om positivisering. Og kravet om positivisering understreger igen rettens karakter af at være et bevidst skabt socialt fænomen. Med hensyn til rettens normativitet skriver Koskenniemi: "According to the requirement of normativity, law should be applied regardless of the political preferences of legal subjects. In particular, it should be applicable even against a state which opposes its application to itself. As international lawyers have had the occasion to point out, legal rules whose content or application depends on the will of the legal subject for whom they are valid, are not proper legal rules at all, but apologies for the legal subject's political interest." (s. 132-133). Koskenniemis pointe er nu, at det er umuligt for en regel, et princip eller en doktrin i den internationale ret at være både konkret og normativ på samme tid. De to betingelser udligner simpelthen hinanden. Problemet er, at: "An argument about concreteness is an argument about the closeness of a particular rule, principle or doctrine to state practice. But the closer to state practice an argument is the less normative and the more political it seems. The more it seems just another apology for existing power. An argument about normativity, on the other hand, is an argument which intends to demonstrate the rules distance from state, will and practice. The more normative a rule, the more political it seems because the

less it is possible to argue it by reference to social contexts. It seems utopian and – like theories of natural justice – manipulable at will." (s. 133).

Det problem, som Koskenniemi opstiller i form af en dikotomi, er ikke speciel for den internationale rets teori, men går igen i spørgsmålet om den nationale rets legitimation. I den forbindelse kan der henvises til en række andre artikler i bogen, f.eks. Erik Lagerspez's *The justification of public authority* (s. 181), Panu Minkkinens *The juridical matrix* (s. 217), Hannu Tolonens *Rules, principles and goals: The interplay between law, morals and politics* (s. 315), og Kaarlo Tuoris *Validity, legitimacy and revolution* (s. 359). Problemet, som Koskenniemi altså anser for uløseligt, består i, at retten på en eller anden måde befinder sig mellem virkelighed og gyldighed; et problem som har været genstand for analyser så forskellige som Alf Ross' *Virkelighed og gyldighed i retslæren* (1934) og Jürgen Habermas *Faktizitat und geltung* (1992). Problemet er, at retten i sit gyldighedsaspekt, det som Koskenniemi kalder *normativity*, er knyttet til abstrakte formuleringer, som ofte, og særligt indenfor den internationale ret er ganske åben. Hvis man herfra skal nå frem til et konkret resultat, vil der være meget stor mulighed for at manipulere med indholdet af den pågældende norm. Deduktion fra abstrakte principper skaber stor politisk frihed for retsanvenderen og dette skaber retsusikkerhed. For at imødegå dette kan man konkretisere retten på forhånd ved i højere grad at knytte an til eksisterende sociale forhold, institutioner m.v. Ved at tillægge disse en forudsat legitimation kan man indsnævre retsanvenderens politiske frihed. Prisen er, at de eksisterende

magtforhold kan komme til at fremstå som selv-legitimerende. Konsekvensen af dette – altså at retten ikke kan få fodfæste mellem det konkrete og det normative eller det faktiske og det gyldige – peger i retning af, at det ikke er muligt at opretholde det retsstatslige ideal.

Denne konklusion underbygges også af Lars D. Erikssons analyse i *Politics, interests and law*. (s. 59) Ligesom Koskenniemi ser Eriksson retten som et normativt system, der ikke kan bevare sin autonomi i forhold til det politiske, og dette medfører ifølge Eriksson, at: "We have to consider the judicial decisions as simply contributions to the legal and political debate in our societies ..." (s. 69), og heraf følger videre, at: "We have to demand an open argumentation on the part of the courts, and a radical extension of the traditionally strict rules on legal standing as well." (ibid.). Hermed er vi fremme ved et tema i retsfilosofien, som både er aktuelt og som har en lang historie. Spørgsmålet om, hvorvidt det retlige normsystem kan ses som autonomt i forhold til andre normsystemer er essentielt for retsfilosofien, fordi dette hænger sammen med spørgsmålet om, efter hvilke kriterier vi bedømmer legitimiteten af den magtanvendelse, der finder sted i rettens navn. Og netop dette spørgsmål synes da også at ligge som et tema bagved mange af mange af artiklerne i bogen. Aulis Arnios *Is legal science a social science* (s. 43) angriber spørgsmålet fra et videnskabeligt "udefra-perspektiv". Kevät Nousiainens *Interfaces of law* (s. 237) analyserer forholdet mellem norm og faktum og diskuterer "The way in which the system of law faces what is outside the law; what happens when Mr. Norm meets Mrs. Fact." (s. 238). Hannu Tolonens

Rules, principles and goals: The interplay between law, morals and politics (s. 315) er en fremragende artikel, der tager samme tema op gennem en diskussion af styrker og svagheder ved Ronald Dworkin's sondring mellem på den ene side *Rules* og *principles* og på den anden side *Principles* og *social goals*. Dworkins sofistikerede artikulering af forholdet mellem ret og politik, bliver i denne artikel suppleret med en række kritiske bemærkninger, der dog snarere er konstruktive end destruktive i forhold til Dworkins argument i den forstand, at Hannu Tolonen anvender sin kritik til at forstærke det grundlæggende synspunkt, at retten besidder en *relativ* autonomi i forhold til politiske og moralske normsystemer, (s. 333 – 334). Denne idé om relativ autonomi er ved at vinde solidt fodfæste i retsfilosofien, formentlig fordi den gør det muligt at overvinde den gamle, og efter min opfattelse kunstige, modsætning mellem naturret og retspositivisme.

Til sidst skal nævnes en artikel, som udmærker sig ved at være ganske forskellig fra bogens øvrige. Det er Ari Hirvonens *Reading Hamlet – the delay of justice*, som er en underholdende *Tour de force* gennem William Shakespeare's *Hamlet*. Med udgangspunkt i spørgsmålet "What is the meaning of Hamlets hesitance in seeking revenge for old Hamlet's murder?" (s. 96) fører Hirvonen læseren igennem en jungle af underforståede retlige, moralske og psykologiske temaer for at nå frem til en nærmest eksistentielistisk-poetisk udlægning af Hamlet som en slags retfærdighedens personificering. Hirvonen skriver: "And in his black garments, Hamlet, as a being towards death, as a being touched deeply by melancholy and the loss of not only Hamlet

(his real father, his own self) and Ophelia, but, also, the loss of the symbolic father, the paternal metaphor, the law/name of the father, is an image of the coming of justice that is always deferred, but that always insist, haunts like a spectre in the corridors of even the most secure, closed, and coherent systems of law, normativity, and signification." (s. 127). Hirvonens artikel lægger selv op til at blive yderligere fortolket, men dette er der selv sagt ikke mulighed for at diskutere her.

Som det vil kunne læses af ovenstående, indeholder mange af artiklerne i *Dialectic of law and reality* problemstillinger, som er væsentlige, og som nemt kan relateres til den internationale debat på retsfilosofiens forskellige områder. Men der er forskel på den behandling, man kan give et emne i en artikel, og den videregående og sammen-

hængende analyse, man kan foretage i en bog. Samlingen af artikler her opnår desværre ikke den synergi-effekt, man i sjældne tilfælde kan få ud af at samle en række artikler i en bog. Bogen er med andre ord (efter min opfattelse) ikke egnet til at blive læst i et stræk fra ende til anden. Til gengæld kan de enkelte artikler indenfor hver deres område fungere som afsæt for videre studier, og dermed lever bogen for så vidt op til det formål, redaktørerne har beskrevet i forordet, nemlig at skulle bruges primært af studerende ved juridiske fakulteter i Finland og andre lande.

Forfatteroplysninger:

Henrik Palmer Olsen er adjunkt ved Det Retsvidenskabelige Institut B, Københavns universitet