

En kritisk vurdering av moderne hermeneutisk rettsteori*

MORTEN KINANDER

Artikkelen diskuterer hermeneutikkens forhold til rettsrealismen, og hevder at rettsrealisme i sammenheng med hermeneutikk, er en spesielt ubeldig kombinasjon. Den argumenterer for at hermeneutikken har en beskjeden relevans for rettsteorien og rettsvitenskapen, og har undertoner som ikke fremmer det dagens rettsteori og rettsvitenskap trenger mest, nemlig muligheten for et kritisk perspektiv.

Innledning

Denne forelesningen skal forsøke å belyse en retning innen rettsteorien som har blitt hevdet å være en utfordring til den rådende teorien som har vært dominerende her hos oss, nemlig rettsrealismen. Hermeneutikken er en utfordring, mener jeg, i det den bryter med en serie av forutsetninger og utgangspunkter som rettsrealismen inntar, men den representerer også på flere punkter store likhetstrekk. Jeg velger å snakke om hermeneutikken og rettsvitenskapen, siden jeg har problemer med å se akkurat hvem som representerer en »ren« moderne hermeneutisk rettsteori i dagens teorilandskap. På en måte kan man si at langt på vei de fleste rettsteorier har et hermeneutisk innslag, men hvis det er forventet at jeg skal foreta en kritisk vurdering av *all* samtidig rettsteori, forventer man for

mye av to ukers forberedelser. Derfor vil heller hermeneutikken bli stilt opp mot rettsrealismen, og vi skal se hvor langt de er komplementære eller uforenlige. Jeg skal også avslutningsvis forsøke å si noe om hermeneutikkens og rettsteoriens rolle i rettsvitenskapen.

Jeg skal prøve å konsentrere meg om to hovedvarianter av hermeneutikk, en bredt anlagt og mildt påpekende, og en litt barskere og mer original. Siden kanskje ikke alle evner å bli »holdt på pinebenken« av et slikt tema, kan jeg gi bort konklusjonen med en gang: Den moderate eller milde utgaven av hermeneutikk er en form for hermeneutikk som påpeker det rettsvitenskapen vet meget godt fra før. Dette er at tolkning av gamle tekster er en kontekstavhengig praksis, at man tolker ut fra forutsetninger som ikke er en del av det materialet man tolker, og at den virkeligheten man skal anvende dette tolkningsmaterialet på, er en varierende virkelighet som virker inn på det man skal tolke og anvende. Kort sagt, fortid og nåtid smelter et stykke på vei sammen, og det er mer et spørsmål om å nå fram til en rimelig an-

* Prøveforelesning over oppgitt emne til den juridiske doktorgraden, Juridisk fakultet, Universitetet i Bergen, 5. juni, 2003. Det er ikke gjort vesentlige endringer i forhold til den opprinnelige forelesningen.

vendbar forståelse, enn å være filolog og finne ut hva man i Norge anno 1902 mente med utuktige skrifter. Alt dette vet man, og hermeneutikken er således bare et annet navn på en juridisk tolkningslære. Professor Motzfeldts fremste undervisningsoppgave i 1832 var for eksempel »Indledning til Fædrelandets Privatret i Forbindelse med juridisk Hermeneutik«, og i 1839 utkom i USA boken *Legal and political hermeneutics, or principles of interpretation and construction in law and politics*, skrevet av Francis Lieber. Så det å tro at hermeneutikken i én forstand representerer et nytt umulig og vanskelig ord, er noe historieløst. Men det kan altså ikke være dette man mener med moderne hermeneutisk rettsteori.

I 1960 utkom Hans-Georg Gadamer »Sannhet og metode«, som inneholder programmet for den filosofiske hermeneutikken.¹ Denne har hatt enorm innflytelse på kritikken av det empiriske vitenskapssynet, men er ikke, vil jeg hevde, den teorien som rettsvitenskapen burde se etter hvis den mener den trenger vitenskapsteoretisk og metodologisk assistanse. Her er altså rettsfilosofen på juridisk fakultet som mener at man ikke trenger så mye rettsfilosofi – i hvert fall ikke av denne tradisjonelle sorten. Jeg mener langt på vei hermeneutikken har en del å fortelle oss om erfaringsprosesser, men at hermeneutikken er »sann« eller »riktig«, betyr ikke nødvendigvis at det er det rettsvitenskapen først og fremst trenger. $2 + 2 = 4$ er også sant, men det er ikke matematikk rettsvitenskapen behøver mest heller. Men hva er nå hermeneutikk?

Hva er hermeneutikk?

Hermeneutikk er en gammel tolkningstradisjon innen de såkalte dogmatiske vitenskaper, da spesielt teologi og juss. Ordet »hermeneutikk« stammer fra Gresk mytologi, nærmere bestemt fra Hermes, Zeus' sønn, som fungerte som sendebud fra gudene. I sin bredeste og eldste betydning refererer hermeneutikk til en form for kommunikasjon som skjer mellom den avgrunnen som deler det dødelige og det u dødelige, det menneskelige og det guddommelige. Slik sett angår hermeneutikk en oversettelseshandling, hvor et originalt eller fremmed språk eller mening blir dekodifisert og kommunisert; tegnene og symbolene til gudene blir gjort forståelige og kjente gjennom tolkeren, Hermes. Hermes supplerer tolkningsskjemaet, *reglene* for fortolkningen, eller metoden om man vil. I korthet kan man si at oppgavene for den tidlige hermeneutikken var den å oversette det fremmede og ukjente til det kjente og gjenkjennelige, det fjerne og skrevne til det familiære og snakke. Som Gadamer sier: »Ordet hermeneutikk peker tilbake på oppgavene til tolkeren, som er å tolke og kommunisere noe som er uforståelig fordi det er fremført i et fremmed språk«, og utvider dette til et filosofisk standpunkt og legger til: »alt som er nedskrevet i skrift er til en viss grad fremmed og merkelig« (1979:478 – min oversettelse). Her mener han at den tradisjonelle oppgaven med å tre inn i hodet på en meningsavsender er et misforstått prosjekt; oppgaven må være å smelte to forskjellige forståelser sammen, avsenderens og mottakerens, hvor man rekonstruerer en mening, men hvor den som rekonstruerer også er en aktiv deltager i meningsdannelsen. Vi kan aldri vite helt eksakt

¹ Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, eng. oversettelse *Truth and Method*, London, 1979.

hvilken mening og assosiasjoner en forfatter av en tekst har og gjør med de ordene han skriver, like lite som jeg kan vite *akkurat* hvilke forestillinger en jeg prater med gjør seg når hun beskriver katten hun møtte på gaten. Jeg har en anelse, og jeg tror jeg forstår, men arbeidet med å danne en mening må jeg gjøre like mye selv hvis jeg skal være en deltager i hva man kan kalle et meningsfelleskap. Poenget er at mening ikke er noe som blir overlevert meg, noe jeg rent passivt mottar; jeg bidrar selv, uavhengig av om jeg er klar over det eller ikke. Enhver forståelse involverer dermed en anvendelse, hvor jeg søker å gi noe en mening. I denne forstand er hermeneutikken en kommunikasjonsteori fremsatt som en erkjennelsesteori, eller omvendt. Vi er med nødvendighet involvert i denne prosessen. Men dette har altså sitt opphav i det som i de dogmatiske vitenskapene ble kalt utlegningskunst. Det er ikke vanskelig å se her hvordan teologien og jussen har et felles metodologisk opphav. Det varierte bare mellom hva som skulle tolkes. I teologien skulle man komme frem til Guds mening, i jussen skulle man danne mening av Kongens lover. Ikke helt uproblematisk noen av delene, skulle man tro.

Dette er den eldre hermeneutikken. Her søker man en metode med fortolkningsregler, slik at man blir i stand til å tre inn i den konteksten som for eksempel lovgiver sto i da han ga loven. Og disse reglene er generelt sett ganske alminnelige fortolkningsregler. Men da er jo det naturlige spørsmålet: hva med disse reglene da? Hvor kommer de fra, og trenger ikke de også regler, eller representerer de en slags rock bottom, en mening uten tolkning, en inspirasjon hinsides det rasjonelle? Kort sagt, man syntes å ende opp i en uendelig regress, hvor de reglene – de juri-

diske eller religiøse – som skulle forklares, skulle forstås ut fra fortolkningsregler. Men disse fortolkningsreglene måtte vel også fortolkes, og da trengte man nye regler, og så hadde man det gående. Svaret var da å utvikle hermeneutikken til en filosofisk disiplin, som ikke så denne metodiske sirkelen som en ond sirkel, men som en karakteristikk av all erkjennelse. Vi erkjenner det nye, ukjente og fremmede på bakgrunn av det gamle, kjente og nære, og ja, sånn har vi det faktisk gående. Det finnes ingen »egentlig essens« i vår begreper. På denne måten behøver man ikke, som Oscar Platou mente, grunnlovsendringer når man vil utvide stemmeretten, fordi selv om begrepet »Borger« i 1814 refererte til voksne, eiendomsbesittende menn over 25, kan man rett og slett endre innholdet i begrepet, og inkludere kvinner i 1913. »Borger« betyr da noe annet, og er like naturlig med det opprinnelige, snevrere synet, simpelthen fordi samfunnsutviklingen har medført et annet syn på kvinner og deres status. Og da er det enkle poenget at våre begreper følger med. Vår erkjennelse er dermed aldri fri, våre vurderinger er betingete av den erfaring vi allerede sitter inne med, og vår tolkning langt på vei historisk bestemt hinsides det vi selv måtte ane. Det er derfor ikke mulig å »tre ut av« historien, for så å betrakte den utenfra. Vi kan ikke innta et ståsted som ikke er like betinget av forhistorien og våre tidligere overleverte fortolkninger som de prøver å kritisere eller si noe om, fra en »ekstern« synsvinkel. Det er dette som går under navnet en *hermeneutisk sirkel*, selv om det ikke er en helt passende metafor, siden det gir inntrykk av å være en sluttet orden, hvor man begynner på nytt når man har kommet rundt. Historien fanger oss inn i et nett av forståelsesbetingelser, hvor tradisjonen be-

stemmer kriteriene for hva som er meningsfullt og meningsløst, riktig og galt. En hermeneutisk sirkel kjennetegnes ved at det foregår en *vekselvirkning mellom helhet og del*, hvor helheten justeres ut fra oppfatningen av delen, og vice versa. Hva som er helhet og hva som del, er også selvfølgelig et historisk betinget fortolkningsspørsmål.

Dermed er vi inne på et annet hovedbegrep innen hermeneutikken, nemlig begrepet *for-dom*, eller *for-forståelse*. Dette er den forståelsen vi allerede har av et problem eller fenomen før vi møter det. På denne måten er en teksts mening alltid *mer* enn forfatterens mening med den. Den senere leser blir gjort klar over sammenhenger, meninger, og kontekster i teksten som ikke nødvendigvis forfatteren av teksten var klar over da hun skrev teksten. Leseren forstår dermed teksten bedre enn forfatteren, og dette er tilfellet, ifølge hermeneutikken, spesielt når tidsavstanden mellom skrivningstidspunkt og lesingstidspunkt øker. Da må man rekonstruere i større grad, og det involverer et mer aktivt element i forståelsesprosessen. På denne måten er oppgaven å forstå lovgiver bedre enn lovgiver forstår seg selv, og sånn sett harmonerer det godt med Per Augdahls uttrykk om at »lovgiver er en travel mann«. Oppgaven bør ikke være å tre inn i lovgivers hode, men å fortolke en tekst ut fra den *anvendelse* den kommer til å få en konkret gitt kontekst. Anvendelsesaspektet bestemmer meningsinnholdet. Rettsanvendelse og rettsvitenskap er noe mer enn forutsetningsløs paragraftolkning, men heller ikke resultat av en »fri« vurdering, hva nå det enn skulle bety. Vi skal komme litt tilbake til dette, og hva som eventuelt er en »fri« tolkning.

Hermeneutikken i idéhistorisk og vitenskapsteoretisk kontekst

Men det som kjennetegner hermeneutikken, er at den angår våre forståelsesbetingelser, den angir hvilke betingelser vår kunnskap og vår meningsdannelse er et resultat av, med utgangspunkt i bildet om hvordan vi tolker tekster. Og her mener den nye og barske hermeneutikkens far, Gadamer, at jussen er en eksemplarisk hermeneutisk disiplin, og langt på vei har han vel rett i sin beskrivelse. Den angår altså i korthet de historisk, språklige og tradisjonsbestemte verdensforståelsene våre.

Men er dette kontroversielt? Er det noe vi ikke egentlig vet? Jo, langt på vei er hermeneutikken en common sense forklaring av vår fortolkningsposisjon og oppfatning av objekter som påstås å inneha »mening«, og hvilke objekter blir vel ikke påstått å ha mening? Men alle store filosofiske og teoretiske retninger har et avgjort common sense-preg, som tilfellet er med de tradisjonene i filosofien som hermeneutikken kan sies å utgjøre en reaksjon mot, som for eksempel at virkeligheten er én ting, men vår oppfatning av den er annen.

I idéhistorisk kontekst kan hermeneutikken et stykke på vei sies å være en reaksjon mot *begge* de to store retningene innen filosofien og vitenskapsteorien, nemlig rasjonalismen og empirismen, og deres representanter som Rene Descartes og John Locke.

Rasjonalisten Descartes er jo mest kjent for sin oppdagelse av subjektet gjennom setningen »*cogito ergo sum*« (»jeg tenker altså er jeg«), som var det han sto igjen med etter anvendelsen av sin metodisk tvil; en metode

som gikk ut på å skjære vekk støyet i vår erkjennelse, for å nå frem til den sikre grunn; »rock bottom«; fundamentet, slik at vi kan gå rasjonelt til verks for å bygge opp igjen en sikker kunnskap. Formålet var å utvikle en vitenskapelig ubestridelig metode som stred mot skolastikkens og den katolske kirkes verdensbilde på første halvdel av 1600-tallet. Man skal vel ikke nødvendigvis være hermeneutiker for å se at denne metoden er noe vanskelig å gjennomføre i praksis, men det er *gripen og ideen bak den* Gadamer kritiserer. Det er tanken om at vi forutsetningsløst og rent tankemessig er i stand til å skjære bort deler av virkeligheten som Gadamer mener er forfeilet. Disse delene gjør oss nettopp i stand til å forstå de andre delene. Det finnes med andre ord ikke noe nøytralt standpunkt, som gjør oss i stand til å hevde noe som »sant i seg selv«, eller som gjør at vi kan falsifisere noen deler, og beholde andre. Vi kan aldri komme ned til »rock bottom«, nettopp fordi det ikke finnes noe »bottom«. »There's no there, there«, som Gertrude Stein sier. Slik sett er dette også en kritikk av Sigmund Freud og psykoanalysen, som via terapien skal komme ned til de ubesudlede og virkelige opplevelsene, og ikke bare til hva disse opplevelsene har lurt oss til å tro vi ser og har sett. Og en av den moderne rettsteoris *anti*-fortolkningstilhengere, Michael Moore, mener jo også at nettopp psykoanalysen, og ikke hermeneutikk, er redningen. Hermeneutikken er ingen metode for å komme fram til noe, til å gjøre oss klar over våre fordommer, hvilke vi har, deres karakter og egenart, og forventer man av hermeneutikken at den skal tvinge trollet fram i lyset, tror jeg vi må vente lenge.

Hermeneutikken er som sagt også en kritikk av empirismen, og her er John Locke et

godt eksempel, som på *siste* halvdel av 1600-tallet bidro med en av de mest kjente latinske frasene fra filosofihistorien, nemlig *tabula rasa*. Tabula rasa betyr tom tavle, og skulle således være et bilde på vår bevissthet forut for erfaringen. Bevisstheten er i henhold til den enkle empirismen en slags oppslagstavle hvor verden omkring kan henge opp bilder og ideer, notater og huskelapper. Denne tavlen fylles da med en entydig og klar oppfating av en uformidlet og »ren« verden, og representerer troen på vitenskapelig metode som kan studere verden slik den er uten hjelp fra en fortolkning som er med på å bestemme den verdenen vi studerer, og hvor mening er identisk med eksistens. Våre fortolkninger trenger således ingen assistanse fra den som observerer. En beskrivelse er rett og slett en beskrivelse, og lite til. Riktighet og sannhet blir her et spørsmål om *mengden* av kunnskap, og ikke et vurderingsspørsmål.

Empirismen ligger langt på vei til grunn for rettsrealismen, som også, som vi skal se, tar opp i seg hermeneutiske elementer. Rettsrealismen, den delen av den som utgir seg for å være en helhetlig teori, hevder én ting om rettsanvendelsen og én ting om rettsvitenskapen. Om rettsanvendelsen hevder den at den langt på vei er et resultat av dommerens *frie* vurderinger, at retten er mer en konsekvens av subjektive verdier enn av stivbente og formelle regler som dommerne *følger*. Dette bryter jo radikalt med det rettsstatlige idealet om »government of laws, not of men« så da får vi feste vår lit til at *rettsvitenskapen* makter så langt som mulig å avdekke disse subjektive og frie vurderingene, og å se »bak« den påståtte regelanvendelse. Rettsvitenskapens oppgave er dermed å beskrive, rent objektivt, hvordan rettsanvendere »faktisk går frem«, som Torstein

Eckhoff sier, slik at vi kan få tilbake troen på en rettslig forutberegnelighet som gikk tapt med denne innsikten i at retten er mer et produkt av dommeren enn av lovgiver. I motsetning til de som hevder at rettsrealismen egentlig er hermeneutikk, siden begge retninger setter fokus på fortolkningen, og ikke produksjonen av retten, vil jeg mene at hermeneutikken egentlig langt på vei *benekter* dette bildet av rettsanvendelsen og rettsvitenskapen. Rettsanvendelsen er aldri »fri«, vi har ikke formelle regler, produsert i en historisk kontekst på den ene siden, og frie, egentlige vurderinger på den annen. Fortolkningen av det juridiske materialet, rettskildene, er historisk og tradisjonsmessig bestemt til en slik grad at frihetsideen selv er et produkt av en historisitet, for å si det litt mystisk og hermeneutisk. Gadamer refererer til Max Weber, som hevdet at i én forstand kan man aldri skape ny rett; det er en oppgave utelukende for profeter. Rettsanvendelsen er bare *uttrykket* for de gjeldende normene.² At vi har et visst fortolkningsrom innenfor disse normene, skulle bare indikere at fortolkningen er et resultat en dømmekraft som ikke ligger i selve reglene eller normene. Dermed skulle den hermeneutiske oppfatningen av rettsvitenskapen også være gitt: det finnes ingen objektiv eller verdinøytral beskrivende og avkledende rettsvitenskap. Alt vi har er refortolkninger av refortolkninger, alt i henhold til de erkjennelsesinteressene som måtte melde seg. At vi kaller tidligere tiders rettsbruk for gal, er kun et resultat at vi i dag ser

en annen verden enn man så før, man har andre fordommer og forforståelser.

Hermeneutikken er altså en reaksjon eller et motstykke til den formen for vitenskap som rettsrealismen bygger på, nemlig adferds- og objektivitetsmodellen. Vi beskriver ikke hvordan noen andre oppfører seg, vi er deltagere i et meningsfelleskap, et *sensus communis*, som Gadamer sier. Vi *konstruerer* på en måte studieobjektet mens vi studerer det, og sånn sett er det ikke noe særlig meningsfullt å skille mellom »verden der ute« og »oss«, mellom dommerne og beslutningstagere og rettsvitenskapen. Dette medfører også en kritikk av hva jeg i avhandlingen kaller »to-steps-modellen« for rettsvitenskap; først beskrive hvordan dommere faktisk kommer fram til gjeldende rett, *deretter* vurdere hvorvidt dette er en god eller dårlig praksis. Disse to momentene smelter så å si inn i én og samme prosess, hvis vi gir opp det empiriske, deskriptive, vitenskapssynet. Ja, det er til og med liten vits å late som om de er to forskjellige nivåer når det kommer til virkelige rettsvitenskapelige og komplekse juridiske problemer og problemstillinger. Derfor kaller jeg denne formen for hermeneutikk, for en barsk variant: I én viktig forstand er det ikke noen forskjell på *de lege lata* og *de lege ferenda*, retten slik den er og retten slik den bør være. Her ligger kanskje grunnen til at vi stort sett finner teoretikere som hevder å være influert av hermeneutikken, men som ikke er såkalte barske hermeneutikere. Å oppgi dette skillet sitter langt inne for de fleste innen rettsvitenskapen, siden man da går rett til hjertet på en viktig legitimitetsforestilling. Hvis man oppgir skillet mellom å fastslå hvordan retten er og å mene hvordan den burde være, ender man ikke da opp i en posisjon hvor retten er slik *enhver*

2 Hans-Georg Gadamer, »Hermeneutik als theoretische und praktische Aufgabe«, i *Wahrheit und Methode. Ergänzungen und Register*, Tübingen, 1986:301—19, s.310.

mener den burde være? Det kan så være, men jeg kan vanskelig forestille meg et samfunn på 4.5 millioner mennesker som har 4.5 millioner forskjellige rettsoppfatninger, rett og slett på grunn av ovenfornevnte hermeneutiske argumenter. Det er vel heller snakk om ~~makt og autoritet, og det å være blant de~~ som sier at retten »er slik«. Men det er en litt annen debatt.

Hermeneutikken og rettsrealismen

Denne »to-steps-modellen« er langt på vei, vil jeg hevde, en definerende karakteristik ved rettsrealismen, og man kan ikke være rettsrealist uten å operere med noe som ligner på en slik modell. Spørsmål er så: Er den *realistisk*? Passer den vanlig juridisk begrepsdannelse og rettsvitenskapelige teoribygging? Eller har hermeneutikken rett i sin beskrivelse av erkjennelsesprosessene? Beskriver vi normer, eller beskriver vi noens adferd, og hvilken innfallsvinkel er eventuelt best egnet til gi oss god rettsvitenskap? Hermeneutikken er sånn sett en radikal utfordring til rettsrealismen. Men i utgangspunktet skulle man ikke tro de var så forskjellige. Budskapet kan kanskje sies å være: Vi må bli oppmerksomme på at vi står i en kontekst, vi må erkjenne at de juridiske slutningene i praksis i *utgangspunktet* er verdirelative, og teori- og verdiimpregnerte, at vi deler et forståelsesfelleskap, som er en *betingelse* for å gi mening til retten og for å konstruere rettsregler. Med andre ord: Vi må operere med *det interne dommerperspektivet*, som nødvendig og tilstrekkelig betingelse for erkjennelse. Her er vi også framme ved rettsrealismens grunnleg-

gende selvmotsigelse, nemlig at man på samme tid må innta dommerperspektivet for å bli i stand til å beskrive det, men jo mer man gjør det og er vellykket rettsrealist, jo mindre nøytral er vår beskrivelse, og jo mindre vellykket realist blir man. Men poenget er: ~~Vi må innta det perspektivet som utøverne~~ av praksisen inntar. I rettsrealismen er dette en oppfordring og et ideal for god og relevant rettsvitenskap, og hermeneutikken gir her langt på vei den teoretiske begrunnelsen for hvorfor rettsrealistene ikke bare er suksessrike her, men hvorfor de *med nødvendighet* er det. *Inneforståtheten* har blitt rettsgrunnlag i begge teorier, og behov for ekstern legitimering, for en offentlig kommunikasjon, for å begrunne retten til de som ikke er aktive deltagere og har inntatt det interne fortrolighetsperspektivet, synes å bli forsvinnende liten i begge teorivarianter.

Vi ser her hvor en i utgangspunktet politisk radikal ideologi som den rettsrealismen representerte lett flyter over i en konservativ og lukket bevegelse, og den har også aktivt brukt hermeneutikken som insisterer på og uthever hvordan på tradisjonen, historien og språket fanger vår bevissthet, og determinerer den. Hermeneutikken er slik sett ikke et opplysningsprosjekt i tradisjon med de idealene som mye av den rettsstatstenkningen vi har blitt fostret opp med hviler på, og som, i tråd med herskende juridisk språkbruk, jeg mener »har de beste grunnene for seg«. Hermeneutikken søker ikke å se bak fordommene våre, å rive dem bort, og har på ~~denne måten store problemer med å etablere~~ en kritisk posisjon, og den blir lett konservativ. For de som trenger filosofihistorisk referanse, er det er den erke-konservative kritiker av de franske og amerikanske revolusjonene Edmund Burke, som heier i bakgrunnen

her. Han mente i god hermeneutisk ånd at revolusjoner var forfeilet, siden man aldri kunne begynne på nytt, og at historien i seg selv alltid selv ville frembringe de beste og naturlige forhold. Tradisjonen har egenverdi ovenfor mennesket, og bør vinne i konkurranse med individene. Det er altså ikke bare fåfengt å opponere mot tradisjonen: det er umoralsk. Dette har altså blitt god radikal rettsrealistisk mynt, hvor den juridiske rasjonaliteten forsøkes forklares ved at »noen har snakka sammen«, alternativt ved »slik gode jurister argumenter«, som er Johs. Andenæs' etter hvert klassiske identifikasjonskriterium for juridisk metode. Mindre overraskende er det at 1930-tallets Blut und Boden-tilhengere i tysk rettsvitenskap, som for eksempel nazisten Karl Larenz, fremhevet hermeneutikken som rettsvitenskapens egentlige fundament.

Jeg setter det hele på spissen her, og det er ikke sikkert man vil kjenne igjen dette når man åpner Gadammers *Sannhet og metode*, men spørsmålet mitt er rett og slett om en påpeking av bevissthetens historisitet og tradisjonsbestemthet gir oss det vi trenger, og om den gir oss gode betingelser for en offentlig diskusjon av et samfunnsmessig fenomen som et stykke på vei kan beskrives som en serimoniell voldsutøvelse? Retten har og gjør krav på, og behov for, anerkjennelse og kritisk etterprøvnbarhet og debatt, og da spør det om hermeneutikken i denne varianten gir oss særlig gode redskaper og betingelser. Det er ikke noe problem å ta inn over seg og være enig i det meste av hermeneutikkens budskap, og dens kritikk av empirismen, uten at vi dermed trenger å gjøre den til en normativ rettsteori av den grunn. Og det er vel strengt tatt en bedre normativ rettsteori som er det teori- og metodedebutt de skandinaviske rettsvitenskapelige miljøer trenger,

ikke en som insisterer på at alt *er* som det *burde* være.

Hvis inneforståtheten blir rettsgrunnlag, hvis det avveies uten forsøk på å redegjøre for hvilke parametere eller kriterier man har anvendt for avveiningen, hvis juss er »slik gode jurister argumenter«, og som Eckhoff sier »det er *dommeres* rettsanvendelse man må gjøre seg fortrolig med«, ja da flytter man fokus fra *innholdet* i rettskildene, til *bruken* av rettskildene. Og supplerer vi dette interne perspektivet med et riktighetskriterium – riktig juss er slik *disse* gjør det – ja, da har man ikke store muligheter for offentlig å diskutere og *eventuelt* kritisere den juridiske praksisen på juridisk grunnlag. Dette interne synet forsterkes således av hermeneutikken, og kaster stein i maskineriet for kritikken og diskusjonens muligheter og livsbetingelser. Det er dette jeg kaller for the view from within i avhandlingen min, og det er denne i bunn og grunn autoritære modellen vi ender opp med hvis vi oppfatter rettsvitenskapen som å hvile på rettsrealistisk og hermeneutisk grunnlag. Høres dette usannsynlig og lite attraktivt ut som en modell for rettsvitenskapen? Ja, mener jeg, og det er derfor jeg også mener at rettsrealismen er lite realistisk, fordi den nettopp foreskriver medisin for feil sykdom, og ikke klarer å redegjøre for hva som skjer når det faktisk forefinnes kritikk av Høyesterettsavgjørelser fra et rettsvitenskapelig perspektiv. Og sånt er det jo en god del av. Problemet er at realismen ikke klarer å beskrive dette på en sammenhengende og forståelig måte. Og selv om vi aldri har hatt noen ren rettsrealisme – rett og slett fordi det verken er mulig eller ønskelig – er det en vekselvirkning mellom teori og praksis, og når man fremhever i teorien at man skal forsøke beskrive noens adferd på verdinøytral

måte, ja, så har man en tendens til å fokusere på nettopp det. Og poenget er at det etter min mening ikke nødvendigvis er den beste måten å bedrive rettsvitenskap på. Istedenfor å beskrive denne dommeradferden, mener jeg, burde man heller drøfte hvordan man *bør* gå fram når man har i hendene et til tider så voldsomt samfunnsmessig instrument. »Her står jeg og kan ikke annet«, holder simpelthen ikke.

Men hva er det nå litt mer konkret rettsvitenskapen og den juridiske debatt trenger, hvis den ikke trenger hermeneutikken? Ja, første spørsmål er vel om trenger den så mye i det hele tatt. Er ikke en forventning om hjelp annensteds fra et feilslått håp? Den juridiske praksis, for å ta det for seg, klarer seg langt på vei utmerket alene, uten en lang idéhistorisk reise gjennom vestlig kultur. Den dagligdagse jussen er stort sett etter min mening såpass »verdijustert- og infisert« at man tar med seg en verdiplattform, uansett om man vet om det eller ei. Jeg hadde nær sagt, uansett om man *liker* det eller ei, hvis vi skal rette blikket mot noen nyere tykke bøker i liberalistisk norsk rettsteori. Og rettsteoriens rolle er heller ikke etter min mening først og fremst å assistere advokaten som skal finne fram reglene for opplåning av panteobligasjoner. Med andre ord, den som er skuffet over rettsteoriens manglende bidrag og relevans i konkret juridisk analyse av rettspraksis og paragraftolkning, har en overdreven og misforstått oppfatning av rettsteori. Rettsteorien søker – her er jeg, som alle andre, normativ i min beskrivelse – å gi de beste forklaringene på hva som skjer og hvordan man burde se den virksomheten som kalles rettsvitenskapelig. Den diskuterer med andre ord de begrepene som brukes for å gripe den rettslige virkeligheten. Den frem-

hever *ansvaret* som enhver rettsdogmatiker og jurist har – simpelthen ved å være en deltager i det juridiske spillet; den forsøker å oppstille – noen ganger – målestokker som man kan anvende når man skal evaluere, diskutere og eventuelt kritisere den vanlige juridiske praksis i et litt mer oversiktlig og overordnet perspektiv. Selv om hermeneutikken hjelper oss med der første – betingelsene for beskrivelsene – har den etter min mening lite å tilføre når det gjelder det siste, nemlig evalueringen. Og hvis vi knytter vitenskapsidealet til kritisk etterprøvnbarhet, kommer vi ikke helt i mål med hermeneutikken.

Hermeneutikken *har* et viktig budskap til rettsvitenskapen, nemlig at man må studere retten som et meningsmessig hele istedenfor å se på retten som noens adferd som kan beskrives verdinøytralt. »Ikke skyld på meg, jeg bare beskriver gjeldende rett«-holdningen holder altså ikke. Men *evaluering* krever målestokker og standarder, og disse bør ikke produseres av de som skal evalueres. Eksamenkandidater retter ikke selv sine besvarelser og setter karakter, og slik bør det heller ikke være. Poenget er at når man inntar et robust hermeneutisk – og for den saks skyld – rettsrealistisk ståsted, er dette bildet dessverre snublende nærliggende.

Forfatteropplysninger:

Morten Kinander (født 1972) er førsteamanuensis ved Universitetet i Bergen. Han disputerte for den juridiske doktorgrad 6. juni 2003 på avhandlingen »The View from Within. An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence«.