

## Teksten i sig selv

Anmeldelse af Knut Bergo *Tekst og virkelighed i rettskildelæren*.

Cappelen Akademisk forlag, 2002, 1070 sider.

---

HENRIK PALMER OLSEN, Dr. Juris, lektor i forfatningsret på det Juridiske Fakultet ved Københavns Universitet

Lad mig være ærlig. Det har ikke været nemt at anmelde denne bog, som er forfatterens doktorafhandling. Den er lang – efter min mening alt for lang – og den har (måske af denne grund) en systematik, der ikke skaber den fornemmelse af fremdrift, man gerne ønsker sig, når man læser bøger af denne slags. Når dette er sagt, må jeg straks tilføje, at bogen mange steder er rasende godt skrevet, og der er mange humoristiske indslag, som gør læseren i godt humør. Derudover indeholder bogen en række friske synsvinkler på ældre forfatteres værker (analysen af Ross, Eckhoff og Sundby i hhv. kap. 3, 4 og 5 udgør næsten halvdelen af bogen), som gør at disse fremstår i et delvist nyt lys. Også nyere norsk teori kommer under Bergos lup (bl.a. Boe, Nygaard, Fleischer, Bernt og Doublet), og bliver udsat for en kritisk analyse. Endelig bliver både nyere dansk retsteori (bl.a. Peter Højlund, Alexander Carnera Ljungström, samt undertegnede) og anglo-saksisk retsteori (særligt H.L.A. Hart) behandlet i bogen. Det hele bliver krydret med indslag, der er inspireret

af fremtrædende filosoffer som Wittgenstein, Gadamer, Derrida, mv.

Bogen er bestemt ikke for nybegyndere på det retsfilosofiske område. Analyserne er på et højt niveau, og der er ingen tvivl om, at det er fortjent at forfatteren har modtaget doktorgraden for sin indsats. Alligevel vil jeg gå i rette med forfatteren på en række punkter. Med stigende grad af detaljering skal jeg således i det følgende kommentere på tre ting: 1) bogens komposition, 2) forfatterens indfrielse af afgivne løfter og 3) analysen af »det interne aspekt« og forholdet mellem Ross og Hart.

### Komposition

En af grundene til at bogen fornemmes for lang er – tror jeg – at den er bygget op som en slags gennemgang af andre forfatteres værker. Ross, Eckhoff, Sundby, Boe, Fleischer, Nygaard, osv. De kommer som perler på en snor. Men man skal også begynde forfra hver gang man starter på et nyt kapitel. I og med at de forskellige forfattere har hver

deres bibliografiske historie, indgår i hver sin tid, skriver med hver sin stil og er påvirket og formet af forskellige forgængere og forskellige samtidige forfattere er det klart, at der skal tages højde for forskellige forhold i forbindelse med analysen af de enkelte forfatters værker. Men der er trods alt også sammenfaldene opfattelser, og disse kunne med fordel have været behandlet i nogle samlede afsnit eller kapitler. Som eksempel på dette kan nævnes, at Bergo i kapitlet om Ross bl.a. behandler »Dommerideologien og andre normative ideologier og opfatninger«, i kapitlet om Eckhoff bl.a. »normativ psykologi« og »Skjulte normer og andre disciplinerende faktorer« og i kapitlet om Sundby »De underbevisste normene – subjektets historiske databank«. En samlet behandling og analyse af spørgsmålet om, hvorvidt der eksisterer en dommerideologi, hvad den i givet fald går ud på, hvilken betydning den har for dommernes retsafgørelser m.v. kunne have løftet afhandlingen. Og dette er som nævnt blot et eksempel. Efter min opfattelse kunne afhandlingen og Bergos store intellektuelle arbejde have fået større gennemslagskraft, hvis de mange analyser var blevet systematiseret efter emne frem for efter forfatter. Men det ville naturligvis så have krævet, at afhandlingen mere klart kunne ses som båret af et bestemt tema, og her er vi så fremme ved det næste punkt.

## Tema

Det er ikke nemt som læser at finde ud af, hvad Bergo's afhandling egentlig handler om. Forordet fungerer, som også Alf Petter Høgberg har påpeget (Høgberg 2004) som

en »disclaimer« – En beskrivelse af hvad bogen *ikke* handler om. I kap. 1 får læseren indledningsvis at vide, at bogen skal ses i sammenhæng med forfatterens tidligere udgivne *Høyesteretts forarbejdsbrug*:

»I boken om forarbejdsbruk forsøker jeg å besvare hva- eller hvordan-spørsmål; på hvilken måte (hvordan) bruker HR forarbeider i sin argumentasjon? I denne boken skal jeg behandle hvorforspørsmålene i rettskildelæren, i en deskriptiv og dels normativ utforming. Det jeg skal se nærmere på, er noen teorier om hvorfor HR bruker forarbeider og andre rettskilder slik de gjør, og hvorfor de eventuelt bør gjøre det.« (s. 21).

Godt nok er tilføjelsen »og andre rettskilder« en væsentlig udvidelse, men hvis Bergo havde holdt sig til dette, var bogen nok blevet kortere og mere fokuseret. Det gør han ikke. Læseren må lægge øjne til lange filosofiske og retsfilosofiske udredninger, som sjældent er uinteressante, men som langt fra alle knytter sig til det opgivne emne. Nu skal man jo ikke bebrejdes for at love for lidt og holde for meget – at overopfylde sine løfter – men det ville efter min opfattelse have været en fordel, hvis forfatteren havde holdt sig lidt tættere til dette udgangspunkt.

## Den juridiske tekst og den juridiske afgørelse: kritikken af »kamouflasjetesen«

På andre punkter fører Bergos overopfyldelse af sine løfter til læseren til, at man efter-spørger forklaringer som aldrig kommer for dagen – i hvert fald ikke i denne bog. Et ek-

sempel er at selv om afhandlingen lanceres som en beskrivelse af retskildelærens virkelighed, hvilket vil sige »... virkeligheten slik rettskildelærebøgerne beskriver den og ingen »egentlig virkelighed« udenfor eller bak disse tekstene« (s. 12), så kan Bergo alligevel ikke holde sig tilbage fra at have antagelser om virkeligheden udenfor retskildelæren. Således udtaler han allerede på s. 31, hvor han sætter sin egen opfattelse i opposition til Svein Eng:

»Eng arbeider i den realistiske tradisjonen, og forutsetter at den juridiske språkbruken i stor utstrekning skjuler normative vurderinger og valg på et annet og dypere plan. Jeg er for min del i tvil om hvor mye vi egentlig finner bak det juridiske språket – om det så å si »utenfor teksten« eksisterer en psykologisk eller emotiv realitet vi kan si særlig mye om. Jeg tror det er mer å si om enhver tekst enn det forfatteren la i teksten, men det vi da tilbyr er alternative rekonstruksjoner eller fortolkninger; nye språklige tilnærninger som ikke bør forstås som en avdekning av et virkelighetsnivå tekstforfatteren skjuler for oss eller som er skjult for ham selv også. Grunnpremissene jeg snakker om ligger i dagslyset for den som vil se dem, men de er så opplagte at de sjelden problematiseres.« (s. 31).

Bergo synes her nærmest at sætte lighedstegn mellem tekst (hvormed han må antages at forstå retskildetekster, altså love, forarbejder, domme, mv.) og virkelighed. Den virkelige virkelighed er teksten, og teksten kan åbenbare sig for den, som vil se. Dette er en interessant opfattelse, og man venter derfor som læser på, at Bergo forklarer, hvordan man kan få dagslyset at se. Men her bliver man desværre snydt – Bergo vil ikke dele sine åbenbaringer med os – i hvert fald ikke i denne bog. Men måske i den næste, for bogens afslutning er også præget af en hyldelse til teksten, som måske skal ses

som optakt til et nyt storværk. Bergo fortæller os således, at hvis vi vælger som arbejdshypotese at teksten er der, hvor det hele begynder og slutter, vil der kunne etableres en klarere juridisk metode, hvormed Bergo mener, at juridisk metode i praksis (= i virkeligheden?) i hvert fald et stykke ad vejen kan være en funktion af tekster og af vor (hvem er det?) vilje til at disciplinere os i forhold til teksten (s. 1035). Bergo ser endvidere en epistemologisk forrang for en tekstbaseret retskildelære (s. 1042) og antyder, at teksten er den svagere parts bedste værn (mod hvem, og hvem er overhovedet »den svagere part« fristes man til at spørge?) (s. 1046). Det er for meget sagt, at Bergo forsøger at kanonisere den juridiske tekst, men der er næppe tvivl om, at hvis man skal finde et nogenlunde entydigt budskab bag de mange forbehold, som Bergo opstiller både her og i de fleste andre passager i bogen, så er det, at teksten bør have en større og mere fremtrædende betydning i retskildelæren og at andre momenter, hvad enten der er tale om ideologi, psykologi, politik, moral, etik, eller andet bør nedtones for at give mere plads til teksten. Bergos budskab synes med andre ord at være, at der bør findes en genformalisering af retskildelæren sted.

Baggrunden for dette synspunkt synes at være en helt grundlæggende kritik af norsk retskildelære. Efter Bergos opfattelse bygger det meste af norsk retskildeteori<sup>1</sup> fortsat på

1 På s. 29 skriver Bergo: »Men hva er det som forklarer at »nesten alle« norske jurister likevel går rundt og tenker seg at HR og andre jurister styres av rettskildenormer og vurderinger som det ikke fortelles om?«

det han kalder det retsrealistiske paradigme (s. 642). Kendetegnende for dette paradigme er forestillingen om, at de juridiske tekster ikke kan determinere den juridiske afgørelse, og at der derfor ligger nogle faktorer udenfor teksten, som virker med ved afgørelsens tilblivelse. En fremstilling af gældende ret, bør derfor nødvendigvis medtænke disse uformelle, uden for teksten liggende faktorer, for at give et dækkende billede af virkeligheden. Der findes forskellige udgaver af dette retsrealistiske paradigme, og de udenfor teksten liggende faktorer kan spille en større eller mindre rolle i dette paradigme, ligesom disse faktorer kan anses for at være mere eller mindre bevidste og fremtræde mere eller mindre skjult i afgørelsen. Bergos opfattelse er at norsk retskildelære i dag i alt for høj grad fortsat bygger på en af de mest radikale udlægninger af det realistiske paradigme, nemlig at faktorer uden for teksten ikke bare øver indflydelse på den juridiske afgørelse, men at sådanne eksterne faktorer spiller en afgørende rolle for afgørelsen og at dette forhold (bevidst) skjules af HR. Bergo skriver: »Denne ontologiske premissen ... om at vurderinger av moralsk, etisk, politisk eller personlig karakter fortsatt skjules av HR, kaller jeg for »kamuflesjetesen«. (s. 29). Bergo kommer løbende gennem bogen tilbage til denne tese, som han mener, er forfejlet. Eksempelvis anfører han på s. 642:

»Er ikke datostemplingen i ferd med å gå ut på dette retsrealistiske paradigmet? Tesen om skjulte vurderinger var kjent stoff i den amerikanske retsrealismen på 1920- og 30-tallet og ble fremsatt av Ross i 1953, kanskje primært med tanke på situasjonen i datidens danske Høyesteret. Vi må i det minste stille spørsmålet om det er så treffende for Norsk Høyesterett nesten 50 år etterpå, i et miljø preget av ganske omfattende domsbegrunnelser og

lite formalistisk tilnærming til mange retts spørsmål. Hvorfor skulle landets ledende juridiske elite, etter en lang karriere nær den politiske makten i departementene m.m. eller etter et ansvarsløst og fritt liv på universitetet virkelig søke seg til ansvarsposisjon i HR, dersom de virkelig følte stor usikkerhet når de måtte treffe egne valg og foreta selvstendige vurderinger? Er det sannsynlig at HR-dommere føler akutte behov for å skape en innbilt autoritet gjennom ansvarsfraskrivelse ... [osv, osv]« (s. 642).

Der er helt sikkert en riktig pointe her, men alligevel synes jeg ikke at det lykkes Bergo helt at mane »kamuflesjetesen« i jorden. Hverken her eller de andre steder i bogen han kritiserer denne. Dette skyldes helt grundlæggende, at Bergo ikke formår at overbevise om, at grundlaget for »kamuflesjetesens« frembringelse: altså den juridiske teksts manglende evne til fuldt ud at determinere den retlige afgørelse, bygger på en urigtig forudsætning. Det som Bergo mangler at påvise, for helt at gøre op med »kamuflesjetesen« er, at teksten er tilstrækkelig i sig selv. »Kamuflesjetesens« udgangspunkt er jo, at uanset hvordan man vender eller drejer teksten og den afgørelse der er baseret på teksten, så vil der aldrig være et såkaldt »perfect match«. Der vil altid være noget som ikke helt passer, noget som kunne have været anderledes. Det er jo netop dette forhold der fører til den antagelse, at der så må være »noget andet« til stede ved afgørelsen – noget som ligger uden for det juridiske tekstunivers og som derfor må skulle forklares på en anden, ikke-juridisk måde. Og her er vi så igen fremme ved Bergos tese om, at teksten i virkeligheden sprænger det retsrealistiske paradigme fordi den kan forklare mere end løse henvisninger til vurderinger af moralsk, etisk, politisk eller personlig karakter. Det er muligt at

Bergo har (i hvert fald delvis) ret i dette. Og jeg vil i hvert fald følge ham så langt, at det vil være forkert at bygge på en fast antagelse om, at alle HR afgørelser bygger på skjulte præmisser. Problemet er blot, at Bergo ikke gør noget forsøg på at gøre det klart for læseren, hvad han egentlig mener

med sine antagelser om tekstens større betydning. Man kunne hævde, at det heller ikke gør så meget, for det meste af bogen handler jo trods alt om noget andet, nemlig en kritik af de sidste ca. 50 års norske og danske retsfilosofi. Og han skriver udtrykkeligt at det ikke er hans ærinde at bidrage med endnu en teori til rækken af teorier. Alligevel oplever jeg det som en mangel ved bogen, at Bergos eget budskab ikke kommer klarere frem. Hans hengivenhed til teksten kommer til at ligge som en skjult målestok i hvert fald i nogle af analyserne, og derfor slipper han heller ikke altid lige heldigt fra sin kritik. En central og illustrerende behandling af dette er hans behandling af, det som H.L.A. Hart kaldte for »the internal aspect of rules«.

## Retsreglernes interne aspekt

I *The Concept of Law* skriver Hart bl.a.:

»... if a social rule is to exist some at least must look upon the behaviour in question as a general standard to be followed by the group as a whole.« (Hart, *The Concept of Law*, s. 56 – citeret efter Bergo, s. 743).

Denne måde at anskue sociale regler på, kalder Hart for reglens interne aspekt. Hvad der ligger i dette uddyber Hart på den efterfølgende side i *The Concept of*

Law, hvor han beskriver indholdet af den anskuelsesmåde som er kendetegnende for det interne aspekt og som altså skal være til stede hos »some at least«, hvis en given adfærdsregel skal kunne siges at eksistere som en social regel:

»What is necessary is that there should be a critical reflective attitude to certain patterns of behaviour as a common standard, and that this should display itself in criticism (including self-criticism), demands for conformity and in acknowledgements that such criticism and demands are justified, all of which find their characteristic expression in the normative terminology of »ought«, »must« and »should«, »right« and »wrong«. » (Hart, *The Concept of Law*, s. 57 – citeret efter Bergo, s. 744).

Hart ønskede at beskrive retsregler som sociale regler. Han er nypositivist. Positivist fordi han efter den retsrealistiske kritik af den ældre positivisme, søger at beskrive retten som et system af positiverede regler. Ny- fordi han i modsætning til de ældre retspositivister ikke er formalist, men er orienteret mod den praktiske (sociologiske) virkelighed, og fordi han bl.a. bruger nyere sprogteori, som grundlag for sin beskrivelse af retten. Hart fokuserer på retsreglernes forankring i faktisk efterlevede handlemønstre, som har karakter af sociale regler. Det er disse sociale regler – eller mere præcist en bestemt gruppe af disse – han ønsker at beskrive. Men han skøjter ikke bare hen over begrebet »sociale regler« med juridisk-formalistisk overfladiskhed. Han reflekterer over, hvad der ligger i, at bestemte handlinger kan fortolkes som udslag af, at den handlende har fulgt en bestemt regel (Bergo kalder Harts tilgang for »meningshermeneutisk«). Han reflekterer mindre over, hvordan en given opfattelse af hvad der er en social regel kan be- eller afkræftes som

sand eller falsk. Er f.eks. en regel, som jeg følger, om ikke at træde på mellemrummene mellem fortovsfliserne en social regel, eller er det bare en personlig regel? Afgørende her er imidlertid, at han anser det for at være en betingelse – et *sine qua non* – for at en given adfærdsregulering kan karakteriseres som en social regel, at i hvert fald nogle personer må anse adfærdsreguleringen for at være en regel som alle i gruppen (den gruppe som reglen gælder for) *bør* følge. Endvidere er det karakteristisk for det interne aspekt, at denne opfattelse af at den eller de pågældende regler *bør* følges, ikke alene må være et udslag af en følelsesmæssig reaktion på reglerne, men at forpligtelsen skal ses som et resultat af en kritisk reflektiv attitude.

Jeg selv og andre har i forhold hertil for det første set en forskel mellem Ross og Hart<sup>2</sup> og har for det andet i Harts retsfilosofi set kimen til udviklingen af, hvad man kunne kalde en hermeneutisk eller *Verstehende* (jf. Weber) retsforståelse, som indebærer en tættere forbindelse mellem ret og moral, end Hart selv indrømmer, jf. f.eks. *Rationalitet ret og moral* (Olsen 1997, kap. 4-5) og *Retsidealisme og naturretskritik* (Olsen 1998). Bergo er imidlertid af den opfattelse, 1) at der ikke var den store forskel mellem Hart og Ross (Bergo s. 226 og afsnit 8.2.) 2) at Harts kritik af Ross bygger på en misforståelse (se eksempelvis s. 745-747), og 3) at udviklingen af et mere moralsk ladet retsbegreb er udtryk for et *eksternt* perspektiv,

fordi en sådan tilgang næppe stemmer overens med, hvordan de fleste jurister selv opfatter deres opgave (som jurister). Naturretten som et normativt projekt kan være agtværdigt og spændende »... men det de presenterer har lite med de praktiserende juristenes virke begrundelser og sandsynlige tenkemønstre å gjøre.« (s. 762).

Bergos analyser af Ross (og herunder af forholdet mellem Ross og Hart) er lange og grundige, og fungerer – tilsigtet eller ej – som en genetablering af Ross, som den dygtigste og skarpeste retsfilosof i det 20 århundredes Skandinavien. Analyserne er mange steder tankevækkende og overbevisende. Men når dette er sagt, synes jeg også, at analyserne viser, at udlægningen af Ross' retsfilosofi afhænger af, hvad fortolkeren selv lægger i teksten (!) Bergos grundighed sikrer, at han ikke kun får gengivet de sider af Ross, som støtter hans tese om, at der i realiteten ikke var forskel mellem Ross og Hart, men også de sider som ikke støtter hans synspunkter. Således skriver han s. 216 om tendenser til determinisme i Ross' teori (en tendens som peger i retning af en betydelig forskel mellem Hart og Ross), at dommerne (i henhold til Ross' teori):

»... i utgangspunktet *føler* at de som juridiske aktører må rette seg etter dommerideologien frem for å følge sin etisk-politisk-moralske følelse for det riktige. Dommerens ønske om å »spille jussspillet« kan muligens årsaksforklares ut fra deres følelsesliv, som igjen kan være et resultat av sosial indoktrinering. »Kappen« hjelper på den juridiske pliktfølelsen, og »kappefolket« har en bestemt sosialpsykologisk bagasje. Kanskje kunne vi med et litt mer moderne begrep snakket om rolleforventninger og respekten for rollen som dommer som noe annet end sosialmoralist eller politiker.« (s. 216).

Hertil føjer Bergo:

2 Se også Bergo, s. 224, der henviser til at: »Hart og mange kritikere har ment at Ross mangler forståelse for rettens interne aspekter ...«.

»Dette deterministiske aspekt er likevel svakt hos Ross, for som vi skal se så han for seg at de mer interesserte og verdiorienterte følelser for det rette konkrete resultat («den materielle retsbevisstheten») ofte tok makten fra den formelle, dommerideologiske retsbevisstheten.« (ibid.).

»... dommerideologiens rolle nettopp er å angi hvilke tekster eller andre argumenter som kan begrunne en rettsavgjørelse – de juridiske »reasons for« avgjørelsen, som Ross altså tilskriver en høyst varierende psykologisk motiverende kraft.« (s. 746).

Det første citat er etter min oppfattelse en helt korrekt beskrivelse af det, der er kernen i Ross' retsfilosofi, og som baggrund for såvel hans teori om gældende ret som en normativ ideologi i dommerens sind, som for den hertil knyttede prognoseteori. Men det er samtidig en demonstration af Ross' forskel fra Hart. Hart krævede jo, som nævnt ovf., en kritisk refleksiv attitude i forhold til reglerne, for at disse kunne anerkendes som sociale regler og dermed som retsregler. En ukritisk anvendelse, baseret på følelse af forpligtelse eller tradition, er ikke tilstrækkelig. Første del af citatet ovenfor viser imidlertid, at dommerideologien i Ross'/Bergo's udlægning («muligens» – Bergo tager naturligvis her som andre steder de nødvendige forbehold) er baseret på følelser, som igen er baseret på social indoktrinering. At dette skulle betyde en forskel mellem Ross og Hart afviser Bergo imidlertid. Harts grundpræmis er kort fortalt at legitimation og begrundelse er forskelligt fra tradition og følelse. Heroverfor rejser Bergo det skarp-sindige spørgsmål, om denne sondring nu også er så klar, som Hart synes at gøre den til (s. 745). Dette er en interessant problemstilling i sig selv, som det vil føre for vidt at forfølge her (Bergo gør heller ikke meget mere ud af dette), men Bergos pointe er en lidt anden, nemlig at Ross – gennem sin teori om dommerideologien – faktisk også fokuserer på begrundelser idet:

Dette er jeg enig i, men Bergo synes her at overse, det der i lyset af Harts meningshermeneutik (for nu at bruge Bergos eget udtryk) må være den afgørende pointe. Som Bergo selv skriver, er dommerideologiens rolle at »angi« hvilke tekster eller andre argumenter, som kan begrunde en retsafgørelse. Men hvilke tekster eller argumenter begrunder dommerideologien? Eller for at sige det samme på en anden måde. Retskilde- og metodelæren begrunder den konkrete retsafgørelse, men hvad begrunder retskilde- og metodelæren? Her kan det ikke nytte at henvise til dommerideologi eller dommerfølelser, for spørgsmålet er normativt og kræver et normativt svar. Man kan naturligvis hævde, at spørgsmålet ikke kan besvares inden for rammerne af en *retsvidenskabelig* analyse, og Bergo synes at hælde i den retning, jf. hans bemærkninger s. 748 om, at han er usikker på hvor frugtbart det, han med henvisning til Bruce Anderson kalder paradigmeskiftet fra »the proces of discovery« til »the proces of justification«, er. Jeg forstår sådan set godt Bergos tvivl i så henseende, men omvendt er det vanskeligt, for ikke at sige umuligt, for mig, at aflære den indsigt, som Hart har sået sæden til. Jeg må indrømme, at jeg hører til blandt dem der, som Bergo skriver »... tager gyldighetsaspektet på alvor ved å analysere hva som vil være en gyldig eller legitim grunn« (s. 746). Hverken Ross eller Hart tager dette skridt, så i den forstand har Bergo ret i, at de ikke er så forskjellige. Alligevel synes jeg,

at Harts påpegning af det interne aspekts karakter af kritik og herunder selvkritik, rejser et krav om normativ selvansagelse, der i sin yderste konsekvens fører til, at man som professionel jurist, hvad enten man arbejder med retten i teori eller praksis, må rejse dette normative spørgsmål. Hvis ikke man gør det, bliver »the critical reflective attitude«, som jeg ser det, en tom skal. Rettens berettigelse både som generelt normsystem – f.eks. gældende norsk ret – og som konkret retsafgørelse er i den sidste ende indlejret i et normativt grundbegrebssystem, som ikke svæver frit i luften, men som bygger på implicite og eksplicite forudsætninger om rettens godhed. Disse forudsætninger skal vi efter min opfattelse eksaminere kritisk, hvis retssystemet skal kunne forstås som et retssystem i Harts forstand.

Dette fører til den anden del af Bergos citat fra s. 216, jf. ovenfor, hvor Bergo påpeger, at Ross lægger betydelig vægt på de værdiorienterede følelser for det rette konkrete resultat. Ross' beskrivelse af kampen i dommerens bevidsthed mellem den formelle og den materielle retsbevidsthed og hans opstilling af et parallelogram, hvor disse to kræfter virker i hver sin retning er kendt af enhver, der har studeret Ross. Men er det rigtigt, at Ross så for sig: »... at de mer ininteresserte og verdiorienterte følelser for det rette konkrete resultat («den materielle retsbevisstheten») ofte tok makten fra den formelle, dommerideologiske retsbevisstheten.«? Det tror jeg ikke. Sagen er nemlig den, at selv om Ross anerkender den materielle retsbevidstheds betydning, så formåede han ikke at tage moralske udsagn alvorligt. Dette skyldes, efter min opfattelse, at Ross, på grund af den pseudo-psylogiske tilgang han udviklede allerede i *Kritik der sogenann-*

*ten praktischen erkenntnis* (Ross 1933), og som også fungerede som ramme for *om ret og retfærdighed*, ikke kunne udvikle nogen teoretisk ramme for forståelsen af det vurderende element (jf. Harts *critical reflective attitude*) i retsanvendelsen. Dette kommer også til udtryk i hans generelle kritik af enhver moralopfattelse. En moralsk indstilling er, skriver Ross: »... irrationel i den forstand, at den er det direkte udtryk for emotion og utilgængelig for al begrundelse og argumentation.« (Ross 1953, s. 459, kursiv udeladt).

Ved helt generelt at karakterisere moralske indstillinger på denne måde, gør han det umuligt at udvikle nogen forståelse for den materielle retsbevidstheds rolle i retsanvendelsen. Ross fastholder godt nok, at den materielle retsbevidsthed er så stærk og den formelle retsbevidsthed så svag, at førstnævnte i praksis altid bliver styrende for et konkret resultat (se Ross 1953, s. 162). Dette er imidlertid ikke afgørende. Afgørende er, at den materielle retsbevidsthed, som ifølge Ross er styrende for fortolkningsvalget i den konkrete retsanvendelse, ikke ansues som en »critical reflective attitude«, men som et udtryk for en i bund og grund emotionel tilslutning til et moralsk postulat.

## Finale

Eksistensen af (rets)teksternes virkelighed, eller virkelighedens (rets)tekster synes at ligge som en mere eller mindre skjult antagelse gennem hele Bergos værk, og den direkte adgang til og anvendelse af disse som en mere eller mindre skjult dagsorden bag hans analyser. Jeg skriver ikke dette uden en vis tøven, for et af Bergos ærinder med bogen er netop at gøre op med den såkaldte

kamuflasjetese (jf. ovenfor), og ved at tale om en skjult dagsorden, gør jeg mig selv til et nemt offer for Bergos skarpe pen. Alligevel vover jeg pelsen, for det giver mig anledning til at rejse det centrale spørgsmål om, hvordan vi får adgang til at forstå (rets)teksterne, og om på hvilken måde de skal styre retsanvendelsen og samtidig påpege, at den største værdi ved Bergos værk er, at selv om det ikke bringer os nærmere et svar på disse spørgsmål, så skaber det fornyet interesse hos læseren for at trænge ned i disse spørgsmål. Tekst og virkelighed mødes i retsanvendelsen derved, at rettens tekster skal danne baggrund for en bedømmelse af borgernes handlinger. Teksterne skal med andre ord forstås i forhold til borgernes handlinger som udgør den sociale virkelighed som rettens tekster skal forstås i og som på samme tid er (i hvert fald delvis) konstrueret af selv samme tekster. Tekst og virkelighed (kontekst) er med andre ord viklet ind i hinanden i et kom-

plekst samspil, som vi formentlig ikke forstår fuldt ud. Retskildelæren forsøger at forstå dette og at formidle det for os. Bergos analyse og kritik af disse forsøg på forståelse er interessant læsning, og kan forhåbentlig være en impuls der kan inspirere til videre retsvidenskabelige refleksion over forholdet mellem tekst og virkelighed.

#### Litteratur:

- Høgberg, Alf Petter »Anmeldelse af Knut Bergo: Tekst og virkelighed i retskildelæren«, s. 118-124, *Lov og rett* nr.1-2, 2004.
- Olsen, Henrik Palmer *Rationalitet, ret og moral*. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1997.
- Olsen, Henrik Palmer »Retsidealisme og naturretskritik«, s. 977-985, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 5/98, 1998.
- Ross, Alf *Kritik der Sogenannten Praktischen Erkenntnis*. Levin & Munksgaard; Felix Meitner, 1933.