

## Anmeldelse

Henrik Zahle: *Praktisk rettsfilosofi*. Christian Ejlers Forlag 2005. 371 sider inkl. Stikordsregister

ANMELDT AV CHRISTOFFER C. ERIKSEN, cand.jur. og JØRGEN A. STUBBERUD, cand.jur., Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo

Boken »Praktisk rettsfilosofi« bygger delvis på visse av Henrik Zahles tidligere publikasjoner (heftet *Rettens kilder* fra 1998, *Introduktion til retslære* fra 2003 og *Omsorg for retfærdighed*, 2003), men samler disse til en større helhet og inneholder også nytt stoff. I tillegg til forord, litteraturliste og stikkordregister er innholdet delt i fem deler: I Introduktion, II Det retlige materiale, III Samfundet i retten, IV Professionel refleksion, V Afslutning. Til sammen inneholder de fem delene 31 kapitler.

Bokens hovedambisjon er ifølge forordet å redegjøre for forfatterens rettsfilosofiske oppfatning. I introduksjonen presenter Zahle flere generelle betraktninger om hva hans »praktiske rettsfilosofi« går ut på, i kontrast til andre måter å drive rettsfilosofi på. Nå regnes som kjent all rettsfilosofi tradisjonelt som praktisk filosofi, så termen »praktisk rettsfilosofi« fremstår i utgangspunktet som smør på flesk. Dette vet selvfølgelig Zahle. For ham betyr »praktisk« rettsfilosofi en rettsfilosofi som oppfyller det krav at »fagets fokus skal være den praktiserende jurist« (s. 29).

Likevel begrenser denne boken seg ikke til å diskutere det Zahle omtaler som praktisk rettsfilosofi. Zahle har også flere bemerkninger med hensyn til hva han mener rettsfilosofier generelt sett bør være opptatt av. Blant annet skriver han eksplisitt at rettsfilosofiens fokus ikke skal være »kun og heller ikke primært den videnskaplig arbeidende jurist« (side 29). Ifølge Zahle vil den praktiske rettsfilosofien kun ha relevans i den grad den har praktisk betydning. Forfatteren synes i denne sammenheng å bruke ordet »praktisk« synonymt med all juridisk virksomhet unntatt juridisk forskning. I forlengelsen av denne diskusjonen hevder Zahle at den praktiske betydningen også må gjenspeiles i at faget har »en betydning for de studerende. Et fag kan ikke bare fortsatte med en emnekreds, fordi det er en emnekreds, der har været skrevet om og studeret i århundrer, eller fordi denne emnekreds giver anledning til at arbejde med nogle interessante problemer« (s. 31).

Zahles krav til rettsfilosofien og dens fokus og arbeidsoppgaver er strenge. Et stykke på vei er det mulig å ha sympati med Zahles krav: Det å utvikle en rettsfilosofi for dommere,

advokater og byråkrater kan være et spennende prosjekt i seg selv. Og i den grad rettsfilosofien som fag kan gi bidrag som er direkte relevante ved løsningen av rettsspørsmål, er dette selvfølgelig en svært viktig oppgave. Men samtidig må man spørre seg hvorvidt det ville være klokt å la den »nyttige« formen for rettsfilosofi som Zahle argumenterer for få lov til å råde grunnen alene. Og hvorfor stenge for at det også skrives rettsfilosofi med et annet hovedfokus enn Zahles, for eksempel en rettsfilosofi som primært tar utgangspunktet i virksomheten til vitenskapelig arbeidende jurister? Og kan det ikke også være viktig å tematisere den virksomheten som foregår ved juridiske fakulteter for en rettsfilosofi som ønsker å være praktisk? Et vitenskapelig fokus for rettsfilosofien kan få frem viktige trekk i juridisk kunnskapsutvikling som det også vil være nyttig å kjenne til, ikke bare for de vitenskapelig arbeidende, men for alle som ser verdien av et kritisk perspektiv på den til enhver tid herskende juridiske kunnskap. Til dette kommer at det idag kan være vanskelig å forutsi hva som er »nyttig« (eller på annen måte verdifull) juridisk kunnskap i en rettssal eller i et departementskontor om tyve år. Det er mulig at det på lengre sikt vil være nyttig for rettsfilosofien å være unyttig på kort sikt.

Bokens del II, som volummessig er bokens hoveddel (s. 35—223), omhandler som nevnt det Zahle kaller »det rettslige materialet«. Begrepet »det rettslige materiale« omfatter hos Zahle rettskildene, juridisk teori og bevis. Han deler igjen inn rettskildene (altså bortsett fra juridisk teori) i tre hovedgrupper: *regulering* (som omfatter lov, forarbeider, traktater, og interessant nok også »etikk«), *tradisjon* (herunder rettspraksis og private sedvaner), og *rimelighetsvurderinger* (forholdets natur). Denne tredelingen faller i smak idet den etter vår mening gir en dypere forståelse av hvilke krefter som er i spill når rettslige standpunkter inntas, enn en smørbrøddliste med mer eller mindre sidestilte »rettskildefaktorer« kan gi (sml. for eksempel Torstein Eckhoffs terminologi).

En slik tredeling av rettskildene gir styrket bakgrunn for å forstå *grunnene* til å legge vekt på de ulike rettskildene. Enda tydeligere ville dette kanskje blitt dersom Zahle hadde omtalt dette som en tredeling mellom kilder som vi tillegger betydning utfra deres opphav i *fornuft*, *autoritet*, henholdsvis *tradisjon*. Men det finnes i skandinavisk rettstenkning visse grunnleggende problemer (særlig kognitivismespørsmålet) som gjør at det kan virke vågalt å tale om »fornuft«, og tryggere å bruke mer tekniske (og mer tilslørende) uttrykk som »reelle hensyn«, »rimelighet«, »forholdets natur«. Man avviser at det finnes en praktisk fornuft, men kan predike lenge over »rimelighetens« kjøttfulle univers.

Til dette kommer at tredelingen mellom fornuft, tradisjon og autoritet synes å miste noe av sin analytiske kraft når Zahle ikke knytter juridisk teori til noen enkelt størrelse innen tredelingen, men setter juridisk teori utenfor disse tre hovedkategoriene som noe fjerde, og med »bevis« som den femte kategori av rettslig materiale.

I del II fremstiller Zahle de ulike reguleringsformene som grunnlag for *avgjørelse*. Denne delen av boken har derved et perspektiv som langt på vei er sammenfallende med den tradisjonelle rettskildelærens perspektiv, i hvert fall slik den er fremstilt i Norge av blant andre Torstein Eckhoff. Men Zahle begrenser ikke fremstillingen av de ulike rettskildene til dette; han går også systematisk inn på hvordan materialet *skapes*. På denne måten spen-

ner boken vesentlig videre enn den tradisjonelle rettskildelæren. Zahle skriver ikke kun om hvordan lover formelt skapes, men også hvordan både lov og dom skrives og de prosessene som faktisk foregår hos og mellom de menneskene som er involvert i arbeidet med å skrive lov og dom. Dette er fortjenestefullt og gjøres gjennomgående på en god måte, hvor Zahle trekker på solid yrkeserfaring. Boken reflekterer over hvilke overveielser som gjøres før det gis en lov, og på hvilken måte jurister og andre bidrar i lovgivningsarbeidet.

Zahles metodologiske hovedgrep i beskrivelsen av rettskildene betegnes som et skille mellom to nivåer. Det første nivået betegner en *tilbakeskuende* fortolkningsprosess som er nødvendig for å ta stilling til rettsspørsmål, mens det andre nivået betegner en *fremadskuende* prosess hvor den rettslige beslutningstager tar stilling til i hvilken grad han skal formulere sine tekster generelt og dermed (avhengig av beslutningstagerens gjennomslagskraft utfra egen formell posisjon og fornufts- og overtalelsesevner) bidra til å danne rett. I forhold til rettsavgjørelser som rettskilde gir det fremadskuende perspektivet en interessant drøftelse av argumenter for og mot domstolsaktivisme. En problemstilling man vel kunne gjøre mer ut av i denne forbindelse er den nære sammenhengen mellom presedens og hvilke krav som stilles til utformingen av domsgrunner, særlig utformingen av det juridiske ratio for beslutningen. For jo høyere krav som stilles om at den *regel* dommeren bygger sin beslutning på må formuleres eksplisitt, dess snevrere blir muligheten for å »redde« resultatet i enkeltsaken uten å danne presedens eller senere måtte oppleve at tradisjonen eller lovgiveren fraviker den rettssetning man bygget beslutningen på.

Zahle fremstiller godt grunnene for og mot bredpenslede rettslige avgjørelsesgrunner, og går i denne drøftelsen inn i ulike typesituasjoner. Ved å vise at det rettslige materialet systematisk kan anskues fra henholdsvis det tilbakeskuende og det fremadskuende perspektivet, får han også godt frem at rettsanvendelse samtidig alltid i større eller mindre grad er rettsskapende virksomhet.

I forhold til lovgivningen åpner dette dobbeltperspektivet for en tanke om at også lovgiveren kan sees som mer enn en »rettskildeprodusent«, altså en tanke om »lovgiveren som fortolker«. Fra et snevrere rettskildelæreperspektiv vil det være vanskeligere å se at ikke bare advokater, dommere og byråkrater som fatter enkeltvedtak er fortolkere av rettslig materiale. Under Zahles dobbeltperspektiv kan lovgiveren sees som fortolker av en allerede eksisterende – og gammel – tradisjon; historien om det rettslige språket og de rettslige institusjonene. Samtidig er lovgiverne fortolkere av de krav som fornuften stiller til en lovgiver. Og formell lovgivning kan sees som fortolkning av landets konstitusjon, herunder av hjemmelsbestemmelsen for formell lovgivning. Slike perspektiver har vært underfokuseret i den rettsrealistiske tradisjon, hvor en ideologisk bærebjelke har vært det historiske behovet for å stille lovgiveren mest mulig fritt til å lage nye regler. Ære være dem for det, som opplevde de harde 1930-åra. Men i en viss utstrekning kan denne tradisjonen kanskje kritiseres for å ha sett lovgivningen som en slags *deus ex machina*, som umotivert og uten behov for motivering springer ut på scenen med den autoritative løsning. Zahles dobbeltperspektiv åpner for et annet bilde. I det øyeblikk man ser lovgiveren som fortolker, åpner man for tanken om at også lovgivere kan begå mer eller mindre hel-

dige fortolkninger, hvilket igjen kan åpne for lovgivningssensur. Til tross for at Zahle selv ikke uttømmer disse perspektivene, vil hans dobbelte fremad- og tilbakeskuende metode kunne anspore andre til å tenke selv. Det er fortjenestefullt.

Blant de spørsmål Zahle selv tar opp er spørsmålet om det overhodet er riktig å regulere andre menneskers liv. Og om det først reguleres, hvilket grunnlag bør reguleringen ha? Dette er sentrale spørsmål i politisk filosofi som har vært lite tematisert, i hvert fall i norsk juridisk litteratur. Ett spørsmål man kunne stille i fortsettelsen av dette er hvorfor.

Boken fremstår som en blanding av rettsfilosofi og rettskildelære, med hovedvekten på rettskildelære. Zahle beskriver selv formålet med å gi en så grundig redegjørelse for det rettslige materialet slik: »Efter min opfattelse må enhver retlig analyse og retsfilosofisk refleksion fra begyndelsen se på retten som noget menneskeligt. Det er det, jeg har understreket ved at tage udgangspunkt i den retslige praktiske virksomhet« (s. 324). Ved å gi en grundig orientering om det rettslige materialet får leseren da også utvilsomt innsikt i den rettslige praktiske virksomhet i Danmark i begynnelsen av det 21. århundre.

Men som forfatteren betoner flere steder vil ikke en fremstilling av materialet være tilstrekkelig – man må også se på rettens relasjon til samfunnet. Dette emnet behandles i bokens tredje del (s. 227-280). Her diskuteres forholdet mellom rett og samfunn, rett og politikk, rett og økonomi, teknologi, religion, natur, kultur og historie. Rettens kontekstualitet understrekes, hvilket er et viktig om enn ikke særlig kontroversielt poeng. Det er også viktig at Zahle fremhever »samfunnet« som noe annet enn og forskjellig fra »staten«. Kapitlet om rett og religion påpeker hvordan religion (det vil si kristendommen) til tross for forestillingen om det sekulariserte, moderne Danmark fortsetter å prege både samfunn og rettstenkning, og inneholder interessante tanker om hvordan moderne bevislære har sin opprinnelse i og fortsatt ikke kan si seg fri fra religiøse forestillinger. Del III tar også for seg forestillingen om »natur«, og her finnes en interessant polemikk mot påstander om at denne eller hin tolkning er mer »naturlig« enn andre. Men med disse unntak fremstår bokens tredje del som både lite spenstig og lite dyptpløyende. I denne delen tar forfatteren opp så store spørsmål at han sliter med å gjøre dem rett over et ikke så stort antall sider, og resultatet fremstår tildels som overfladisk commonsensisme. Vi savner også referanser til klassisk litteratur i denne delen hvor Zahle tar opp spørsmål som så kraftig er berørt av filosofer og samfunnstenkere før ham.

I Norge bruker vi ofte termen »rettskildelære« som en forkortelse for »rettskilde- og metodelære«. Under et slikt perspektiv er bokens del II Zahles rettskildelære i snevrere forstand, mens bokens del IV er hans metodelære. Zahle refererer imidlertid til temaet for bokens fjerde del som »professionell refleksjon«. Slik unngår han avlegs terminologi som »juridisk metode«, og han unngår å forlede leseren til å tro at det finnes en »oppskrift« som er gitt juristen i hende og som kan lede oss til endelige og klare svar på rettsspørsmål generelt såvel som in concreto.

I likhet med Eckhoffs skille mellom relevans og vekt skiller Zahle mellom relevans og betydning, og definerer rettslig materiale som »relevant« hvis det »kan være af betydning« (side 295). Slik blir relevans både hos Zahle og Eckhoff en funksjon av »vekt/betydning«.

Hos Eckhoff er »relevans« det som er *tillatt* å ta i betraktning, altså et slags nullpunkt på den skalaen som man kan se for seg at »vekt« måles etter. Hos Zahle er relevans derimot *potensiell* vekt (eller altså potensiell praktisk betydning for et rettssspørsmål). I begge tilfeller er relevansbegrepets hovedfunksjon å sette grenser for hva den rettslige beslutningstager tar i betraktning. Slik får rettskildelæren et relevansbegrep som fremstår som urent eller upresist. I andre tradisjoner vil man si at en tekst er »relevant« for et spørsmål dersom teksten etter sitt innhold angår samme spørsmål (ad rem pertinet). Når man så har forstått tekstens meningsinnhold, kan man gå over til spørsmålet om hvilken vekt man skal legge på det meningsinnhold (den rettsoppfatning) som er uttrykt i teksten, hvilket vurderes utfra opphavets autoritet, tekstens fornuft, og dens evne til å formidle den rettslige tradisjonen.

I del IV behandles også en rekke velkjente rettsfilosofiske temaer som rettens relasjon til språket, fortolkning, rett og moral, rettsystemets koherens etc.

Som andre fremstillinger innenfor fagområdet rettskilde- og metodelære er Zahles bok først og fremst skrevet for studentene. Det er ikke meningen at den som løser retts-spørsmål i advokatkontorer, domstoler og forvaltningsorganer skal bruke slike fremstillinger som oppskriftsbok. Det vil sjelden være mer å hente der enn hva den erfarne praktiker kan suge av eget bryst. Og fruktbar som oppskrift for å drive rettsvitenskap er vel slike fremstillinger heller ikke. Dette gjør at en slik rettskilde- og metodelære som Zahle har skrevet lett kan bli kjedelig å lese for den som har praktisert som jurist i noen år, både ved og utenfor universitetene. Men dette skal man nok ikke beklage seg over, om man bare forstår at denne typen fremstillinger har sin hovedfunksjon som introduksjonslitteratur for jusstudenter. I tillegg kan jo denne genren også ha sin misjon som et slags dannelsesprosjekt i miniatyr for jurister som har behov for å gjennomtenke sin rolle og hvordan de selv arbeider med rettslige spørsmål.

Zahles bok »Praktisk rettsfilosofi« er mer rettskildelære enn filosofi, men den representerer en betydelig utvidet refleksjon utifra et mandat bundet til den praktiske nytte, sammenlignet med hva andre rettskildelærere har gitt tidligere.