

Maria Louise Staffe:

Retskildelære og topik

Det formelle og det informelle beslutningsgrundlag

Forfatteren beskæftiger sig med den generelle sammenhæng mellem jura og retorik, og konsekvenserne af at fornægte det retoriske aspekt inden for den juridiske disciplin. Artiklen sidestiller den juridiske retskildelære og den retoriske topik som to topiske systemer og argumenterer for, at begge topiske systemer bør anerkendes som betydningsfulde i den juridiske beslutningsproces.

”Tværtimod får sagen først rigtig betydning for os, når vi får den belyst af én, der virkelig formår at skildre den. Vores interesse gælder nok sagen, men sagen bliver først levende gennem det aspekt, hvori den vises for os.”¹

Gadamer

BETYDNINGEN AF DEN RETORISKE dimension inden for jura afhænger af, hvor åben sagen eller situationen er for fortolkningsmuligheder og skøn. Dette afhænger igen af bevismaterialet og retskilderne. For at kunne forstå det særegne ved juridisk argumentation er begrebet retskilder derfor helt fundamentalt. Retskilderne er som den retoriske topik steder, man kan argumentere ud fra.² Men

til forskel fra den retoriske topik er retskilderne en formel form for topik, inden for hvilken man *skal* hente belægget for sin argumentation. Man kan sige, at retskildelæren er en slags specialisering af topikken. En væsentlig forskel mellem de to topiske systemer er således, at antallet af retskilder er endeligt, hvorimod antallet af informelle topoi i princippet er uendeligt.

Der er yderligere den forskel mellem, hvad jeg vælger at kalde den formelle og den informelle topik, at retskilderne principielt er rangordnede,³ mens den informelle reto-

noget i sig selv, det skal bruges først. På et landkort er der flere veje, ad hvilke man kan nå til det rigtige sted, men hvis man bruger kortet forkert, kommer man det forkerte sted hen. En vigtig pointe er, at hvis virkeligheden og kortet ikke stemmer overens, må man forholde sig til virkeligheden. Står der en lastbil i vejen, eller er gaden ensrettet, må man tage stilling til virkeligheden og ikke insistere på at følge kortet.

3 Princippet om 'lex superior' kan bl.a. findes hos

1 Gadamer (2004), side 270.

2 Læren om de steder, man kan finde belæg for ens argumentation. En bedre metafor for den juridiske topik vil da også være et landkort i modsætning til en retskilde. Et landkort er ikke

**Formel topik
(juridiske retskilder)**

(Endelig liste)

- a) Loven
- b) Lovens forarbejder
- c) Retspraksis
- d) Administrativ praksis
- e) Retssædvane
- f) Kutyme
- g) Forholdets natur
- h) Formålshensyn
- i) Juridisk litteratur⁶

**Informel topik
(retoriske argumentationssteder)**

(Uendelig liste)

- a) Ungdom og galskab
- b) Alderdom og visdom
- c) Alting gentager sig
- d) Udviklingen skrider fremad
- e) Ondskab har substans
- f) Ondskab er en mangeltilstand
- g) Konsekvenser betinger handlinger
- h) Tilgivelse er en dyd
- i) Retfærdighed er hævn/kompensation⁷

riske topik er sidestillet. Det betyder, at den informelle topik ikke har en forudbestemt vægtning. Vægtningen af den informelle topik afhænger af den enkelte retsudøvers værdigrundlag.⁴ Det kan for eksempel være økonomiske eller etiske aspekter, der sættes højest.⁵ Informel topik er det redskab, hvorved man fortolker og udvælger de relevante retskilder.

Både inden for den formelle og den informelle topik vil man kunne finde topoi, der peger i hver sin retning. Det er et vigtigt element, der åbner for forskellige fortolknings-

Ross (1953), side 155. Senere er den hierarkiske retskildelære blevet anfægtet fra forskellig hånd, bl.a. som følge af den polycentriske retskildelære. Dette kan man bl.a. se beskrevet i Blume (2004) og i Zahle (2003), side 3-7. Der er dog stadig en generel antagelse, at visse retskilder har højere vægtning end andre. Dette hænger bl.a. sammen med, at visse retskilder henter deres legitimitet fra andre retskilder. Grundloven er et godt eksempel på en retskilde, hvorfra andre retskilder henter deres legitimitet.

4 Det er, hvad man vil kalde hjemlen i Stephen Toulmins argumentmodel. Se Jørgensen og Onsberg (2003), side 13.

5 I den forbindelse kan Maslows behovspyramide være hensigtsmæssig at se på, da den kan være med til at forklare, hvorfor, i det konkrete tilfælde, visse argumenter vejer tungere end andre. Se Staffe (2002), side 47.

muligheder og hermed for forskelligt udfald af en given konkret sag.

Retskilder som kutyme, forholdets natur og formålshensyn er forsøg på at definere den informelle topik. Dette lader sig dog ikke gøre alene på denne vis, da den informelle topik hverken er rangordnet eller begrænset til et bestemt virkefelt.

Som eksempel på, hvordan den formelle og den informelle topik samarbejder om at afgøre, hvad gældende ret er, kan man tage en sag om et ungt menneske, som er blevet anklaget for f.eks. vold eller tyveri. Hvis skyldsspørgsmålet er afgjort, vil argumentationen om strafudmålingen kunne tage udgangspunkt i hovedparten af de ovenstående topoi.

Forsvarsadvokaten kan f.eks. argumentere for, at der kun skal idømmes betinget fængselsstraf, da hendes klient er et ungt menneske, der nok med tiden skal udvikle sig til et fornuftigt menneske, hvis han får mulighed for at lære af sine fejl, og der bliver vist overbærenhed med ham. Her benytter advokaten sig af de informelle topoi 'ung-

6 Zahle (1999).

7 Den her opstillede informelle topik er udvalgt i forhold til det nedenstående eksempel med et ungt menneske, der er blevet dømt skyldig i vold eller tyveri.

dom og galskab', 'alderdom og visdom' og 'tilgivelse er en dyd'. Forsvarsadvokaten kunne også have fremhævet, at hendes klient kommer fra en belastet social baggrund, der har disponeret ham for den pågældende adfærd, men hvis vi behandler ham (problemet) anderledes, end man tidligere ville have gjort (samfundstjeneste i stedet for fængsel), så vil man kunne rette op på problemet (hans kriminelle adfærd). Advokaten benytter her de informelle topoi 'alting gentager sig', 'ondskab er en mangeltilstand' og 'udviklingen skrider fremad'.

Anklageren kunne omvendt fremføre, at det er væsentligt, at unge mennesker mærker, at det har konsekvenser at begå visse handlinger, og at det er væsentligt for de pårørende og offentlighedens retsfølelse, at man ikke bare kan begå sådanne handlinger ustraffet. Advokaten benytter her de informelle topoi 'konsekvenser betinger handlinger' og 'retfærdighed er hævn/kompensation'. En advokat kan således sammensætte sin argumentation ud fra hendes klients tarv og den tilstedeværende topik.

En del af de her nævnte topoi, såsom 'ungdom og galskab' eller 'alderdom og visdom', har direkte relation til den anklagedes ethos. Det er i den forbindelse interessant at bemærke, at det er blevet vist, at den anklagedes ethos har indflydelse på, om der i et dansk retslokale bliver idømt en betinget eller en ubetinget dom i volds og tyverisager.⁸ En simpel faktor, som om det er den tiltaltes gamle moder eller vennerne, der sidder på tilhørerpladserne under selve retssagen, har rent statistisk vist sig at være udslagsgivende for, om der i en voldsdom idømmes betinget eller ubetinget fængsel.

Forskellen mellem afgørelser ved lægdommere og juridiske dommere ligger i måden, den formelle og den informelle topik arbejder sammen på. Over for lægdommere kan advokaten i højere grad gå fra

informel topoi til selve argumentationen, end når det drejer sig om juridiske dommerafgørelser. Det betyder ikke, at lægdommere ikke tager retskilderne i betragtning. Retsskilderne er blot noget lægmænd i højere grad forholder sig til, efter de har truffet deres egen etiske afgørelse. Det skyldes, at retskilderne er mere fremmede for en ikke-juridisk skolet person, end de er for en jurist.

Når en advokats appel derimod retter sig til en juridisk uddannet dommer, må den informelle topik gå igennem den formelle topik, dvs. retskilderne. Det betyder, at en bestemt informel topik skal bruges til at begrunde over for en dommer, hvilken formel topik, og ikke mindst hvilken udlægning af denne formelle topik, han eller hun skal vælge. Når det drejer sig om en dommerafgørelse, ligger den formelle topik, retskilderne, som et filter mellem den informelle topik og selve argumentationen. Dette filter er også til stede, når det drejer sig om lægdommere. Det er blot mere præsent, når det drejer sig om en juridisk uddannet dommer, da retskilderne ofte er det første, en dommer tager stilling til. De er dermed i højere grad i stand til at præge førstehåndsindtrykket af, hvad sagen drejer sig om og bør munde ud i. Men i begge tilfælde kan det være den samme informelle topoi, der afgør udfaldet af sagen.

Hvis vi for eksempel ser på den før omtalte sag om et ungt menneske, der er blevet fundet skyldig i vold eller tyveri, er det her meget muligt, at det er den underliggende informelle topoi, 'ungdom og galskab', der er udslagsgivende for, at både lægdommere og juridiske dommere finder, at personen skal idømmes betinget i modsætning til ubetinget fængselsstraf.

Når man beskæftiger sig med begrebet retskilder, er det overvejende logosappelformen,⁹ der bliver benyttet, også selvom

9 Logos har at gøre med logisk argumentation, i modsætning til følelsesmæssig argumentation.

Dette bør ikke forveksles med rationel og irratio-

8 Wandall (2004).

man kan tale om retskilderne som en officielt fastlagt etik og hensyntagen. At det overvejende er logosappelformen, der gør sig gældende, skyldes, at den fastlagte etik og hensyntagen er blevet rangordnet og dermed principielt ikke kræver en etisk stillingtagen. I teorien betyder det, at man skal blotlægge den relevante retskilde i stedet for at tage udgangspunkt i sin etik. At handle 'rigtigt' bliver hermed at handle 'korrekt'.

Den argumentation, der bliver ført inden for jura, er langtfra udelukkende logisk. Det skyldes, at den topik, der ellers gør sig gældende i samfundet, ligger som et underlæggende parameter for udfaldet af den juridiske argumentation. Da denne informelle topik ikke er rangordnet, er den i stand til at tilføje den juridiske argumentation de følelsesmæssige appelformer. Det betyder, at valget og begrundelsen af relevant retskilde i praksis i høj grad også styres af retsansvenderens etik.

Det er her væsentligt at bemærke, at der ofte kan være tale om mange sidestillede og modstridende retskilder, hvor afgørelsen kræver en aktiv stillingtagen. Det gjaldt eksempelvis afgørelsen i den omstridte Midtbanksag, hvor ledelsen i Midtbank blev anklaget for 'insider trading'. Midtbank havde en aftale med Realkredit Danmark om, at hvis Realkredit Danmark ville sælge nogle af deres aktier, skulle de tilbyde aktierne til Midtbank først. Da Realkredit Danmark spurgte ledelsen i Midtbank, om de ville købe nogle af deres egne aktier, tilbagekøbte de deres aktier, selv om de på daværende tidspunkt vidste, at de var i færd med/muligvis fusionerede med Svenska Handelsbanken. Det skal her tilføjes, at de implicerede personer ikke havde nogen personlig vinding ved handelen.

Midtbanksagen kom til at dreje sig om,

nel argumentation. Følelsesmæssig argumentation kan godt være rationel.

hvad der definerer begrebet 'insider trading'. Er der tale om insider trading, når der foreligger *intern viden*, eller kræver det tillige *misbrug af intern viden*? Hvis vi ser på loven om insiderhandel,¹⁰ står § 39 a under overskriften "Misbrug af oplysninger":

§ 39 a. Køb, salg og tilskyndelse til køb eller salg af et værdipapir må ikke foretages af nogen, der har intern viden, som kan være af betydning for handelen.

Man kan her ikke alene sige, at lovens intention¹¹ står over for lovens ordlyd, men også at lovens ordlyd er modstridende. Byretten dømte lederne i Midtbank for insider trading, mens Vestre Landsret og Højesteret frifandt dem. I et sådan tilfælde er det den informelle topik, der er bestemmende for, hvordan man vælger at tolke retskilderne.

Man kan således tale om, at der er et formelt og et informelt topisk system inden for jura. Det ene topiske system, retskildelæren, er kortlagt og anerkendt, mens det andet, den informelle topik, lever en anonym og overset tilværelse. Dette altså på trods af, at det kan være den informelle topik, der afgør udfaldet i en retssag. Sager, der ender i retten, kan netop ofte ikke afgøres alene ud fra retskilderne, da der enten er mulighed for forskellige fortolkninger af retskilderne, at sagen kalder på en holdningsmæssig eller etisk stillingtagen, eller at der er uenighed om sagens fakta. For som Thomas Højrup formulerer det:

... mens planeterne, partiklerne og naturvidenskabernes andre objekter er styret af blinde kausale naturlove, så handler men-

10 Lov om ændring af lov om Københavns Fondsbørs, lov om aktieselskaber og lov om forsikringsvirksomhed.

11 Det har i visse kredse i en årrække været uglest at tale om lovens intention, da det er blevet fremført, at det var der ingen, der kunne vide noget om. Dette har blot resulteret i, at der er blevet benyttet andre ord, såsom formålstjenlighed.

neskerne ud fra deres værdier, intentioner og opfattelser af verden.¹²

Dette skisma mellem det formelle og det informelle topiske system giver den juridiske teori et problem i forhold til dens praktiske anvendelse. For så vidt man ikke anerkender og teoretiserer over den informelle, retoriske topik kan man sige, at jura, rent teoretisk, tilsyneladende kun beskæftiger sig med den halve sandhed. Juridiske kandidater står derfor ikke 'bare' over for at skulle lære den praktiske del af faget, men også over for nogle centrale parametre, som de ikke er blevet introduceret til.¹³

Der er ikke nødvendigvis noget antagonistisk over de to topiske systemer, retskildelæren og den informelle topik. Tværtimod er der mulighed for, at de kan understøtte hinanden på en meget frugtbar måde. Man kan sige, at den informelle topik giver den formelle topik dens relevans. Den informelle topik giver os mulighed for i tvivlstilfælde at vælge den rette retskilde. Ligeledes kan en *bevidst* brug af den retoriske teori have en understøttende funktion inden for det juridiske system, idet den retoriske teori kan hjælpe os med at klargøre og forstå de forskellige valgmuligheder, vi uvægerlig står i, når vi skal træffe afgørelser i konkrete sager.

I Midtbanksagen kunne det for eksempel have været relevant for dommerne at gøre sig klart, hvilken informel topik, de forskellige meninger byggede på, da fortolkningen af retskilderne i denne sag overvejende afhæng af den informelle topik. Jo mere flertydig den formelle topik er i det konkrete tilfælde, jo mere er udfaldet af sagen afhængig af den informelle topik. Det frugtbare samarbejde mellem den formelle og infor-

melle topik er da også i dette tilfælde, at fortolkningen af den formelle topik er i stand til at hente sin legitimitet i den informelle topik.

Afvisningen af den informelle topik

Traditionelt er den informelle topik blevet enten overset eller afvist inden for jura. Man kan undre sig over, hvad der er årsagen til denne afvisning og manglende anerkendelse af den informelle topiks indflydelse på afgørelserne i konkrete juridiske sager. En grund til afvisningen kan udledes af dette citat af Kirsten Ketscher:

Det forudsatte hierarki og ikke argumenterne har i sådanne diskussioner været afgørende. Hierarkiet hviler på den opfattelse, at det folkelige mandat har større værdi og legitimitet end udnævnte juridiske dommere, der rekrutteres fra en snæver del af samfundet.¹⁴

Det må hertil bemærkes, at det formelle topiske system ikke mister sin betydning, fordi man anerkender eksistensen af det informelle topiske system. Som omtalt ovenfor er den informelle topik, i tilfælde af flertydighed, i stand til at give fortolkningen af den formelle topik dens berettigelse. At den informelle topik udfylder tomrummet i den formelle topik betyder med andre ord ikke, at den formelle topik ikke længere er den bærende struktur.

At der fra juridisk hold næres bekymring om retskildernes fremtidige status, fremgår af dette citat:

Den formelle autoritet afløses af en kommunikationsstil, hvor det afgørende er blevet argumenternes værdi og styrke, og hvor argumenterne ikke på forhånd tildeles en bestemt værdi. ... Autoriteten bindes

12 Højrup (2002), side 46.

13 "Juristen forberedes til sin rolle under studiet, men det kan kritisk anmærkes, at det er sjældent, at det personlige aspekt ved den juridiske virksomhed bliver inddraget i uddannelsen, der i denne henseende kan karakteriseres som kølig og distanceret." Blume (2004), side 233.

14 Ketscher (2000), side 276.

ikke til den vedtagne, men til den argumentative værdi.¹⁵

Man kan i modsætning hertil hævde, at retssikkerheden faktisk bliver større, hvis retsudøverne skal tage stilling til, og begrunde, deres informelle beslutningsgrundlag. Det giver dommerne mulighed for en mere bevidst stillingtagen. Det giver også omverdenen mulighed for bedre at tage stilling til og forstå dommen. Det vil selvfølgelig kræve mere af dommerne, men set i forhold til den magt, der ligger i en domsafgørelse, kan det hævdes, at det ikke er et urimeligt krav at stille.

Det, man frygter inden for jura, er, at man mister sit juridiske mandat ved at prøve at tiltage sig politiske rettigheder:

Det kan hævdes, at det er juristens opgave at anvende denne gældende ret, og at juristen ikke er berettiget til at skabe noget nyt ved udøvelsen af denne funktion. Retspolitisk virksomhed er en mulighed, men som udgangspunkt savner juristen en demokratisk legitimation; han er ikke valgt til at lave ny ret, men må vente på, at andre gør dette.¹⁶

Dette er en balancegang, der ligger i den juridiske profession, da konkrete afgørelser ofte kræver en varierende grad af personlig stillingtagen. Det er sådan inden for jura som inden for de fleste andre områder, at det retoriske aspekt ikke forsvinder, fordi man officielt vender det ryggen.

Der er dog inden for jura en stigende anerkendelse af, den informelle topiks indflydelse på beslutningsgrundlaget:

... det [er] for snævert blot at betragte regelanvendelsen som en teknisk proces. Der er snarere tale om en proces, inden for hvilken der tages stilling til værdier, og hvor det derfor er nødvendigt også for juristen at have et værdigrundlag. Gæl-

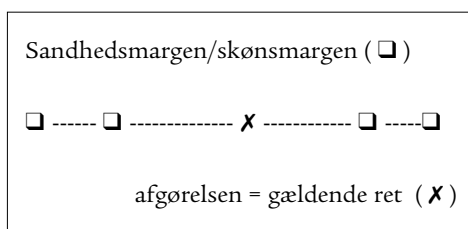
dende ret er ikke noget entydigt, der blot må tages til efterretning, og især er retten ikke adskilt fra den enkelte jurist som person.¹⁷

Retorik og juras praktiske anvendelse består både af håndværk, viden og evner. Selv om der altid vil være en vis portion personlig flair involveret i udøvelsen af den juridiske profession, er der dog ingen grund til at gøre dette aspekt større ved officielt at fornægte den informelle topik eller retorik som sådan.

Generel sammenhæng mellem retorik og jura

Udover topik indeholder den retoriske teori en mængde andre virkemidler. Det er effekten og brugen af de øvrige retoriske faktorer, der i kombination med den tilstedeværende formelle og informelle topik, der afgør udfaldet af en sag.

Retorik og jura er begge både praktiske og teoretiske fag, der beskæftiger sig med komplekse størrelser, der ofte kun kan afgøres ud fra sandsynlighed. På grund af dette sandsynlighedsaspekt opererer man da også med en sandhedsmargen/skønsmargin inden for både retorik og jura:



Figur 1. Illustrerer en sag hvor domskendelsen falder inden for tilhørernes sandhedsmargen.

Den stiplede linje repræsenterer de teoretisk mulige udfald af en sag. Det midterste stykke – sandhedsmargen/skønsmargin – repræsenterer, hvad vi er villige til at acceptere som en sand afgørelse i en sag. X'et

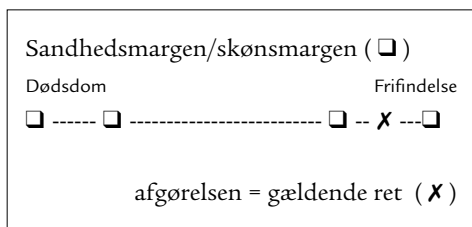
15 Ketscher (2000), side 274-275.

16 Blume (2004), side 232.

17 Blume (2004), side 228.

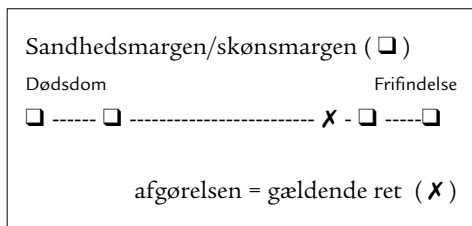
eksemplificerer altså en afgørelse, der falder inden for, hvad vi betragter som en rigtig domskendelse.

Tager vi derimod O.J. Simpson-sagen i USA som eksempel,¹⁸ så var problemet her, at frifindelsen af O.J. Simpson for dobbeltmord lå uden for de fleste hvide amerikaneres sandhedsmargen.



Figur 2. Illustrerer en sag, hvor domskendelsen er faldet uden for tilhørernes sandhedsmargen.

Hvis O.J. Simpson i stedet havde fået 10 års fængsel, så ville det sandsynligvis være blevet antaget, at retfærdigheden var sket fyldest, også selv om det ville have ligget i underkanten af, hvad en amerikaner generelt ville anse for rimeligt, når det drejer sig om mord.



Figur 3. Illustrerer en sag, hvor domskendelsen falder i yderkanten af tilhørernes sandhedsmargen.

Det, der i praksis har umuliggjort brugen af det deduktive ræsonnement, er, at de forskellige forhold, der spiller ind i sagen, mangler en fællesnævner. Dette fænomen beskriver den svenske retsteoretiker Alexander Peczenik som 'inkommensurabiliteten' mellem grunde og modgrunde.¹⁹ Hvis

18 O. J. Simpson er en berømt forhenværende amerikansk fodboldspiller og mediepersonlighed, der blev anklaget for at have myrdet sin ekskone og dennes ven. Bevismaterialet imod Simpson var meget omfattende.

19 Peczenik (1986), side 143.

den ene side f.eks. argumenterer ud fra etiske grunde og modparten ud fra et nytteræsonnement, er begge typer af argumenter relevante og kan altså ikke bare afvises. Men de to argumenter har ikke nogen fællesnævner, ud fra hvilken vi deduktivt kan måle dem op mod hinanden. Sagens udfald afhænger i stedet af, hvilke værdigrundlag der vejer tungest hos beslutningstagerne.

Den retoriske dimensions indflydelse på udfaldet af en konkret juridisk sag er altså ikke blot en mulighed, men også en nødvendighed. Dette skyldes, at retorik har en sammenbindende funktion mellem den enkelte sag og retsgrundlaget. Retorik og jura er i den forbindelse gensidigt afhængige, dels for at opnå en beslutning, dels for siden at fastholde denne afgørelse. Man kan i den forbindelse sige, at juridisk argumentation bygger på det aristoteliske enthymem i modsætning til den logiske syllogisme, da juridiske beslutninger bygger på sandsynligheder og værdinormer i modsætning til absolutte sandheder. Juridisk argumentation er derfor retorisk og ikke logisk-deduktivt funderet. Det er de retoriske argumenter og ikke tvingende logik, der gør, at man på basis af lovgrundlaget kan nå frem til en beslutning i en konkret sag.

Oftentimes er det ikke muligt at drage en direkte parallel fra et konkret lovgrundlag til, hvad kendelsen i en specifik sag bør være. Som den tyske retsfilosof Robert Alexy pointerer:

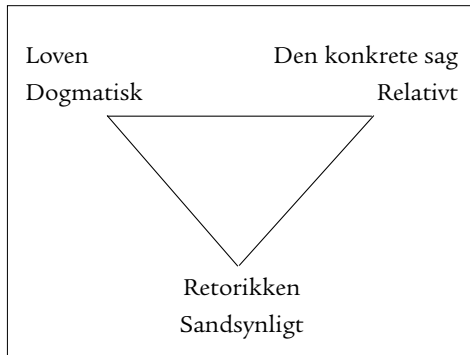
Den juridiske dom, der afgør en retstvist, og som kan udtrykkes i en enkelt normativ sætning, følger i et stort antal tilfælde ikke logisk af formuleringerne i de retsnormer, der forudsættes gældende sammen med de empiriske sætninger, der må anerkendes som sande eller beviste.²⁰

Alexys redegørelse for grundene til, at man må have argumentation og ikke kan klare

20 Alexy (1978), side 17.

sig med retskilderne, svarer nøje til den antikke retoriks redegørelse for 'constitutio legitima', som det hedder i *Ad Herennium* 'stridsspørgsmål om fortolkning af lovene'.²¹

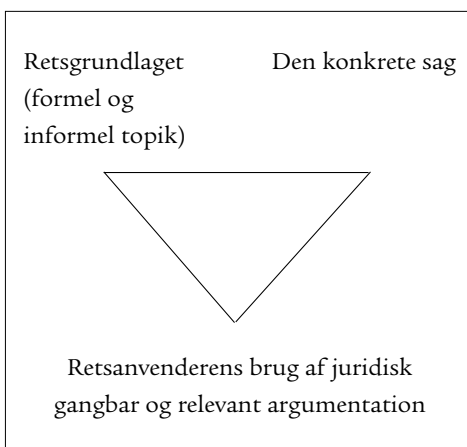
Den juridisk-retoriske sammenhæng kan illustreres således:



Figur 4. Den juridisk-retoriske trekant illustrerer, hvordan jura og retorik er forbundet.²²

Den juridisk retoriske trekant illustrerer, hvordan en juridisk afgørelse er et produkt af samspillet mellem sagen, loven og måden, hvorpå sagen og loven bliver fremført, udlagt og kædet sammen.

Hvis vi ser på retorikken som indeholdt i personen, får vi dette sammenspil mellem retsanvenderen, retsgrundlaget og den konkrete sag:



Figur 5. Illustration af rettens anvendelse.²³

21 [Cicero] (1998), side 47-48.

22 Staffe (2002), side 28.

23 Dette kan siges at være en sammensmeltning af

Det er juristens brug af relevant argumentation, der gør, at man kan nå til en konkret afgørelse i en sag på basis af retsgrundlaget. Hvis vi for eksempel ser på Midtbanksagen, var sagens udfald ikke givet på forhånd, men krævede en argumentation, der fremhævede den ene udlægning af sagen frem for den anden. Forståelsen af konsekvenserne af sagens udfald er her en væsentlig del af argumentationen.

Perspektivering

Den retoriske og den juridiske disciplin er begge humanistiske videnskaber, der sætter mennesket i centrum, og de mødes i interessen for den konkrete sag. Det er holdninger og etik i modsætning til kausale naturlove, der er bestemmende for, hvad vi anser for retfærdigt. Retorik følger med hver gang, der bliver praktiseret jura. I den forbindelse er de to discipliner dybt forbundet på det konkrete plan.

Denne sameksistens er imidlertid praktisk talt ikke-eksisterende på det juridisk teoretiske plan. Man må se langt efter blot antydning af retorisk teori inden for jurauddannelsen. Dette er med til at skabe en unødvendig stor afstand mellem jura på det praktiske og det teoretiske plan. Ikke engang et fag som procedure, der har at gøre med fremlæggelsen af ens sag i retten, beskæftiger sig med argumentation.²⁴ Dette kan ses som en teknokratisering af fremlæggelsen og argumentationen.

En af følgevirkningerne ved at afskære den retoriske dimension fra den juridiske teori er, at den juridiske teoris relevans på det praktiske plan forringes. Dette er en medvirkende årsag til, at retsfilosofi er blevet

figur 4. og Henrik Zahles trekant over rettens anvendelse. Se Zahle, (1999), side 74.

24 Procedure: fremgangsmåden i en retssag, særligt anvendt som betegnelse for parternes afsluttede indlæg i retten efter bevisførelsen, jf. retsplejelovens §§ 365 og 883. von Eyben (2004).

marginaliseret og ofte bliver anset for irrelevant for en juridisk afhandling. Man ser da også ofte retsfilosofiske problemstillinger som en form for appendix til en sådan afhandling.²⁵ Ved at afskære juridisk teori fra den retoriske dimension, afskærer man den teoretiske del af jura fra den praktiske del af faget. Det sker, fordi man ikke kan få teorien til at passe med praksis, det vil sige med domsafgørelsen i en konkret sag, da man ikke har retorikken til at binde dem sammen. Følgeeffekten af dette bliver, at der er en del af det juridiske fag, der dør, da det, når det mister sin praktiske betydning, også mister sin relevans.

En stor del af den juridiske diskussion drejer sig om, hvad forskellige definitioner indebærer, og om hvilken definition det enkelte tilfælde falder ind under. Hvad er for eksempel en 'udefra kommende hændelse', og kan man i den konkrete sag sige, at der var tale om en udefra kommende hændelse? Man kan imidlertid ikke slå bevisførelse op i en gængs juridisk ordbog, såsom Bo von Eybens *Juridiske Ordbog*.²⁶ Det nærmeste, man kan komme det, er bevisførelsesbyrde,²⁷

25 I juraprofessor Henrik Zahles seneste udgivelse *Praktisk retsfilosofi* (2004), forsøger han at bygge bro mellem retsfilosofien og juraens praktiske anvendelse og hermed genetablere den indre sammenhæng i den juridiske disciplin.

26 Se von Eyben (2004).

27 Betegnelse for den pligt, en part har for at undgå, at et af modparten fremført bevis lægges til

som igen viser tilbage til bevisbyrde.²⁸ Inden for jura er argumentationen tilsyneladende blevet reduceret til en argumentation om, hvem der har bevisbyrden. Efter at det er blevet fastlagt, er der ikke rigtig nogen hjælp at hente.²⁹ Det skyldes det manglende retoriske værktøj til at bearbejde de her foreliggende processer. Der, hvor en retoriker ville forvente, at diskussionen for alvor startede, slutter den juridiske teori.³⁰

grund ved afgørelsen, se bevisbyrde. von Eyben (2004), side 64.

28 Bevisbyrde (tvivlsrisiko): at en part har bevisbyrde for et vist forhold, vil sige, at det bliver til partens egen skade, hvis der ikke tilvejebringes tilstrækkelige oplysninger om forholdet, jf. bestridelsesbyrde, påberåbelsesbyrde, påstandsbyrde. Den skarpe sondring mellem bevisbyrde og bevisvurdering fastholdes nu ikke altid, idet man samtidig med, at man angiver, at en part har bevisbyrden, tillige kan angive, hvilken udstrækning denne har, f.eks. at der skal tilvejebringes en meget stor eller en meget ringe sandsynlighed for at opfylde den. Bevisbyrderegler: de processuelle regler om fordelingen af bevisbyrde, se omvendt bevisbyrde. von Eyben (2004), side 64.

29 Det er muligt at fremføre noget, der betegnes som et rimelighedshensyn, hvor man kan fremføre, at noget har en urimelig effekt. Dette er dog stadig en kredsen rundt om selve argumentationen. Et rimelighedshensyn bliver også nogle gange kaldt formålsbetragtning eller reglens effektivitet.

30 Der er begyndt at komme juridisk litteratur på området, men denne står ofte alene uden tilknytning til et struktureret undervisningstilbud. Se Blandhol (2003).

Om forfatteren:

Maria Louise Staffe er cand.mag. i retorik og ph.d.-stipendiat på Det Juridiske Fakultet ved Københavns Universitet. Hendes forskning går ud på at finde et fundament for en hensigtsmæssig retsretorik. Hun har i en årrække boet i USA, hvor hun har arbejdet som konsulent og videreuddannet amerikanske advokater. Hun har udgivet bogen: *Winning With Words, Rhetoric – The Art of Convincing in a Court of Law Exemplified by the O.J. Simpson Trial*, Washington House, Alexandria, USA.

Email: Maria.Louise.Staffe@jur.ku.dk

Litteratur

- Alexy, Robert (1978): *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- Blandhol, Sverre (2003): "Retorik og juss", i: *Tidskrift for Retsvidenskab* nr. 4
- Blume, Peter (2004): *Juridisk metodelære*, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- [Cicero] (1998): *Retorik til Herennius*, oversat af Søren Hindsholm, Gyldendal, København.
- Gadamer, Hans-Georg (2004): *Sandhed og Metode*, oversættelse, indledning og noter ved Arne Jørgensen, System Academic, Århus.
- Højrup, Thomas (2002): *Dannelsens Dialektik*, Museum Tusulanums Forlag, Københavns Universitet.
- Jørgensen, Charlotte og Merete Onsberg (2003): *Praktisk argumentation*, Ingeniøren-bøger, 2. udgave, København.
- Ketscher, Kirsten (2000): "Mod en argumentativ ret", i: *Jussens venner*, hefte 5-6, Universitetsforlaget, Oslo.
- Peczenik, Aleksander (1986): *Rätten och förnuftet*, Norstedts, Stockholm.
- Ross, Alf (1953): *Om ret og retfærdighed*, Nyt Nordisk Forlag, København.
- Staffe, Maria Louise (2002): *Winning With Words*, Alexandria, USA.
- von Eyben, Bo (2004): *Juridisk Ordbog*, 12. Udgave, Forlaget Thomson.
- Wandall, Rasmus H. (2004): *Sentencing to Imprisonment. A Socio-Legal Study of Decisions to Incarcerate in Criminal Cases in Danish County Courts*. Ph.d.-afhandling fra Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet.
- Zahle, Henrik (1999): *Retstens kilder*, Christian Ejlers' Forlag, København.
- Zahle, Henrik (2003): "Ret som praksis. En beretning.", i: *Retfærd* nr. 102, 26. årgang, nr. 3, København.
- Zahle, Henrik (2004): *Praktisk retsfilosofi*, Christian Ejlers Forlag, København.