

# Den dogmatiske og den kliniske rettsvitenskap

Av professor em. Edvard Vogt

## 1 LEGEVITENSKAPEN SOM ET FORBILLEDE FOR JUSEN

Det eksisterer betydningsfulle analogier mellom det rådende tekst-fokuserte, dogmatiske paradigma i rettsvitenskapen og det paradigma som rådet i medisinen før legevitenskapens ”kopernikanske” revolusjon under renessansen. Det som den gang skjedde var at virkeligheten, empirien, ble brakt inn i den teoretiske, akademiske legevitenskap på en ny og effektiv måte. Et av de avgjørende skritt ble tatt ved legaliseringen av viviseksjon.

Fra å være en fortolkningsvitenskap bygget på skriftene til Aristoteles og på datidens andre autoritative tekster, ble medisinen nå en profesjon bygget på en erfaringsvitenskap i verdiers tjeneste. Den tidligere før-vitenskapelige kliniske medisin ble flyttet fra bartskjærenes og de kloke koners stuer inn i universitetene. Den praktiske, helbredende legekunst ble integrert i en vitenskapelig medisinsk vitenskap. Den inngikk et fruktbart, institusjonalisert ekteskapelig samliv med den boklige, platoniske akademiske medisin.<sup>1</sup> I stedet for oldtidens dogmatisk-fundamentalistisk medisin fikk vi en empirisk, generaliserende, hypotetisk-deduktiv medisinsk vitenskap.

Paradigmer er ikke skildringer av virkeligheten. De er idealtyper. I Max Webers utvikling av den idealtypiske metode stilles paradigmen opp som polare motsetninger. Virkeligheten befinner seg i spektrumet mellom slike abstrakte ytterligheter. De empiriske forskjeller mellom typenes representasjoner representerer forskjellige konsentrasjoner av elementene. *In medio stat virtus*, – også her. Selv et dårlig paradigma og en dårlig metode kan gi gode resultater når de anvendes forsiktig av kloke og erfarne mennesker.

Det vesentlige for vitenskapens utvikling er at den beveger seg i den riktige retning frem mot et bedre paradigma og derved frem mot en bedre jus. Kriteriet for legevitenskapens utvikling er at den mer effektivt skaper *helse* der hvor sykdom råder. Kriteriet for den juridiske vitenskaps utvikling er at den gjør sin profesjon bedre i stand til å skape *rettferdighet* der hvor makten har hersket eneveldig og vilkårlig. Den gjør det mulig for juristene å yte bedre tjenester for dem som er fratatt gyldige rettigheter. Mest mulig urett skal bli unngått.

Til forskjell fra de empiriske vitenskaper skal de ”liberale” profesjoner medisin og jus skape noe nytt. Det å skape er etter den klassiske definisjon det å forvandle en ubekvem

---

<sup>1</sup> En av mine egne forfedre, min farfars farmors farfars morfar Johannes Buchwald, benyttet seg av den nye karrierevei. Han begynte som bartskjær og avanserte til professor og rektor ved Universitetet i København. At pasientorientering ikke alltid er tilstrekkelig fremgår av Holbergs karikatur av professor Buchwald i en legefigur i Peder Paars som tillegges ordene: ”Han døde ganske visst, men feberen ham forlod.”

materie til en verdi. De kliniske vitenskaper skal omskape sykdomstilfeller og situasjoner preget av juridiske overgrep, til nye situasjoner preget av menneskelige verdier.

## **2 DET KLINISKE PARADIGMA I MEDISINEN**

Rent etymologiske er ”klinisk” avledet av det greske ord for seng og betegner derved det som foregår ved sykesengen, hvor et menneske er ”deklineret”. Det dreier seg om en pasient-orientert anvendelse og realistisk videreutvikling av vitenskapelig kunnskap. Formålet med den kliniske legekunst er ikke bare en rent teoretisk utvikling. Det dreier seg om et nytt perspektiv hvor behandlingens gyldighet ikke lenger måles med tekstkonformitetens standard. Formålet er blitt etisk, mellom-menneskelig, en effektivt helbredende, profesjonell terapeutisk behandling av medmennesker. Det vitenskapelige vurderingskriteriet, teoriens verifikasjon, blir at den teoretisk baserte behandlingen helbreder mennesker og lindrer deres smerter.

En medisinsk professor som mangler klinisk utdanning og erfaring er i dag utenkelig. Både de medisinske professorene og de vanlige leger har som sin profesjonelle plikt å kombinere det akademiske og det helbredende. Begge grupper må være i stand til å registrere at virkeligheten avviker fra de etablerte teorier. Professoren har i tillegg den særlige plikt å forfølge disse ”funn” forskningsmessig og til å publisere resultatene på måter som fremmer en bedre klinisk praksis og tjener samfunnsmedisinske tiltak.

Et paradigma er en idealtipe. Dette betyr selvsagt ikke at den medisinske virkelighet blir tilsvarende ideell. Også de medisinske professorene kan svikte sitt paradigma. Et eksempel på dette er de norske professorer som var ansvarlig for lobotomiens kvakksalveri og som naturlig nok har forsømt å publisere deres teories og inngreps tragiske resultater.

Det riktig anvendte kliniske medisinske paradigma, slik det formidles innenfor de medisinske fakulteter, representerer en kombinasjon av teoretisk tradisjon og klinisk trening og bevissthet. Den har brakt helse og lindring til utallige sykesenger. Kombinasjonen av kliniske og teoretiserende roller har grunnlagt en problemorientert og problemløsende profesjon. Nye teoriavvik og sammenhenger blir stadig avdekket og nye hypoteser og teoremer blir formulert og testet ut klinisk. Legenes kunnskap og deres praksis har utviklet en kompleks helhet, som er blitt rutinisert i epikriser med elementer som anamnese, diagnose, terapi, profylakse, immunisering, genetiske forhold, epidemiologi, og samfunnsmedisinske analyser. Rettsvitenskapen og den juridiske profesjon trenger tilsvarende rutiner om den skal bli i stand til å utføre en liknende innsats for å bringe mer enn en formell rettferdighet til de masser som fremdeles er rettsløse i privilegerte minoriteters skygge.

## **3 DET KLINISKE PARADIGMA ANVENDT I RETTSVITENSKAPEN**

Kjennskap til og dogmatisk tolkning av de etablerte normative strukturer i lov og sedvane, er bare en begrenset del av den juridiske kunst. Det vesentlige er den skapende evnen til å fortolke, – til å erkjenne tekstenes begrensninger og finne frem til uttrykk for det som er normativt gyldig i den etablerte realiteter og åpner for mer optimale løsninger for alle involverte partnere.

Jusen kan her henvise til kybernetikkens spill-teorier. De deltakende mennesker og grupper må befris fra de rådende destruktive roller. Istedenfor å forbli antagonistiske ”motparter” må de bli ”partnere” i nye *win-win* spill med problemløsninger som er opti-

mal både for partene, – de skal alle ha fordeler av den nyskapte situasjon, – og for samfunnet omkring dem.

Utgangspunktet er livets skrevne og uskrevne normer og hensyn. Ved det som spillteorien kaller ”*iterasjoner*” vil en konsensus, en sedvane kunne bli utkrystallisert og akseptert som positivt normert. Det er hvor ekstraordinære og kanskje enestående situasjoner oppstår at juristen blir stillet på prøve. Juristen blir her rettsskapende på en særlig måte. Han må finne nye problemløsninger som må gå utenfor deres bokstaver, men like fullt i samsvar med de etablerte normers ånd. De tilfredsstillende bakenforliggende normative reelle hensyn som juristens kunst har avdekket. Der hvor tidligere lovgivere og tidligere dommer ikke har klart å positivere disse hensyn, er det bare den kliniske rettsvitenskapen være i stand til å avdekke, formulere og utvikle de tjenlige normer og hensyn.

Det er denne rettsskapende, tolkende formidling mellom etablerte normer og nye saklige, kliniske hensyn som jeg forsøkte å uttrykke da jeg i 1972 satte navnet ”Jussformidlingen” på det som senere ble det bergenske juridiske fakultets *Law Clinic* som jeg da var i ferd med å organisere. Et juridisk fakultets sentrale oppgave er å utdanne studenter som er i stand til å formidle mellom teori og praksis på en slik måte at nye løsninger blir funnet. De må som medisinestudentene utdannes til å stille diagnoser, her av destruktive konfliktsituasjoner, og til å forskrive nye terapier.

Oppfyller ikke våre juridiske fakulteter denne oppgave, da utleverer vi både studentene og deres fremtidige klienter – og med dem samfunnet – til uproduktive før-kopernikanske kontradiktoriske *win-lose* spill. På vegen til en globalisert verden, hvor flere og flere rettigheter unndrar seg rettsstatenes kontroll, vil disse juridiske spill kunne bli forvandlet til destruktive *lose-lose-games*.

#### **4 RETTSVITENSKAPENS UTVIKLING FRA MAKTENS TEKNOLOGI TIL DE GODE LØSNINGERS KUNST**

Vitenskapens utvikling er ikke alltid lineær. Jusens kliniske paradigma ble allerede utviklet på Forum Romanum, uttrykt i den klassiske romerrettslige definisjon av jusen som *ars aequi et boni*, den kunst å skape rimelige og gode løsninger av konflikter mellom mennesker. Takket være de rimelighetsvurderende, equitas-orienterte pretorers dialoger med de rettssøkende borgere om deres problemer, utviklet rettsvitenskapen seg i basilikaenes åpne søyleganger til en forbilledlig klinisk kunst.

Dette kliniske paradigma var rådende inntil det tredje århundres keisere usurperte pretorenes makt, henrettet Ulpianus som den siste av de klassiske *jurisprudentes* og innførte det positivistiske paradigma. Ved *domitiatet* ble det gamle paradigma innført, hvor jusen igjen ble redusert til deduksjoner fra utsagn om det som passet, placuit, den øverste makthaver. Romerretten ble tatt til fange i de pompøse keiser-palasser fjernt fra det levende liv. Visdommens og klokskapens søyler ble redusert til dekorasjoner på palassenes fasader.

I middelalderens universiteter fortsatte det romerske eneveldets jus slik denne hadde funnet uttrykk i Justinians tekster. Disse tekster var imidlertid samtidig bærere av de klassiske *jurisprudentes regulae juris*, som gjorde det mulig for glossatorene og deres etterfølgere å ta nødtørftige reelle hensyn til middelalderens nye samfunnsformer med deres fyrster og stender. Det var imidlertid Domitiatets positivistiske paradigma som ble

tilnærmet enerådende i Bologna og i de andre begynnende juridiske fakulteter, – også til fortrensel for de kliniske elementer i de tidligere etniske rettssystemer.

Med denne bakgrunn ble også opplysningstidens juridiske fakulteters oppgave begrenset til fortolkning av maktens proklamasjoner og til utdanning av effektive fogder som voktere av kongemaktens og de etablerte stenders privilegier. En jurist som setter spørsmål ved gyldigheten av de Løvenskjoldske usurpasjoner i Oslos bymark, kan fremdeles oppleve sterke reaksjoner fra den positivistiske universitetsjusens voktere. Fremdeles er jusens utgangspunkt de besittendes rettigheter: *Melius est positio habentis*: den juridiske situasjon er alltid bedre for den besittende. Denne jus er også *melius*: det vil her si mest fordelaktig for de jurister som begrenser seg til vel avlønnede tjenesteytelser for de beste betalere.

Den sørgelige virkelighet er fremdeles at alt for mange jurister lar seg bruke av privilegerte grupper som dogmatiske advokater for tilfeldige politiske flertallsvedtaks etablerte teorier og rettigheter. Deres praksis blir altfor ofte redusert til tomme seremonier analoge med de primitive medisinnemns besvergelses. I fakultetenes og tinghusenes tekstfikserte verden savner disse juristers magiske formularer og ritualer sitt nødvendige grunnlag i erfaringer av de rettssøkendes virkelighet. De fleste jurister nøyer seg fremdeles med *de lege lata* tilpasninger av livet til makthavernes og deres politikeres ”positivt” gitte normformuleringer.

Årsakene til dette ligger selvsagt ikke bare i de autoritetstro jurister. De er selv resultater av en historisk utvikling som har skapt et system som er blitt kunstig isolert fra de vitale, eksistensielle menneskelige problemer. De har måttet savne medisinnernes rutinserte lære-prosesser hvor de kliniske, teoretiske, politiske og etiske spørsmål blir behandlet i sin naturlige reelle sammenheng. Uten de tilsvarende erfaringer av de juridiske problemers sosiale sammenheng er det uunngåelig at juristenes teorier og deduksjoner forblir livsfjerne.

I fortidens stabile verden kunne deres normalvitenskaps *de lege lata*-deduksjoner beholde en viss realisme også gjennom generasjoner. I en postmoderne verdens stadig hurtigere skiftende sosiale situasjoner blir imidlertid *de lege ferenda*-perspektiver stadig mer nødvendige og vanlige. Uten et bedre grunnlag enn det dogmatiske vil imidlertid slike *de lege ferenda*-løsningene mangle et vitenskapelig grunnlag. Også her blir derfor resultatet altfor ofte gitt på maktenes premisser. I de nye situasjoner hvor løsningene ikke lenger kan bli gitt på et dogmatisk grunnlag, blir jusen redusert til en uholdbar frirettslig vilkårlighet, som mangler forhold ikke bare til de kliniske saksforholds reelle hensyn, men derved også til de grunnleggende menneske-rettigheter, – til de juridiske prinsipper og standarder som fikk sine første uttrykk i pandektenes *Regulae Juris*, vil juristenes problemløsninger vil bare kunne finne rettsvitenskapelig gyldige uttrykk når de kliniske, erfaringsmessige sammenhenger blir en organisk del av juristenes grunnutdanning.

## 5 RETTSDOGMATIKKEN ER FORTSATT NYTTIG

Rettsdogmatikken blir selvsagt ikke overflødig i en klinisk rettsvitenskap. Den blir stillet inn i en mer omfattende sammenheng. Det som skjer er at den syvende rettskilde i Eckhoffs rettskildelære, de reelle hensyn, blir erkjent som likestillet med lov og grunnlov – og derved blir *lex superior* i forhold til de underordnede kilder, som lovgiveres motiver og departementale forskrifter. Mens de reelle hensyn i rettsdogmatikken altfor

ofte forsvant i de fundamentalistiske deduksjoner fra sekundære juridiske tekster, blir de i den kliniske rettsvitenskap primære.

Det som tross våre misforståtte dogmatiske bindinger til fortidens privilegier har gitt oss en begynnende rettsstat, er at dyktige jurister har trosset dogmatikken og latt den kliniske virkeligheten, sakenes natur, gå foran bokstavenes og dogmenes abstraksjoner. Et gammelt ordspråk sier at "Natura furca pella est, men den kommer dog igjen den heks": Vi kan fortrenge naturen en tid, men den kommer allikevel stadig tilbake. Selv om tekst-fundamentalismens paradigma forsøker å ignorere sakens natur og de reelle hensyn til side, kan den naturlige rett allikevel få det siste ord. Der hvor juris-*prudentia*, klokskap, forvaltes av fornuftige, virkelighetsorienterte mennesker, kan resultatet bli gode dommer og responsa på tross av begrensningene i deres foreldede dogmatiske paradigma.

## **6 RETTSVITENSKAPENS SITUASJON ER VANSKELIGERE ENN LEGEKUNSTENS – KANSKJE FORDI SYKDOM OGSÅ RAMMER DE MEKTIGE, MENS RETTSLØSHET BARE RAMMER DE SVAKE**

Medisinen unngikk en del av jusens begrensninger fordi både de fattige og de rike blir rammet av sykdommer. De mektige har få varige helsemessige fortrinn. De mektige blir derimot sjelden personlig involvert i rettsløshetens problemer. De juridiske problemer er fundamentalt forskjellige for rettighetshavere og for rettsløse. De som søker retts hjelp til å forsvare sine privilegier har i utgangspunktet råd til å sikre seg de beste advokater for de løsninger som favoriserer dem selv. De er lovgivernes og dommernes venner og altfor ofte også deres losjebrodre med edfestet plikt til å hjelpe dem.

De rettighetsbesittendes primære ønske er en beskyttende stat hvor de unngår konflikter med de ikke-besittende. Deres sekundære ønske er et rettssystem som sikrer dem seier når konflikter allikevel oppstår. For dem er det ideelle at de rettsløse forblir rettsløse, og – om de ikke aksepterer dette - at de defineres som straffverdige.

Heldigvis har humane og demokratiske politikere (sjeldnere jurister som sådanne) stadig på ny gjennom historien tatt opp kampen mot rettspositivismens foreldede paradigmas verste konsekvenser. Vi har fått lover som begrenser de etablerte rettigheter og gir de rettsløse forsvars-våpen. Denne utvikling tok fart etter den franske revolusjon. Ved humane politikeres hjelp er et stort antall humane, reelle hensyn filtrert inn i den akademiske jussen. Det er i første rekke skjedd gjennom humane konstitusjoner, positiv reformlovgivning og ved mellomfolkelige konvensjoner. Rent unntaksvis har det skjedd ved rettsskapende dommere. Altfor ofte har det skjedd på tross av den etablerte rettsvitenskap. Heldigvis har tilstrekkelig mange gode jurister fungert på tross av sine paradigmers og universiteters begrensninger, slik at vesentlige dimensjoner i de moderne rettsstater har kunnet bli virkeliggjort.

Det er tvilsomt om dette er tilstrekkelig til å sikre rettsstatenes fremtid. Nye, globaliserte trusler mot menneskers rettigheter er i ferd med å ødelegge fortidens historiske fremskritt. I den økonomiske frihets navn sørger mektige internasjonale konsern-grupperinger, frontet av WTO og Verdensbanken, for at stadig sterkere globale makter blir mer og mer ekstra-legale, ukontrollert av de stadig mer maktesløse rettsstaters menneskelige hensyn. Vi kan ikke lenger stole på at de nye generasjoner av politikere har en effektiv vilje til å trygge de ressursvakes rettigheter. Kan vi tross dette håpe at en ny og mer klinisk problemorientert rettsvitenskap skal kunne stanse de pågående angrep på rettsstatenes og de folkerettens verdier? Det raser idag ødeleggende juridiske epidemier mot

menneskerettigheter som er like farlige som de verdens-omspennende epidemier av HIV og malaria som legevitenskapen har muligheter for å stanse?

## **7 DET KLINISKE PARADIGMA HAR INSTITUSJONELLE KONSEKVENSER FOR DEN JURIDISKE PROFESJON**

En kort artikkel kan bare antyde alle de konsekvenser som et skifte til et klinisk paradigma vil kunne ha.

En av disse vil antagelig være at den kliniske praksis i en virkelighetens verden som er mer kompleks enn lovtekstenes enkle verden, vil betinge en oppdeling av den nå relativt enhetlige juridiske profesjon. Vi vil få juridiske spesialiseringer innenfor hver av de saklig meget forskjellige kliniske problemtyper.

Vi har sett en slik utvikling innenfor den kliniske medisin med en stadig sterkere profesjonell arbeidsdeling mellom terapeutiske underprofesjoner. Jordmorsyrket ble tidlig relativt selvstendig. Sykepleien er blitt en selvstendig terapeutisk profesjon, nå delvis overordnet leger. Indremedisineren er ikke lenger kirurg. Psykiatrien blir stadig mer delt opp i nye psykoterapeutiske profesjoner, osv.

Slik vil vi i Norge se nye former for praktisert jus. Forskjellige typer *paralegals* vil bli etablert.. Den tidligere enhetlige juristutdanning og advokatrolle vil måtte deles opp etter virkelighetens vidt forskjellige saklig-juridiske problemområder. Ingen jurist vil lenger kunne pretendere å ha adekvat kunnskap om de reelle hensyn innenfor alle livets områder. Slike pretensjoner er bare mulige så lenge jusen bygger på tekstbøkernes og de formelle lovers fugleperspektiv - uten reelle hensyn til menneskelivets mangfoldighet.

Vi vil antagelig snart få en selvstendiggjøring av de notariale funksjoner, som i andre land gir grunnlag for betydelige profesjoner. Det sterke engelske skille mellom skrankeadvokater og rådgivende advokater vil også måtte utvikle seg hos oss. De rådgivende advokater vil deles opp i selvstendige profesjoner for eksempel på de mange vidt forskjellige forretningsområder, på familielivets og andre samfunnsmessige områder. Uten spesialiserte juristprofesjoner for beskatning og pensjon og omsorg og andre områder for fordelingsrettferdighet, og uten spesialisert kontrollprofesjoner innenfor de forskjellige politi- og tilsynsområder, vil de lokale, nasjonale og internasjonale samfunn forbli underutviklede.

## **8 DET KLINISKE PARADIGMA VIL GJØRE JUSEN EMANCIPATORISK**

Jurister som løser juridiske problemer på et klarere saklig grunnlag, vil kunne gjøre jusen til en konstruktiv ressurs også i ikke-juristers livsverden. Når en sterkere bevissthet om hva som er rettferdig og rimelig, *bonum et aequum*, blir en del av almindannelsen, tilegnet gjennom normale skoler og andre media, vil enhver voksen borgere kunne løse sine egne normale juridiske problemer. Universitetsjuristenes monopol vil bli brutt. De nå svake grupper vil bli befridd og utstyrt med makt, *empowered*.

Enkle, elementære fremgangsmåter, *algoritmer*, vil kunne bli utviklet på alle sosiale områder og vil bli gjort tilgjengelige i enkle håndbøker, forskjellige fra de juridiske monografier av idag – utilgjengelige for ikke-jurister. Online jussformidling på internett vil bli det viktigste juridiske medium som vil kunne gjøre klar juridisk informasjon tilgjengelig for alle. Bare helt ekstra-ordinære forhold med saklig nye juridiske problemer vil nødvendiggjøre ytterligere profesjonell klinisk juridisk forskning og bistand.

I dag er den dogmatiske jusen på livets mange problemområder og problemlivnivåer så fjern fra borgernes erfaringer og forestillinger, at det ofte bare er de jurister som har utformet proposisjonene og har skrevet lovgivningens håndbøker som har gyldig oversikt over hvert av de brede tradisjonelt oppdelte juridiske områder. I praksis gjør dette advokatene uunnværlige. De oppnår en lukrativ monopolmakt over alle borgernes livs-faser og virksomheter.

Det rådende rettsdogmatiske paradigmas eneste svar på de stadig raskere teknologidrevne endringer av samfunnet, er en stadig raskere produksjon av nye dogmatiske tekster til avløsning av alle de lover og forskrifter som allerede er blitt ubrukelige etter tyve års vakkende praksis. Det verste er kanskje den skade denne ville utvikling gjør på juristenes uunnværlige *judicium*, den bruk av skjønn som også vår tillempling av det rettsdogmatiske paradigma hittil har gitt plass til. Stadig oftere er vi vitne til at dommere unnskylder gale dommer med den uhyrlige påstand at de ikke har anledning til å fortolke en lovtekst som er utformet i forhold til her irrelevante hensyn. Stadig oftere blir det godtatt at forvaltningsjurister rettferdiggjør umenneskelige vedtak med den juridiske vranglære at de er bundet av firkantede og virkelighetsfjerne lovtekster og at de derfor ikke har anledning til å anvende skjønn. Vi er her tilbake til Carl Schmitt og fascismens karikatur av en rettsvitenskap.

Vi jusprofessorer er stadig oftere vitne til at vi i stedet for å utdanne problemløsende jurister, produserer pompøse monstre, tjenerskap for de til enhver tid lovgivende makt-havere. Det er da på tide at vi søker tilbake til rettsvitenskapens grunnleggende prinsip-per. For å kunne gjøre dette trenger vi et bedre paradigma enn det rettsdogmatiske.