

*Jørgen Schack*

## Hvad siger loven?

### — om retsreglerne som kommunikative handlinger

#### Abstract

Law of contract is concerned with what may be called “the promising game” as it contains the rules which constitute the act of “making a promise”. Law of contract thus resembles the traditional speech act theory of Austin and Searle. According to speech act theory, to promise is to utter a conventional formula in appropriate circumstances: what makes an utterance a promise are certain conventional rules involving features of the context.

#### 1. Indledning

Retsregler er handlingsforskrifter der er gældende i bestemte samfundsmæssige sammenhænge. Hvis man vil beskrive retsreglerne ud fra en sproghandlingsteoretisk synsvinkel, virker det derfor umiddelbart oplagt at placere dem i klassen af direktive/handlingsregulerende sproghandlinger. Ser man nærmere på retsreglernes illokutionære potentiale, viser det sig imidlertid at de i mange henseender adskiller sig fra dagligsprogets handlingsregulerende sproghandlinger. Ved sidstnævnte forstås her den klasse af sproghandlinger, der efter Searle (1979) ofte benævnes **directives**, nemlig de sproghandlinger, hvormed afsenderen forsøger at gribe ind i modtagerens adfærd, typisk for at få vedkommende til at gøre noget.

Når der i det følgende tales om “loven”, menes der den skrevne lov, fx “Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område”. Der ses altså her bort fra øvrige retskilder såsom retspraksis, lovmotiver, forholdets natur m.v. Loven er en samling af retsregler. Ved retsregler forstås således de handlingsforskrifter, som er indeholdt i en given lov.

#### 2. Retsreglen som sproghandling

Der foreligger et stort og meget varieret udbud af forslag til hvordan sproghandlingerne skal klassificeres. Jeg har her valgt at koncentrere mig om tre klassifikationer, der har det tilfælles at de alle i nogen grad tager højde for de specielle vellykkethedsbetingelser som love og retsregler er underlagt. Det drejer sig om de klassifikationer man finder hos henholdsvis Austin (1962), Searle (1979) og Habermas (1977).

## 2.1 Austins klassifikation

Blandt de fem klasser af sproghandlinger Austin opererer med, er der to der kan komme i betragtning som mulige kandidater, når det gælder en typebestemmelse af sproghandlinger såsom love og retsregler, nemlig klasserne **verdictives** (“kendelser”) og **exercitives** (“udøvere”):

“A verdictive is a judicial act as distinct from legislative or executive acts, which are both exercitives. But some judicial acts, in the wider sense that they are done by judges instead of for example, juries, really are exercitive.”  
(Austin 1962, 153)

Når lovgivningshandlingerne (“legislative acts”) placeres i klassen af exercitives, hænger det givetvis sammen med førstnævntes principielt normative karakter. Exercitiverne er netop kendetegnet ved at de bruges for at gribe ind i eller ændre på en bestemt situation:

“It is a decision that something is to be so, as distinct from a judgement that it is so. (...). Its consequences may be that others are ‘compelled’ or ‘allowed’ to do certain acts.  
(Austin 1962, 155).

Blandt de illokutionære verber Austin anfører som eksempler på exercitives, er der en del der kan karakteriseres som beskrivelser af handlinger der optræder i retsregler, fx *permit*, *command*, *sanction*. Udover disse er der enkelte verber af en noget anderledes karakter, nemlig verber af typen *declare open/closed*, *announce*, m.fl. Denne forskel er reflekteret i Searles sondring mellem **directives** og **declarations** (se nedenfor).

## 2.2 Vellykkethedsbetingelserne

Love og retsregler er som nævnt underlagt nogle helt specielle vellykkethedsbetingelser, idet de jo kun kan gives af den bestemte institution der udgør “den lovgivende magt”, i vores tilfælde dronningen og folketinget i forening. Austin tager i en af sine vellykkethedsbetingelser, (A.2), højde for at der til visse sproghandlinger er knyttet nogle ikke-sprogspecifikke kontekstuelle betingelser:

“the particular persons and circumstances in a given case must be appropriate for the invocation of the particular procedure invoked.”  
(Austin 1962, 15)

Når vi forsynder os mod vellykkethedsbetingelserne, får det forskellige konsekvenser alt efter hvilke(n) af betingelserne der er i spil. Hvis vi ikke opfylder den ovennævnte betingelse, er vores sproghandling med Austins ord en “misfire”; den intenderede handling bliver simpelthen ikke udført, fordi vi ikke har den position eller formelle kompetence (fx

tilknytning til en bestemt institution) som handlingens vellykkethed afhænger af.

### 2.3 Institutionelt bundne sproghandlinger

Searle og Habermas går et skridt videre end Austin, idet de placerer de sproghandlinger, hvis vellykkethed er betinget af de specielle omstændigheder som Austin beskriver i (A.2), i en klasse for sig. Det drejer sig om en række sproghandlinger der er behæftet med en “institutionel binding”. Mens der for de “almindelige”, institutionelt ubundne sproghandlinger kun kan angives almene kontekstbetingelser, som normalt skal være opfyldt for at handlingen kan lykkes, forudsætter de institutionelt bundne sproghandlinger samfundsmæssige institutioner for at kunne realiseres.

### 2.4 Searles declarations

Searle kalder de institutionelt bundne sproghandlinger for **declarations** (“erklæringer”), fordi de i deres rene form har en semantisk dybdestruktur der består af den performative sætning: “Jeg/vi erklærer (hermed)” + en propositionel indholdssætning: “at p er tilfældet”. Declarations adskiller sig fra de øvrige sproghandlingstyper derved at de har en dobbelt “direction of fit”; når man (vellykket) udfører en declaration, er relationen mellem ord og verden på én og samme tid “ord til verden” og “verden til ord”. Det skyldes at en declaration i og med at den udføres vellykket *tilvebringer* en direction of fit. Med en declaration udsiger man noget om virkeligheden, og dermed *er* det virkelighed. Hvis dommeren ved afslutningen af en retssag udtaler ordene: “Retten finder herefter tiltalte skyldig i overensstemmelse med anklageskriftet”, så er den tiltalte i juridisk forstand skyldig, hvad enten han har begået forbrydelsen eller ej. Dette er kun muligt i kraft af de specielle kontekstuelle betingelser som er knyttet til udførelsen af en declaration:

“The mastery of those rules which constitutes linguistic competence by the speaker and hearer is not in general sufficient for the performance of a declaration. In addition, there must exist an extra-linguistic institution and the speaker and hearer must occupy special places within this institution.”  
(Searle 1979, 14).

### 2.5 De pragmatiske universalier

Habermas har i sin teori om “universalpragmatikken” eller den “kommunikative kompetens” ladet sig inspirere af Austin og Searle, men tilføjer en ekstra dimension, idet han udover at betragte sproget som et

kommunikationsmiddel tilmed betoner dets funktion som alment refleksionsmedium. Kommunikation — i betydningen forståelse om genstande: sagsforhold, begivenheder, tilstande m.v. — kan ifølge Habermas kun komme i stand på betingelse af en samtidig metakommunikation, nemlig en forståelse på intersubjektivitetsplanet om kommunikationens bestemte pragmatiske betydning; det er det forhold Habermas omtaler som talens dobbeltstruktur. Denne ekstra, refleksive dimension i Habermas' teori er vigtig for forståelsen af hans klassifikationskriterier, som jeg kort beskriver nedenfor.

Habermas har valgt at placere de **institutionelle sproghandlinger** udenfor den egentlige klassifikation, fordi de i modsætning til de øvrige sproghandlingstyper ikke hører til de **pragmatiske universalier**; der er tale om handlinger der kun i snæver forstand tjener som verbale handlinger. Ved hjælp af de pragmatiske universalier frembringer vi ifølge Habermas betingelserne for (a) selve kommunikationen, og (b) talesituationen, nemlig intersubjektivitetsplanet: talens funktion som alment refleksionsmedium (jf. ovenfor om "talens dobbeltstruktur"). De institutionelle sproghandlinger fungerer ikke som dialogkonstituerende universalier, fordi de allerede *forudsætter* institutioner, mens de pragmatiske universalier *frembringer* talesituationers almene strukturer (jf. nedenfor om "talens gyldighedsbasis").

## 2.6 Den institutionelle manifestation: lovgivningshandlingen

Den idealtypiske declaration har som nævnt en semantisk dybdestruktur, der kan udtrykkes: "Jeg/vi erklærer (hermed) + at p er tilfældet". Propositionen "p" er en realitet i og med at den declaration som den optræder i er udført vellykket.

Enhver dansk lov indledes med en erklæring der har netop denne semantiske struktur, nemlig den erklæring hvormed Dronningen stadfæster lovforslaget, den såkaldte promulgationsformular:

"Vi Margrethe den Anden, af Guds Nåde Danmarks Dronning, Gør vitterligt: Folketinget har vedtaget og Vi ved Vort samtykke stadfæstet følgende lov".

Promulgationsformularen er et eksempel på den prototypiske institutionelle sproghandling. Den repræsenterer det der kan kaldes for selve "lovgivningshandlingen", og det er i kraft af denne institutionelle manifestation at lovens indhold, samlingen af retsregler, opnår sin direktive status, dvs. bliver "ophøjet" til lov. Hvis vi betragter en lovtekst som én sproghandling, repræsenterer dronningens promulgation det der modsvarer sproghandlingens performative del, mens selve lovens indhold modsvarer den deraf afhængige propositionelle indholdssætning.

### 3. Searles regelbegreb

Sammenligner man Aftalelovens regler med reglerne i fx Færdselsloven, er det tydeligt at der her er tale om to forskellige regeltyper. Forskellen viser sig når man ser på den måde, hvorpå de to regeltyper forholder sig til de aktiviteter de regulerer.

Searle skelner mellem to slags regler: **regulative** og **konstitutive** regler. Den førstnævnte type regulerer aktiviteter der eksisterer forud for og logisk uafhængigt af reglerne. Trafik eller færdsel er et eksempel på en aktivitet der ikke er afhængig af et bagvedliggende regelsæt. Fx kan man udmærket parkere bilen, overhale, osv. uden at kende og overholde de regler der foreskriver hvordan disse aktiviteter skal udføres. De regulative regler har ifølge Searle form af eller kan parafraseres som imperativer: "Hvis X, så gør Y".

De konstitutive regler, derimod, er regler som ikke blot regulerer, men tilmed skaber eller definerer nye aktivitetsformer. Som eksempler på aktiviteter der konstitueres af et bagvedliggende regelsæt nævner Searle bl.a. fodbold og skak. Institutionen "skak" konstitueres ved at man handler i overensstemmelse med skakreglerne; spillet har ingen eksistens udenfor disse regler. De konstitutive regler kan have samme (imperative) form som de regulative regler, men kan også have formen: "X tæller som Y i konteksten K". Reglen definerer således en given handling, idet den fortæller hvad handlingen skal tælle/gælde som i en given kontekst.

#### 3.1 Den private aftalekompetence

Færdselslovens regler, der som nævnt kan karakteriseres som regulative, hører til den type normer der foreskriver en nærmere defineret adfærd som pligt. I den juridiske terminologi kaldes denne regeltype for **forholdsnormer**, idet den foreskriver hvordan personer skal forholde sig i bestemte situationer.

Aftalelovens regler, derimod, er konstitutive på samme måde som reglerne for fodbold og skak. Den aktivitet der lægges for dagen når man indgår retligt bindende aftaler, er konstitueret ved at man handler i overensstemmelse med de regler som er gældende for dette område. Eksistensen af et sådant regelsæt er mulighedsbetingelsen for de retligt bindende aftaler. Private borgeres adgang til at udløse retsvirkninger ved hjælp af sproglige tilkendegivelser, såkaldte **viljeserklæringer** eller **dispositive udsagn**, er et udslag af en **kompetencenorm**. Den private disposition (det dispositive udsagn) kan defineres som den private viljeserklæring der som regel, med mindre særlige ugyldighedsgrunde foreligger, med-

fører retsvirkninger i overensstemmelse med sit indhold. Når den private disposition således kan stifte ret, skyldes det den lovfæstede private aftalekompetence, dvs. den frie adgang til at indgå aftaler af ethvert indhold som ikke strider mod lov og ærbarhed.

### 3.2 Talens gyldighedsbasis

Det specielle ved Aftalelovens regler er således at de ikke blot regulerer de retligt bindende aftaler, de er samtidig — i og med at de konstituerer aftaleinstitutionen — forudsætningen for at sådanne aftaler i det hele taget kan indgås. Det betyder selvfølgelig ikke at man ikke har givet løfter og indgået aftaler før det i 1683 i Danske Lov 5-1-1 for første gang officielt fastslås at: “Een hver er pligtig at efterkomme hvis han med Mund, Haand og Segl, lovet og indgaaet haver.” Reglen fra 1683 og den grundlæggende regel i den nugældende lov om aftaler, der bestemmer at “Tilbud og svar på tilbud er bindende for afgiveren”, er historisk/ideologisk betingede varianter af en norm, der er lige så gammel som sproget selv, nemlig “vederhæftighedskravet”. Vederhæftighedskravet hører til de almene betingelser der konstituerer selve kommunikationsfællesskabet. Habermas har som led i sit universalpragmatiske projekt forsøgt at rekonstruere disse betingelser, som han kalder for “talens gyldighedsbasis”:

1. Taleren må vælge et *forståeligt udtryk*, for at taler og hører kan *forstå hinanden*.
2. Taleren må have til hensigt at ytre et *sandt* propositionelt indhold, således at høreren kan *dele* talerens *viden*.
3. Taleren må ytre sine intentioner *vederhæftigt*, således at høreren kan *tro* på talerens ytringer.
4. Taleren må endelig vælge en ytring, som er *rigtig* ud fra bestående normer og værdier, så høreren kan acceptere ytringen, og således at både taler og hører kan komme til forståelse med hinanden i forhold til en fælles anerkendt normativ baggrund.

(Habermas 1981, 128)

Gyldighedskravene er ifølge Habermas de (og netop de) universelle krav som enhver kommunikativt handlende må stille (og forudsætte indfriet) i udførelsen af en hvilken som helst sproghandling, for så vidt han overhovedet vil deltage i en forståelsesproces. Vederhæftighedskravet er således en af de normer vi altid allerede må forudsætte indfriet, når vi bruger sproget normativt. Almene etiske regler såsom “løfter bør holdes” og “aftaler bør holdes” kan således, for så vidt vi anerkender Habermas’

rekonstruktive projekt, forklares som derivater af et alment og uomgængeligt gyldighedskrav for kommunikativ handlen. Forholdet mellem den overordnede norm og de aktiviteter som er emnet for Aftalelovens regler, kan illustreres på følgende måde:

Hierarkiets trinlavere niveauer konstitueres af de trindhøjere niveauer: Aftalelovens aftaler og andre formueretlige retshandler forudsætter den privatretlige aftalekompetence, der så igen forudsætter de trindhøjere, almene normer. Aftalelovens regler indgår således i et system af konstitutive regler der har udgangspunkt i en af de regler som konstituerer kommunikationsfællesskabet.

### **3.3 Konstitutive reglers direktive mening**

De konstitutive regler kan som nævnt have samme form som de regulative regler, men kan desuden have formen: “X tæller som Y i konteksten K”. En del af Aftalelovens regler har denne sidstnævnte, definerende form, fx:

“Kommer antagende svar for sent frem, anses det som nyt tilbud.”  
(Aftaleloven, § 4)

Blandt reglerne i Aftaleloven er der imidlertid en mængde der har form af regulative regler, dog er disse ikke formuleret som imperativer — modaliteten er i stedet udtrykt ved hjælp af en leksikalsk markør:

“Tilbud, som fremsættes mundtlig uden at give frist for antagelse, må antages straks.”

(Aftaleloven, § 3)

Reglens direktive indhold giver kun mening hvis den læses i forlængelse af den overordnede regel i gældende dansk ret der tillægger private dispositioner gyldighed og retligt bindende kraft. Dette kan anskueliggøres hvis man sammenligner med en “ægte” regulativ regel, fx:

“Standsning eller parkering må kun ske i højre side af vejen i færdselsretningen.

På mindre befærdet vej og vej med ensrettet færdsel kan standsning eller parkering dog ske i venstre side.”

(Færdselsloven, § 28, stk. 2)

Reglen fra Færdselsloven udtrykker et påbud som, hvis det overtrædes, udløser en straf. Reglen i Aftalelovens § 3 udtrykker derimod ikke et påbud eller en pligt, selv om den indeholder et deontisk udtryk, *må*, der normalt udtrykker pligt. Hvis en person undlader at efterleve denne regel, risikerer han ikke dom til straf. Der udløses derimod en ganske anderledes retsvirkning, nemlig at den pågældende person mister retten til at forpligte tilbudsgiveren ved hjælp af det direktiv (påbud) som en rettidig accept af tilbuddet udgør.

Trods den sproglige udformning er reglen i Aftalelovens § 3 altså at regne for en konstitutiv regel eller kompetencenorm. Kompetencenormen er også et direktiv, men i en anden forstand end forholdsnormen, idet kompetencenormen ikke udtrykker pligt, men foreskriver et adfærdsmønster som må følges som betingelse for at frembringe et gyldigt direktiv, i dette tilfælde en gyldig accept.

#### 4. Afslutning

Den traditionelle sproghandlingsteoris analyse af de betingelser vore ytringer må opfylde for at tælle som vellykkede sproghandlinger, svarer næsten punkt for punkt til reglerne for indgåelse af gyldige aftaler, sådan som disse er beskrevet i Aftaleloven.

Ifølge Austins vellykkethedsbetingelser, hvoraf en enkelt er citeret ovenfor, består handlingen “at love” i at ytre en konventionel formular (dvs. en sekvens der konventionelt kan identificeres som et “løfte”) i en passende kontekst. For at tælle som et vellykket løfte skal ytringen dog opfylde yderligere to betingelser, der begge refererer til talerens **intention**: (1) ytringen skal være “seriøs”, dvs. taleren skal mene det han siger, og (2) ytringen må ikke være udført “uintentionelt” — “done under duress, or by accident, or owing to this or that variety of mistake, say, or otherwise unintentionally.” (Austin 1962, 21).

Reglerne i Aftalelovens kapitel 1: “Om afslutning af aftaler” beskriver (jf. afsnit 3.1-3.3) de kontekstuelle betingelser som skal være opfyldt for



at der kan komme en gyldig, retligt bindende aftale i stand. Aftaleloven rummer imidlertid også regler der svarer til Austins "intentionelle betingelser". Reglerne i lovens kapitel 3: "Om ugyldige viljeserklæringer" stemmer godt overens med de betingelser der er opregnet under (2) ovenfor: En aftale, der opfylder de almindelige betingelser for indgåelsen, kan under særlige omstændigheder blive ugyldig. En aftale er fx almindeligvis ugyldig hvis en af parterne har anvendt ulovlig tvang for at fremkalde den. En aftale kan endvidere blive kendt ugyldig hvis den ved en fejtagelse har fået et andet indhold end én af parterne havde tænkt sig, når den anden part indså eller burde indse at der forelå en fejltagelse.

Aftalelovens regler kan således med ovenstående in mente karakteriseres som aftalerettens pendant til Austins vellykkethedsbetingelser, nemlig som "vellykkethedsbetingelser for gyldige (formueretlige) aftaler".

## 5. Litteratur

- Austin, John L. (1962): *How to do things with words*. Oxford: Oxford University Press 1962.
- Eyben, W.E. v./Vinding Kruse, A. (1987): *Indledning til formueretten: Borgerlig ret. Bind 1, 26. omarbejdede udgave*. København: GEC Gads Forlag 1987.
- Fink, Hans (1980): *Om institutioner som forudsætning for sprog, i: Harder, Peter/Poulsen, Arne (eds.): Hvad går vi ud fra?: Om forudsætninger i sprog og handling*. København: Gyldendal 1980.
- Færdselslov. København: Schultz 1987.
- Habermas, Jürgen (1977): *Forberedende bemærkninger til en teori om den kommunikative kompetens*. Dansk oversættelse ved Peter Widell et al. Småtryk, Institut For Nordisk Filologi, Københavns Universitet 1977.
- Habermas, Jürgen (1981): *Hvad er universalpragmatik?, i: Teorier om samfund og sprog*. København: Gyldendal 1981.
- Lov om aftaler og andre retshandler på formuerettens område. København: Schultz 1986.
- Ross, Alf (1968): *Directives and Norms*. London/New York: Routledge & Kegan Paul Humanities Press 1968.
- Ross, Alf (1966): *Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København: Nyt Nordisk Forlag, 2. oplag 1966.
- Searle, John R. (1979): *A Taxonomy of illocutionary acts, i: Expression and meaning: Studies in the theory of speech acts*. Cambridge: University Press 1979.
- Searle, John R. (1969): *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Cambridge: University Press 1969.
- Searle, John R. (1965): *What is a speech act?, i: Max Black (ed.): Philosophy in America*. Allen & Unwin 1965.

