

Efterskrift

Kodifikationsutopiers og andre utopiers rolle inden for retstænkningen

Jørgen Dalberg-Larsen

1.

At opstille nye utopier og at tage gamle utopier op til fornyet diskussion er ikke noget, der har stået i forgrunden i den senere tids retsteoretiske diskussion specielt ikke inden for marxistisk retsteori. Der kan da også anføres gode grunde til en sådan tilbageholdenhed. For det første har Marx selv hævdet, at opstilling af utopier for samfundets indretning hører et tilbagelagt ikke-videnskabeligt udviklingstrin til og derfor må ligge uden for fremtidens arbejdsopgaver. For det andet ligger en væsentlig del af den virksomhed, som Marx har udfoldet, inden for retsteorien på det ideologikritiske felt. Marx har i sine ungdomsskrifter gang på gang påpeget, hvordan smukke idealer om frihed og lighed har kunnet bruges ideologisk til at cementere bestående ufriheder og uligheder, og har herigennem indført en sund skepsis over for at diskutere sådanne idealer alene ud fra deres direkte indhold. Men idéer kan ikke alene bruges til at skjule undertrykkelse eller til at legitimere status quo, de kan også tjene som inspiration til at gøre op med aktuelle misforhold, de kan med Varga's ord have en inspirerende funktion og det uanset, om de fuldtud kan realiseres eller ej. At diskutere forskellige utopier kan herudover tjene til at rette opmærksomheden mod problemfelter, som ellers ville forblive uerkendte og uoplyste, og kan således bidrage til at forsyne teorien med dimensioner, som er praktisk vigtige, omend teoretisk vanskeligt håndterlige.

I det følgende vil jeg forsøge at sætte de kodifikationsidealere, som Varga har opstillet, op mod nogle andre idealere eller utopier inden for retstænkningen. Jeg vil herunder forsøge ganske kort at skitsere den faktiske baggrund for formuleringen af disse idealere, den tilslørende såvel som den afdækkende, klargørende og inspirerende funktion, som sådanne idealere har haft og kan have, og endelig vil jeg forsøge at sige noget om den brug, der kan gøres af disse idealere i de konkrete historiske situationer, hvor de skal anvendes.

2.

Når man betragter de talrige kodifikationsprojekter¹, som i tidens løb er opstillet og evt. ført ud i livet, så er det åbenbart, at det i de fleste tilfælde ikke har været hensigten at realisere de utopier, som Varga omtaler. Hovedmålene har snarere været enten at bruge lovgivningen som et middel til at frembringe og fastholde national enhed eller at sikre og udbygge et styres kontrol over samfundets borgere. Ofte er disse to formål kombineret. Kodifikationer med disse formål kendes fra de allerfleste europæiske lande, fra det gamle Rom og indtil de allerseneste år. I Danmark er Danske Lov et typisk eksempel på en kodifikation med det sigte at sikre den enevældige konges greb om styret. I Tyskland har man op igennem tiderne oftest diskuteret kodifikationer i forbindelse med deres egnethed til at skabe og fastholde en national enhed i et land opsplittet i utallige enkeltstater.

Kodifikations rolle som middel til at sikre den enkelte borgers rettigheder og til at bryde den tekniske, juridiske administration af retten fremtræder klare og med størst gennemslagskraft i forbindelse med formuleringen af de borgerlige revolutioners idégrundlag. Det er den borgerlige retsstat, der til sin realisering kræver en klar og enkel lovgivning, der sætter den enkelte borger i stand til at sætte sig ind i sine rettigheder og pligter. Dels sikrer dette mod vilkårlige indgreb fra statsmagten, og dels sætter det den enkelte i stand til at forudberegne konsekvenserne af sin adfærd i forskellige situationer uden først at skulle spørge jurister til råds i hvert enkelt tilfælde². At samle hele den gældende lovgivning i én bog, som man let og uden forkundskaber kan finde rundt i, må naturligt stå som et ideal ud fra denne tankegang. Men dette klarhedsideal er dog også formuleret i tidligere perioder, således i fortalen til Jyske Lov fra 1241³.

1) Begrebet kodifikation er langt fra entydigt. I Danmark anvendes det således ofte om en lovgivning, der på et bestemt afgrænset område søger at sammenfatte gældende ret. I andre lande reserveres betegnelsen for mere omfattende, systematiske lovprojekter. Sådanne store projekter har vi ikke set mange af i Norden i de sidste mange år. Der er dog grund til at nævne F. Vinding Kruses, En Nordisk Lovbog, Udkast til en fælles borgerlig lovbog for Norden, der udkom i 2. udkast København 1962. Det er dog lige så lidt som Benthams store énmandsprojekter ført ud i livet. Diskussionen om kodifikationer har herhjemme oftest kredset om mere retstekniske fordele og ulemper, d.v.s. den har anskuet problemerne fra de praktisk arbejdende juristers synsvinkel.

2) Specielt grundloven af 1849 og retsplejeloven fra 1919 er baseret på sådanne retsstatsprincipper.

3) Om danske kodifikationer, se f.eks. Stig Juul, Lov og Ret i Danmark, 2. udg. Kbh. 1969.

Når vi vender os fra selve målsætningerne og ser på deres realisering i den efterfølgende praksis, så viser det sig, som Varga præcist beskriver, hvorledes man overalt efter en vis periode må opgive de smukke idéer. Loven er alligevel ikke så klar, som man har troet, nye tvivlstilfælde dukker bestandigt op, og snart bliver det nødvendigt at inddrage jurister i anvendelsen og videreudviklingen af den ret, som skulle være folkets egen.

Er det nu i lyset af disse historiens erfaringer berettiget at konkludere, at kodifikationsutopierne bør droppes som alene henhørende til utopia, landet som intetsteds er at finde? Svaret er efter min mening et afgjort 'nej', dog med to vigtige forbehold. For det første må man gøre sig klart, at opstillingen og arbejdet med realiseringen af sådanne tanker bevidst eller ubevidst kan tjene helt andre interesser end dem, som der direkte gives udtryk for. Disse andre funktioner kan enten være ideologisk legitimerende eller nok så håndfaste faktisk styrende og kontrollerende. Når man husker tidligere tiders brug af kodifikationer i enevoldsmagtens tjeneste, så forekommer det oplagt at undersøge, hvorvidt de nye kodifikationsprojekter ikke i sidste instans kommer til at tjene det samme formål. Dette formål kan imidlertid ofte ikke åbent vedstås, efter at de borgerlige revolutioners idéer er blevet almindeligt accepteret, og derfor må man anvende nye typer af argumenter. Og her kommer idéerne om lovgivning som et vigtigt middel til at sikre frihed og lighed i billedet. Men at være opmærksom på denne fare er ikke det samme som at hævde, at enhver idé om at bruge lovgivning – i dette tilfælde kodifikationer – som middel til at sikre borgerens position alene kan bruges med slørende funktioner.

For det andet er sådanne utopier i bedste fald ubrugelige og i værste fald direkte skadelige, hvis de ikke baseres i videst muligt omfang på al den viden, man på det pågældende tidspunkt sidder inde med, om samfundets indretning, om årsagerne hertil og om rettens mulige rolle i en større eller mindre samfundsforandring. Dette sidste punkt må i det mindste føre til, at de hidtil opstillede eller implicerede utopier om kodifikations betydning som ene middel til at afskaffe den tekniske jura og indføre en ny demokratisk retsorden må revideres ganske væsentligt. Man kan ikke længere hævde, at udarbejdelsen af en kodifikation kan sikre eller blot muliggøre gennemførelsen af formelle eller indholdsmæssige målsætninger uden hensyn til hele den samlede økonomiske, sociale og politiske situation i det pågældende samfund. Man kan heller ikke hævde, at man, når en kodifikation én gang er udarbejdet, kan hvile på laurbærrene og overlade fremtidens retsproblemer til de lægfolk, der skal administrere reglerne. Man kan derfor ikke undgå at måtte opstille krav om en fortsat kritisk granskning af reglernes anvendelse og af behovet for ændringer i de eksisterende regler i en tidssvarende utopi, der vil undgå risikoen for at få en rent ideologisk funktion⁴. Derfor mener jeg, at de utopier, som i dag kan være aktuelle, må integrere

kodifikationsutopierne med andre, der tager højde for disse forhold.

Inden for den vestlige marxistiske retsteori kan kodifikationsdiskussionen, så vidt jeg kan se, have en helt særlig funktion. Den kan nemlig åbne for diskussionen om, hvad man skal stille op med magten, når, eller hvis, det engang i fremtiden bliver aktuelt. Man kender i dag mange forskellige modeller for socialistiske samfund, og man har mange konkrete eksempler på socialistiske stater, der bl.a. ved hjælp af kodifikationer har søgt at berede vejen for indførelsen af virkelig socialisme. Studiet af de forskellige årsager til indførelsen af kodifikationer i de socialistiske stater og af, hvad der videre skete, kan åbne for en sådan diskussion. Man kan herigennem afdække nye former for ideologisk anvendelse af retten, man kan påvise fejlslagne projekter, der evt. med en klarere erkendelse af de faktorer, der virker sammen med retten, kunne være lykkedes. Og sidst, men ikke mindst, man kan indføre nye utopier, der i kraft af deres basis i en mere realistisk samfunds- og retsopfattelse kan virke inspirerende ind på den retsteoretiske diskussion og i sidste instans virke inspirerende ind på praksis. Al videnskab bygger på visse grundholdninger, der igen har relation til bestemte utopier. Men disse grundholdninger har igen relationer til visse antagelser om faktiske forhold. Studiet af kodifikationer har således en betydning både for præciseringen af, hvorledes retten faktisk fungerer og for opstillingen af nye utopier eller for justeringen af gamle.

3.

Hvis man skal forsøge at anvise nogle andre retlige utopier, der kan konkurrere med den ovennævnte og evt. bruges som byggesten i en mere integreret retsutopi, er mulighederne talrige, og jeg vælger her uden nærmere bagtanker tre, som alle har optrådt både i borgerlige og i socialistiske varianter:

a. Den sociologiske retsutopi⁵

Denne utopi er formuleret bl.a. af Bentham og Jhering og i Sovjetunionen nyformuleret af bl.a. Stucka og Gojchbarg. Her ses retten som et instrument, der kan bruges til at sikre realiseringen af de sociale målsætninger eller behov, som aktuelt eksisterer i samfundet. At Bentham

4) Se iøvrigt W.A. Tumanov, Kritik der bürgerlichen Rechtsideologie, DDR 1975, s. 74-75, hvor det noteres, at i slutningen af det 19. århundrede, hvor de store borgerlige kodifikationer berømmes, og nye kommer til, da er behovet for en hurtig ændring af retten allerede erkendt og på vej til at blive tilgodeset i praksis.

5) Se Jørgen Dalberg-Larsen, Retsvidenskab som samfundsvidenskab, Kbh. 1977, vedr. denne form for retstænkning.

formulerer denne retsutopi ved siden af kodifikationsutopien, viser blot, hvorledes forskellige utopier hver for sig kan beskæftige sig med visse sider af rettens funktioner uden at stride mod andre utopier. Hvis vi ser bort fra Bentham, så har de øvrige i modsætning til kodifikationsutopierne den grundopfattelse, at samfundet hele tiden er under forandring, og at man derfor ikke éngang for alle kan udforme en ret, som så efterfølgende kan bruges til at løse de problemer, som hele tiden opstår. Denne tanke udformes karakteristisk nok i perioder, hvor samfundet faktisk undergår forandringer, og hvor disse forandringer optager sindene mere, end det ellers er tilfældet. Det virker uden tvivl provokerende på mange at se disse retsopfattelser som indeholdende positive inspirerende elementer, og dette gælder nok specielt for den vestlige marxistiske retsteori. Her identificeres sådanne opfattelser vel oftest med sådanne, der slår til lyd for en stærk statsmagts ukontrollerede ret til indgriben i alle samfundets anliggender og derfor som resulterende i en manglende retssikkerhed for den enkelte kombineret med en legitimation af statens voksende beføjelser. D.v.s. at man her har hæftet sig endnu mere ved de mulige legitimerende og undertrykkende funktioner af en sådan tankegang end i det forrige tilfælde.

Hvis man holder fast ved, at utopier og ideologier ikke nødvendigvis adskiller sig ved indhold, men derimod ved deres funktioner, så er der dog her lige så vel som ovenfor grund til at hæfte sig ved den faktiske baggrund for også denne opfattelse og for de positive funktioner heraf. Opfattelsen er foranlediget af en ændring i samfundet og en samlet udvikling i retning af at dementere visse grundtræk i kodifikationstilhængernes synspunkter. Det er i slutningen af det forrige århundrede, hvor både Marx og Jhering virkede, åbenbart for mange, at man ikke blot ved udstedelse af love, der formelt sikrede alles frihed og lighed, faktisk opnåede reel lighed og frihed, men oftest snarere cementerede og uddybede bestående skel. Hvis man overhovedet stadig mente, at retten kunne bruges til at fjerne sådanne skel, så måtte det åbenbart ske gennem en proces, hvor lovgivningen bestandig blev justeret og omfortolket, så at den faktisk tjente disse formål.

Først langt senere blev det åbenbart, at en sådan retsopfattelse kunne bruges rent ideologisk til at sikre statsmagts ret til intervention, uden at man samtidigt løste ulighedsproblemer. Tværtimod kunne de positive sider i den formelle retsstatstanke tilsidesættes. Jeg skal ikke her komme nærmere ind på de forskellige funktioner, som denne retsopfattelse faktisk har haft i de vestlige lande eller i forskellige socialistiske lande. Billedet er meget broget, og det vil formentligt afhænge af konkrete forhold, hvordan den endelige vurdering falder ud. I de senere år har denne tankegang til en vis grad været identificeret med tyskeren Niklas Luhmanns teknokratiske styringsteori; men den finder lige så vel udtryk i de idéer om behovet for et progressivt retspolitisk reformarbejde, som er formuleret i en lang række lande i de senere år⁶.

b. Den kritiske offentligheds utopi

Hvor de to hidtil nævnte utopier i særlig grad retter synsfeltet mod rettens rolle i et samfund, hvor magten over statsapparatet udøves i hele samfundets interesse, dér retter denne og den følgende utopi snarere blikket mod de farer, som retsordenen konstant frembyder for minoriteterne, for dem, der ikke besidder monopol på ret og retsanvendelse. Den utopi, som der her er tale om, kan ses i lige høj grad som et korrektiv og supplement til kodifikationsutopien og til den sociologiske retsutopi. Den bygger på en erfaring for, at al magt kan misbruges, at enhver smuk idé kan bruges til at tilsløre virkeligheden. Når dette er indset, opstår tanken om behovet for en uafhængig instans, f.eks. en kritisk videnskab, der konstant overvåger al magtudøvelse og alle officielle proklamationer for at undersøge, om magtudøvelsen er legitim, og om proklamationerne føres ud i livet eller ej. Marx har selv i sin ungdom anvist mål og metode for en sådan kritisk granskning af retlig ideologi (utopi) og retlig praksis, og hans arbejde er senere bl.a. taget op af frankfurterskolen, senest repræsenteret bl.a. ved Jürgen Habermas⁷. Men også denne utopi kan bruges ideologisk. Den kan bl.a. bruges på den måde, at man sikrer en ytringsfrihed, samtidigt med at man hindrer, at det der ytres når ud eller bliver diskuteret. Den er som utopi naturligvis også skæv i forhold til virkeligheden, hvis man heri indbygger idéen om, at alle problemer kan løses objektivt rigtigt gennem en åben, offentlig debat. Herved kan den bidrage til at skjule interesse modsætninger af mere fundamental karakter.

At denne utopi også må indgå i debatten om, hvorledes man skal forholde sig, når »de gode« er kommet til magten, er åbenbart.

c. Utopien om rettens bortvisnen.

Dette er Marx' egen utopi, som er formuleret uden større sammenhæng med hans øvrige videnskabelige samfundsteori⁸. Marx' egen mening hermed skal jeg ikke komme nærmere ind på. Den er ofte senere gentaget i marxistisk retstænkning, bl.a. hos Pashukanis og Oscar Negt. Den findes i øvrigt også formuleret talrige andre steder, bl.a. inden for anarkistiske og populistiske retninger. Dens nærmere implikationer er ofte vanskelige at få klarhed over. Dette skyldes dels uklarhed angående definitionen af den ret, som skal bort, dels manglende præcision af, hvad der skal sættes i stedet, og endelig af, hvornår retten skal forsvinde. Rettens forsvinden betyder givetvis, at et middel til ideologisk tilsløring og faktisk undertrykkelse afskaffes. Men samtidigt forsvinder et styringsmiddel og et middel til samfundets organisation på den ene eller

6) Se f.eks. Kritisk Juss, red. af Bratholm og Sundby, Oslo 1976.

7) Se Habermas, Erkenntnis und Interesse, Frankfurt/M., 1968.

8) Se Dalberg-Larsen (note 5) kap. 15.

anden måde. Endvidere opstår problemet om de uformelle sociale normers karakter i et samfund uden ret. Disse kan antage flere eller færre retlige karaktertræk. De kan f.eks. tænkes anvendt af bestemte personer. Bør dette hindres? Alle disse åbne spørgsmål viser, at denne utopi åbenbart trænger til en nærmere præcisering gennem en utopisk diskussion, der sætter dens budskab i relation til de førnævnte utopiers.

At den kan have en umiddelbar betydning i konkrete situationers kamp mod overflødig eller undertrykkende ret, er åbenbar. At den også, både hvis den anvendes som et aktuelt program eller som endemålet, kan antage ideologiske funktioner, er lige så klart. Idéens udbredelse kan åbenbart rent konkret bruges til at legitimere andre undertrykkelsesmetoder derved, at man alene retter blikket mod rettens negative sider. Idéen kan også, hvis den stilles op som et sidste mål, bruges til at legitimere en aktuel styrkelse af retten på kort sigt.

4.

Enhver generel teori om rettens sociale funktioner må i sidste instans implicere en teori om samfundets karakter. På samme måde med de retlige utopier. De må også relateres til mere generelle utopier⁹. Ved at diskutere retlige utopier på det bedst mulige faktiske grundlag supplerer man således mere generelt diskussionen af, hvilke generelle utopier der er realistiske eller ønskværdige. Diskussionen af retlige utopier retter blikket mod såvel nye beslutnings- og organisationsformer som mod fremtidige kontrolmekanismer. Og de fire utopier, som her er omtalt, har hver deres bud på, hvordan visse problemer skal løses. Men det er åbenbart, at de hver for sig er rettet kritisk mod visse bestemte misforhold i de bestående samfund, og at en gennemførelse af en enkelt ikke løser de problemer, som de øvrige utopier tager som deres udgangspunkt. Således er behovet for at kunne udskifte eksisterende normer med nye, når behovet opstår, ikke det samme som behovet for en sikring mod overgreb fra samfundets magthavere. Og behovet for, at den enkelte skal kunne overskue sin egen situation, er ikke det samme som behovet for at sikre en åben debat om offentlige anliggender. Hvordan disse forskellige behov skal prioriteres, og hvordan en integreret retsutopi skal kunne forenes med mere omfattende utopier, indeholder stof til en meget omfattende diskussion, som der knap nok er taget hul på endnu.

9) Sådanne utopier spænder lige fra diverse partiprogrammer til samlede detaljerede redegørelser for et kommende samfund, som senest Oprøret fra midten, af Villy Sørensen, K. Helweg Petersen og Niels Meyer, Kbh. 1978.

Jeg mener, at man i en sådan diskussion må skelne mellem flere forskellige retlige funktioner og ikke tale om rettens fremtidige funktioner generelt. På samme måde må man skelne mellem forskellige retsområder, når rettens fremtidige form eller rettens bortvisnen diskuteres. Det samme bør man i øvrigt også i højere grad end hidtil forsøge, når man taler om rettens funktioner generelt. Det viser sig nemlig ofte, at meningsforskelle herom beror på, at nogle primært taler om strafferet, andre om privatret og atter andre om den offentlige ret eller dele heraf¹⁰. Disse forskellige retsområders nuværende funktioner og fremtidige status i en retsutopi kan ofte forstås bedre, når man diskuterer dem i forbindelse med ikke-retlige forhold, end når man samler diskussionen om retten generelt.

En anden sondring, som forekommer meget væsentlig, er mellem det korte og det lange tidsperspektiv. I det korte tidsperspektiv må man nødvendigvis tage hensyn til en række konkrete forhold som bestemmende for, hvad der er ønskværdigt og muligt. I det lange tidsperspektiv står man meget friere. Men uden at diskutere forholdsvis konkrete utopier ender man i en formuleret målsætning uden nogen idéer om, hvilke midler der kan tænkes anvendt for at realisere den. Og her som på andre områder gælder det, at en diskussion om mål og midler ikke helt kan adskilles. Og at den heller ikke bør adskilles mener jeg, man kan lære ud af de mange erfaringer for, hvad der sker med de smukke målsætninger, når midler, som skulle føre til realiseringen af målet, selv ophøjes til mål. De fjerne mål opretholdes måske formelt, men kun som legitimation for aktuel undertrykkelse eller tilsløring af virkeligheden. Eksempler herpå findes overalt, og en fremdragelse og diskussion af sådanne eksempler er en vigtig opgave også for den marxistiske retstænkning.

10) Nils Christie, Hvor tett et samfund, Oslo 1975, indeholder med helt entydigt udgangspunkt i strafferetten væsentlige bidrag til en almen retsutopi og også en mere omfattende utopi.