

RETSFILOSOFIEN OG DE POLITISKE FORANDRINGER I SPANIEN

Liborio L. Hierro^{x)}

I slutningen af 1960 besøgte den danske retsteoretiker Alf Ross Argentina. Dette var en af de første lejligheder, ved hvilken der blev knyttet en direkte kontakt mellem "Skandinavisk realisme" og spansk retsfilosofi. Siden har både den "realistiske" og den analytiske fremgangsmåde haft mærkbar indflydelse på den argentinske retsfilosofi, i andre lande var indflydelsen af mindre betydning. Selvfølgelig var indflydelsen væsentlig større i Italien, hvor retsfilosofien for længst var en etableret gren af retsvidenskaben. Men i Spanien er den "realistiske" og den "analytiske" fremgangsmåde først for kort tid siden begyndt at øve indflydelse.

Hvis det antages at realismen – som påpeget af Italiens Enrico Pattaro – repræsenterer et alternativ til polariseringen mellem retspositivismen og naturretten, mener jeg, vi kan forklare realismens fravær i Spanien ud fra den kendsgerning, at debatten mellem naturalisme og positivisme blev afbrudt af borgerkrigen, da man genindførte et naturalistisk monopol.

2. Ved slutningen af borgerkrigen bestod de intellektuelle retninger, som bidrog til Franco regimets "ideologi" hovedsagelig af følgende to: Den ene, dannet af unge fascistgrupper (falangister, nationalsyndikalister m. v.), som prøvede at tilslutte sig de nationalsocialistiske og fascistiske strømninger, der gjorde sig gældende i Europa på dette tidspunkt. Den anden retning bestod i større udstrækning af universitetsfolk og kulturelle grupper, som repræsenterede de jordbesiddendes og det finansielle oligarkis opfattelse. Der var en nær forbindelse til det gamle aristokrati, og denne gruppe af universitetsfolk fik støtte af den katolske kirke. Endvidere repræsenterede den sidste retning en blanding af katolsk rettroenhed og de modrevolutionære tanker, som herskede i Frankrig i 1900-tallet. (Louis Bonald, Joseph de Maistre, o.s.v.).

Det kan ikke siges, at fascismen manglede en filosofi om magtlegitimering, en retsfilosofi. Men i Spanien, hvor der aldrig har været noget filosofisk system af idealistisk karakter, (som eksempelvis Giovanni

Gentile's system i Italien), og hvor Hegelianismen har haft en meget begrænset indflydelse, måtte disse gruppers grundlag støttes på en vis "vitalisme", som i Spanien var blevet introduceret meget autoritativt af filosofen Ortega y Gasset. Jeg ønsker ikke hermed at sige, at Ortega y Gasset, sandsynligvis dette århundredes største spanske filosof, var pro-fascist (et emne, som er meget omdiskuteret hos os), men at den slags eksistentielistisk, vitalistisk filosofi var den eneste slags moderne filosofiske "banner", som disse grupper kunne fremvise. Bortset herfra havde den spanske fascisme ikke andet at tilbyde end den traditionalistiske katolske tankegang.

Den anden retning havde på sin side en lang og dybt rodfæstet tradition i Spanien. Bortset fra indflydelsen fra de franske reaktionære strømninger, som jeg nævnte og som blev introduceret i det 19. århundrede, først og fremmest af Donoso Cortes, har denne retning sine rødder i den spanske modreformation og særligt fra den spanske naturret. I Spanien havde den katolske kirke siden modreformationen fastholdt ekstremt konservative standpunkter, som med respekt for den moderne verden opretholdt udbredelsen af den katolske skolastiske filosofi i en praktisk taget rendyrket form. Denne sidste af de to tendenser havde dybe rødder, både i kulturen og på universiteterne.

Fra starten af sit regime lykkedes det for Franco, mere ved pragmatisme end ved ideologi at forene de sociologiske og politiske højrekræfter i én bevægelse. Han oprettede den såkaldte "Nationale bevægelse", som institutionaliserede den politiske samling af så forskellige bevægelser som falangen (der var fascistisk), bevægelsen JONS (nationalsyndikalister af nazistisk karakter), traditionalisterne, monarkisterne og brede dele af den katolske højrefløj (af kristlig-demokratisk type). På lignende måde kan det siges, at det ved hjælp af en streng uddannelses- og kulturpolitik lykkedes ham at forene de intellektuelle retninger, fra hvilke regimets ideologi blev etableret. Disse diffuse fascistiske tendenser havde mindre at bidrage med til denne forening, og det resulterede i, at den overordnede ramme for Francos legitimeringsprincipper udsprang af den gamle skolastiske filosofi og reaktionære ideverden suppleret med sporadiske islæt af "nye" fascistiske ideer.

Fordelingen af ministerier er her afslørende. Mens falangisterne sædvanligvis blev tildelt arbejdsministeriet og boligministeriet (det vil sige socialpolitikken), havde katolikerne og traditionalisterne monopol på ministerierne inden for undervisning, oplysning og retspleje (det vil sige undervisnings-, lovgivnings- og kulturpolitikken). Den samme ligevægt afspejles i legitimeringsprincipperne: på trods af den kendsgerning, at man påberåbte sig "den nye stat", "den totalitære stat" eller "den nationalsyndikalistiske stat" i regimets første år, blev statens monarkistiske karakter næsten straks anerkendt, foruden også den katolske

doktrin som grundlag for lovgivningen, den katolske trosretning og kort sagt naturretten som grundlag for statens struktur og love. Franco var den eneste moderne vestlige diktator som hævdede sin magts guddommelige oprindelse, da han proklamerede sig selv som "af Guds nåde caudillo af Spanien".

3. Set ud fra vor egen disciplin var og er retsfilosofien – eller mere præcist sagt "naturretten" stadigvæk obligatorisk for alle jurastuderende i deres første studieår – og skønt det suppleres med retsfilosofi (som også er obligatorisk) i sidste studieår, er det den samme professor som underviser i begge emner.

På dette tidspunkt kunne jeg have lyst til kort at sige min mening om den betydning retsfilosofien havde for Franco-regimet og regimets betydning for retsfilosofien. Senere vil jeg forsøge at forklare de aktive og passive relationer mellem retsfilosofi og den politiske "forandring".

Alf Ross (*Towards a Realistic Jurisprudence*, 1946) sagde at relationen mellem effektiv magt på den ene side og legitimeringen eller ideen om gyldighed på den anden side er en "virkelig og induktiv indbyrdes relation", d.v.s. en tendens for begge faktorer til at balancere institutionelt. Dette er grunden til at retsfilosofi, på trods af at være i akademisk miskredit, bevarer en vigtig funktion, som styrkes i tider med politiske kriser. Et diktatur som er affødt af en krig, besidder kun den nøgne magt. Derfor vil det gøre sig store anstrengelser for at opbygge en "legitimitet". Jeg formoder, at dette forklarer hvad retsfilosofien betød for Franco-regimet. En stærk strømning af naturret trængte sig ind i spansk retsfilosofi. Dog var det en naturret, som trods sine rødder i det 16. århundredes naturret (Vitoria, Soto, Molina, Suárez, o.s.v.), besad meget af det konservative element i den middelalderlige skolastik og meget lidt af den spanske skolastiks progressivitet, som via Grotius skulle få så megen indflydelse på den protestantiske naturalisme.

Glemte var doktrinen om folkets suverænitet og om enighed med hensyn til magtlegitimering, der så omhyggeligt var udbredt af Francisco Suarez. Ligesom kritikken af den magt, der, som et resultat af erobringen af Amerika og behandlingen af de indfødte, var blevet fremført af Bartolomé de las Casas og Juan de Mariana på grundlag af naturretten. I stedet blev der udviklet et naturretligt system, i hvilket positiv lov var illegitim (og ugyldig) hvis den var i strid med naturretten – men denne situation opstod rent faktisk aldrig. Hvis det forekommer os påfaldende, at en stor del af den spanske filosofi prostituerede sig, bør vi huske på, at medens filosofferne i det 16. århundrede bekræftede katolisismen som national religion, havde de deres stærke tvivl om det Hellige tyskromerske Kejserriges autoritet, der var blevet påtvunget Spanien af den fremmede konge Karl (Kejser Karl den Femte). Og den progressive

og demokratiske side af deres teorier var irriterende og nytteløse i Francos stat.

Som et eksempel herpå kan jeg nævne, at en kendt professor, der gennem mange år har været rektor for et af landets største universiteter, i den seneste udgave af sin "Curso de derecho Natural" stædigt fastholder statsmagtens guddommelige oprindelse. Han benægter at ytringsfrihed er en grundlæggende rettighed, og undlader at indbefatte politisk deltagelse blandt de naturlige rettigheder — denne "reviderede" udgave udkom i 1970.¹ Men måske findes det tydeligste eksempel på legitimeringsfunktionen af naturretten under Franco-regimet i familiespørgsmålet. Det "organiske demokrati", som regimet valgte at kalde sig, havde til hensigt at strukturere staten omkring tre såkaldte "naturlige" samfundsdannelser: *Fagforeningen* (det bør huskes, at fagforeningen var en enkelt statsdrevet syndikalistorganisation), *familien og kommunen* (forstået som en forening af familier). Familien blev derfor betragtet som det første og grundlæggende element i staten og som den kanal der førte til politisk deltagelse. En institution, som politisk set havde fået så stor betydning var selvfølgelig tilpasset de katolske principper — d.v.s. uopløseligt ægteskab og en patriarkalsk struktur. Ydermere blev det for alle døbte borgere, (faktisk hele befolkningen) gjort obligatorisk med kirkelig vielse. De gejstlige retter fik kompetence til at afgøre ægteskabelige uoverensstemmelser i sager hvor borgere, der var blevet kirkeligt viede, var involverede, og der var ingen mulighed for at appellere til de almindelige domstole. Det er ikke svært at forestille sig hvilken samfundsmæssig betydning den skolastiske naturret opnåede på den måde, og hvordan den på samme tid blev det basale princip for legitimeringen af staten.

Det er overflødigt at sige, at regimet omhyggeligt kontrollerede retsfilosofien som disciplin, såvel som den almindelige filosofi, forfatningsretten, opdragelsesfilosofien, o.s.v., med andre ord, de områder, der påvirkede legitimeringsprocessen mest. Undertrykkelsen var særlig hård på disse områder. Med hensyn til retsfilosofien, så var der — bortset fra undertrykkelsens generelle virkninger og det intellektuelle eksil i slutningen af borgerkrigen — også den strengeste kontrol ved udnævnelsen af professorer, en kontrol, som blev håndhævet indtil begyndelsen af 70'erne. Kun pro-naturretsfolk fik adgang, og det kan med sikkerhed fastslås, at med to undtagelser, var hele den officielt udnævnte undervisningsstab ved slutningen af 60'erne pronaturretsfolk.

4. Den absolutte dominans af denne kvasi-middelalderlige naturrets-tænkning i retsfilosofien, har en interessant relation til situationen i retsteorien, som er værd at omtale. I forbindelse med den påtvungne legitimering, blev det uhyre store flertal af jurister og retsteoretikere

tvunget til at erklære sig som naturretstilhængere. Dette var imidlertid en meget behagelig deklaration, som kun medførte retoriske og ideologiske konsekvenser. Næsten alle definerede "loven" — i overensstemmelse med den mest læste afhandling om den borgerlige ret — som en foranstaltning, der var legitimeret ved dens overensstemmelse med naturetten. De gik så langt som til at sige — i lighed med professor De Castro, forfatteren af afhandlingen — at en uretfærdig lov ikke var en lov, som Den hellige Augustin sagde. Men selv omhyggelig forskning vil aldrig afsløre, om dette aksiom, er blevet anvendt i virkeligheden. Lovligheden af den positive lovgivning blev aldrig bestridt med den begrundelse, at den var uretfærdig. Det blev heller ikke af nogen hævdet, at et særligt punkt i lovgivningen ikke var lovligt, enten fordi det var uretfærdigt eller ikke var i overensstemmelse med naturetten. Der kunne derfor sættes lighedstegn mellem lovlighed og retfærdighed. Naturetten blev derfor en nyttig forbundsfælle for den positive ret.

Faktisk viser erfaringerne, at retsvidenskabsmændene ikke var særligt optaget af dette spørgsmål, som de løste med almindelige besværgelser. Med andre ord retsfilosofi beskæftigede sig med naturet og retsteori beskæftigede sig med positiv ret, og denne simple arbejdsdeling satte retsvidenskabsmændene i stand til at udvikle en positivistisk formalisme eller en "retsdogmatik" som ideologisk beskyttedes af en slags naturalistisk "dåbshandling". Jeg er sikker på, at man vil forstå, at i den situation for studenterne frit kunne læse Kelsen, hvor de kunne studere hans kritik af naturetten og af distinktionen mellem offentlig og privat ret, og hans teori om retsgyldigheden, så troede de, de havde fundet den mest empiriske og progressive retsteori, der fandtes.

5. Det er overflødigt at nævne at Franco regimet slog meget hårdere ned på alle manifestationer af marxistisk tænkning. Jeg nævner dette, fordi omkring midten af 60'erne begyndte de sociale betingelser at ændre sig på grund af industrialiseringen og kontakten med Europa. Tre progressive retninger begyndte at udvikle sig i intellektuelle kredse og særligt i studiet af retsfilosofi og politik.

Den første repræsenteredes af nogle desillusionerede falangister og enkelte katolikker. Under indflydelse af Ortega y Gasset og den franske "kristelige personalisme" (Maritain, Mounier) skabte de den såkaldte "Madrid Skole", der kæmpede for en liberalisering af systemet ind fra. Blandt dem var lærere i etik og retsfilosofi som Aranguren, Ruiz-Gimenez og Truyol, som opgav den skolastiske naturet til fordel for en ideel naturet. D.v.s. de "naturlige rettigheder" opfattedes som retlige ideer med en kritisk funktion med hensyn til positiv ret. Den anden retning var marxisterne og den tredje var den neo-positivistiske og analytiske retning. Men her gør der sig noget særligt gældende i forhold til

vores situation. Medens positivismen og marxismen i Europa var klart adskilt, for ikke at sige, at der bestod et modsætningsforhold mellem dem (smlg. eksempelvis den store Popper-Adorno-debat), var marxismen og neopositivismen i Spanien – og endog den analytiske filosofi forenet af deres egne fortalere,² og det lykkedes endda at etablere et rimeligt forhold til den katolsk-liberale tænkning. Jeg tror, at dette er et resultat – sikkert det eneste fordelagtige resultat – af et diktatur.

6. Gennem de sidste 15 år er det intellektuelle liv i Spanien gradvist blevet "normaliseret" ved Franco-regimets svækkelse. Skønt Francos død markerede den formelle afslutning på regimet, var legitimeringen allerede i stor udstrækning blevet opgivet. Grundene hertil var følgende: For det første den virkning som Johannes den 23. og det 2. vaticanerkoncil havde på det erklærede katolske regime, da den katolske kirke officielt ændrede sin "sociale doktrin", og, for det andet, beslutningen om at begynde en økonomisk udviklingspolitik med sigte på medlemsskab af EF.

Begge faktorer krævede en omlægning af det politiske system. Denne "ansigtsløftning" blev foretaget ved hjælp af godkendelse ved folkeafstemning (naturligvis en manipuleret folkeafstemning) om statens såkaldte "Organiske Lov", i 1967. Denne lov skulle opfattes som en forfatning, eller i det mindste et substitut for en forfatning. Denne reform af systemet fremprovokerede en omfattende debat, som viste sig at være begyndelsen til en ny fase i retsfilosofiens funktion. Regeringen havde udsendt en rapport, udformet af dens mest teknokratiske teoretikere (medlemmer af en skole præget af katolsk pragmatisme som forsøgte at løsrive sig fra den gamle legitimering), som demonstrerede, at Spanien nu var en "retsstat". Nogle unge akademikere, som var specialister i retsfilosofi og forfatningsret, svarede på rapporten, og en debat om "retsstaten" blev sat i gang. Professor Elias Díaz, publicerede på dette tidspunkt en lille bog,³ som blev læst af mange og som begyndte med de karakteristiske ord: "Ikke alle stater er retsstater". Denne bogs tese var at vise at en retsstat, enten den er i sin originale liberale form, eller i form af en "velfærdsstat" eller i den form, hvor den tager sigte på et socialistisk samfund, i alle tilfælde må være karakteriseret ved den retlige organisering af visse fundamentale værdier: Retssikkerhed som udtryk for almenviljen, magtadskillelse, domstolskontrol med forvaltningen (regeringen) og sikring af menneskerettighederne.

Nogen år senere, i 1975, da en ny politisk epoke indtrådte, fokuserede debatten politisk og intellektuelt på valget mellem politisk "reform" og demokratisk brud. Skønt der stadig er ubesvarede spørgsmål med hensyn til hvad resultatet af den spanske politiske proces er blevet, endte debatten efter min mening i et kompromis. Institutionelt, d.v.s.

i retlige termer, blev overgangen gennemført som en "reform", d.v.s. på grundlag af de gamle lov og med respekt for alle de sociale og politiske magthaveres rettigheder indbefattet dem, som var tættest bundet til Franco regimet. Set ud fra legitimeringen af systemet, betød overgangen imidlertid et virkeligt "brud".⁴

Den rolle, som retsfilosofien og den politiske filosofi blev tildelt, fik afgørende betydning. Spaniens nye forfatning er, i en vis udstrækning en af de mest avancerede i Europa, udtrykt i formuleringen af legitimeringsprincipperne.⁵ Selvfølgelig er det også en af de yngste, og måske derfor, den mest problematiske. Jeg kunne tænke mig at understrege to meget vigtige bidrag: Bidraget fra professor Peces-Barba, professor i retsfilosofi og medlem af forfatningsudvalget, og bidraget fra professor Elías Díaz, hvis originale bog om retsstaten udgjorde den grundlæggende inspiration til den forfatningsretlige definition af staten som en "social- og demokratisk retsstat", (Artikel 1 i forfatningen). Denne definition, i overensstemmelse med Elías Díaz's teser sigter på at muliggøre overgangen fra en "socialstats" eller velfærdsstats økonomiske formuleringer, til en socialistisk stats ("demokratisk stats") økonomiske formuleringer inden for en retsstats retspolitiske rammer.

7. Jeg kunne frygte, at De ud fra denne beretning ville undre Dem over, om vi, eller i det mindste jeg, ved retsfilosofi forstår en interesse for legitimeringen af magt, som, når alt kommer til alt, kunne betegnes "politisk" filosofi.

Dertil kan jeg svare nej. Fornyelsen af retsfilosofien i Spanien, hvis tre hovedretninger jeg tidligere har fremhævet, har resulteret i en opdeling i tre grupper: Arvingerne efter den katolske naturret, hvis lederposition er slut, en anden gruppe, som jeg vil beskrive som konservativ og som er influeret af den tyske filosofi og af "hermeneutikere", også af tysk indflydelse. Og en tredje gruppe, primært influeret af neo-empirismen, analytisk filosofi og neo-marxismen. I denne tredje gruppe, som er influeret af forfattere som Hart og Ross, er det værd at understrege den snævre forbindelse med den italienske retsfilosofi, særligt med sådanne forfattere som Noberto Bobbio og Renato Treves.

I alle tilfælde tillader den største del af den akademiske retsfilosofi beskæftigelse med emner, som kan spænde fra metodologien og retsvidenskabens teori, gennem den generelle retsteori til teorien om retlige værdier.

Det individuelle fokus på hvert af disse emner er selvfølgelig i høj grad påvirket af det standpunkt, fra hvilket man nærmer sig dem. Men jeg synes jeg vil understrege, at efter min mening er spørgsmål om generel retsteori (spørgsmål som gyldighedens begreb, teorien om de norma-

tive systemer, deontisk logik o.s.v.) mindre diskuteret i Spanien end i andre vestlige lande. Hovedårsagen hertil er, at "arbejdsdelingen" mellem retsfilosofi og retsteorien (naturret og positiv ret), som jeg nævnte var karakteristisk for perioden, betød, at den generelle retsteori blev varetaget inden for rammerne af lovgivningen af eksperter i borgerlig ret. Den sag, som der er ofret mest opmærksomhed og kræfter på under denne overgangsperiode, og som er i dialektisk opposition til naturretens rolle under diktaturet, er uden tvivl spørgsmålet om værdier, d.v.s. spørgsmålet om legitimeringen.

Men den måde, på hvilken vi nærmer os den slags spørgsmål, som i overensstemmelse med traditionen kan defineres som "en teori om retfærdighed", er langt fra den til tider temmelig akademiske diskussion om definitioner, som i de senere år er blevet brugt i en række lande. (Jeg refererer primært til de vestlige lande hvor den analytiske tendens er mest markant, og hvor overgangen fra meta-etik til etik har fundet sted). Idet jeg tænker tilbage på Herman Klenner's tale, som blev holdt i forbindelse med åbningen af Verdenskongressen i retsfilosofi i Canberra i 1977, og som derefter blev publiceret i "Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy" (1978), kan jeg sige, at for os repræsenterer menneskerettighederne en filosofisk udfordring og også et kampråb for konsolideringen af den politiske forandring. Jeg ser ingen tungtvejende grunde til, at disse to perspektiver skal holdes adskilt.

- x) Artiklen er en oversættelse af en forelæsning forfatteren har holdt på det juridiske fakultet på Oslo Universitet i sommeren 1981. Forfatteren er ansat på Universidad Autonoma de Madrid. Manuskriptet er formidlet til redaktionen af Gert Fredrik Malt.

Noter:

- 1) Se José Corts Grau, *Curso de Derecho Natural*, Madrid, 1970 s. 422-426, 348, 433 ff.
- 2) Som eksempel herpå kan nævnes Juan Ramón Capella: *El Derecho como lenguaje* (Barcelona 1968) og *Materiales para la crítica de la Filosofía del Estado* (Barcelona 1976).
- 3) Elías Díaz: *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid 1966.
- 4) Luis García Sam Miguel, *Teoría de la Transición*, (Madrid 1981).
- 5) Elías Díaz: *Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático*, (Madrid 1978), Gregorio Peces-Barba, *Libertad, Poder, Socialismo*, (Madrid 1978) og *La Constitución Española de 1978*, Valencia 1981.