

Dette kapitlet har overskriften "Den onde cirkeln". Her innføres kategorien "fremmed". Kobles en mistenksom politisk oppfatning til et ukjent og fremmed kultur- og religionsmønster, følger den farlige stemplingen konsekvent. Og med det befinner vi oss i en sirkel - politiske spørsmål blir diskutert i hemmelighet for å unngå represalier, dette fører igjen til angst hos makthaverne osv. Töllborg oppsummerer slik: "I slutänden leder detta till att systemet själv genererar de säkerhetsproblemet det skapats för att undanröja - i sista hand riskerar demokratin att begå självmord av rädsla för döden" (s. 136).

Dette er en relativ liten bok på 140 sider. Men tynne böcker er ofte viktigere enn tykke. Dette er en bok om den svenske situasjonen, men som gir mersmak til å fremskaffe mer kunnskap om situasjonen i andre land (f.eks. i Norge, i Tyskland). F.eks. gjenstår en bearbeiding av det mangfoldige materialet som "Bürgerrechte & Polizei - Cilip Informationsdienst" over mange år har fremskaffet, som også kunne være nyttig i en skandinavisk kontekst - men dette blir et annet prosjekt.

Forfatteropplysninger:

Knut Papendorf, dr. phil., Hamburg. Tilknyttet Institutt for rettssosiologi, Universitetet i Oslo.

Peter Høilund: "Den forbudte retsfølelse. Om lov og moral". Med forord af Peter Kemp

Munksgaard 1992

Anmeldt av Kim Hastrup

Indledning

I mere end 40 år har hovedindholdet af undervisningen i retsfilosofi været baseret på den såkaldte "realistiske retslære"; i størstedelen af denne periode har lærebogen i faget været Alf Ross' "Om ret og retfærdighed. En indføring i den analytiske retsfilosofi" fra 1953. Fra 1988 er "Om ret og retfærdighed" blevet afløst af Sv. Gram Jensen "Almindelig Retslære. En introduktion" der også er baseret på den af Ross udviklede realistiske retslære, altså retspositivismen. I sin debatbog "Den forbudte

retsfølelse. Om ret og moral" søger advokat Peter Høilund et opgør med denne retsfilosofiske retning, og forsøger samtidig at udvikle en alternativ retsteori, som efter hans mening bedre kan beskrive - og vejlede - den juridiske dagligdag. Det er denne bog, som jeg skal omtale i det følgende. Høilunds bog angår først og fremmest danske forhold, men jeg tror dog, at den også kan have interesse for andre nordiske læsere.

Hovedtræk af bogens indhold

Høilund foretager dels et omfattende opgør med den af Ross formulerede realistiske retslære, og dels søger Høilund at opstille en alternativ retsteori til afløsning for Ross' lære.

Der er to centrale punkter i opgøret med retspositivismen. For det første er det Høilunds påstand, at jurister gennem deres uddannelse har lært at opfatte juraen videnskabeligt, men for at man har kunne opnå dette, har det været nødvendigt at ofre den moral, som indtil retspositivismens sejr var en del af juraen. Ret og moral må holdes adskilt, fordi moral ikke kan være et videnskabeligt spørgsmål. Retspositivismen hævder "at retsvidenskaben må grundlægges og opbygges som en erfaringsvidenskab i samme relativistiske ånd og efter samme metoder som gælder for al anden moderne videnskab".¹

Moral kan ikke iagttages i den fysiske verden, og da kun det, der kan iagttages uden for mennesket, kan være sandt eller falskt, må retsvidenskaben ekskludere moralen.

Peter Høilund er derimod af den opfattelse, at moralen - eller ideen om det gode liv - skal inddrages i den juridiske verden. Han udtrykker sit synspunkt således (s. 33) "Mit udgangspunkt er, som allerede sagt, at der er en fundamental forskel på lov og ret. Lovene er udtryk for politikernes beslutninger, der tvangshåndhæves af myndighederne, mens retten er et moralsk begreb."

Det andet centrale punkt i opgøret med retspositivismen er, at retspositivismen i ønsket om, at være videnskabelig har fortrængt behovet for at forstå den juridiske dagligdag, forstået som det virkelige - eller praktiske - juridiske liv ved domstolene og forvaltningen. Moral og retsfølelse spiller ifølge Høilund en overordentlig stor betydning i det praktiske retsliv, hvor det er tydeligt, at for eksempel domme ofte har en moralsk begrundelse. Dog betyder retspositivismens krav om videnskabelighed, der stempler moral og etik som "ikke-viden", at denne faktor

1. Jf. Alf Ross: Om ret og retfærdighed side 3.

skjules i domstolsafgørelserne; domstolene spiller ikke med åbne kort. Resultatet heraf bliver en formindsket retssikkerhed; dommene angiver ikke hvorfor man er nået til det pågældende resultat.

Det erkendelsesteoretiske grundsynspunkt, som leder Høilund frem til denne opfattelse af at moral spiller en rolle i retsafgørelser er, at al iagttagelse og erkendelse er subjektiv og selektiv (s. 218): Ud fra en bestemt forståelsesramme (teori eller virkelighedsopfattelse) vælger man at iagttage nogle fænomener og udelade andre. Således eksisterer der uendelig mange meninger om hvad der er videnskab, og på dette område findes der ikke nogen øverste domstol, som endeligt kan afgøre uenighed herom (s. 135).

Det følger heraf, at selve grundlaget for retspositivismen, nemlig videnskabelig objektivitet, må forkastes som ikke brugbart. Dommere og andre retsanvendere kommer ikke frem til deres afgørelser ved en klinisk iagttagelse af de af retspositivismen accepterede retskilder og derefter sammenholde disse med en sags objektive fakta. Retsanvenderne træffer deres afgørelser ud fra en indre idé om det gode liv.

Formålet med Høilunds bog er dels at påpege, at denne idé om det gode liv² ret faktisk anvendes i det praktiske retsliv, men også at ideen om det gode liv bør have en øget vægt gennem en anerkendelse af denne som en legitim del af begrundelsen for retsafgørelser.

Høilund definerer selv ideen om det gode liv således (s. 80): "Den styrende norm ved udvælgelse af fakta og regler fra kaos, som ender med at blive en afgørelse eller en holdning, betegner jeg "det gode liv". Der er tale om et grundlæggende etisk princip, der stræber efter orden og således er målrettet. "Ideen om det gode liv" er en vision, som søges realiseret, og som viser sig for dommeren i de konkrete handlingssituationer. Man kan således ikke opstille et katalog over indholdet af "det gode liv som idé"."

Høilunds bog er særdeles interessant læsning. Bogen berører to centrale problemer for juraen. Dels forholdet til moralen. Dels divergensen mellem retsvidenskabens udlægning af virkeligheden, og så den virkelighed man befinder sig i som praktisk virkende jurist. Hvis retsvidenskaben ikke er i stand til at beskrive virkeligheden, hvad skal man da med retsvidenskaben?

Enkelte kommentarer

Nedenfor vil jeg søge, at pege på nogle enkelte spørgsmål, som bogen

2. Begrebet er hentet fra Thomas Aquinas naturretsteori fra 1200-tallet.

rejser. Det følgende skal ikke forstås således, at jeg afviser Høilunds tanker. Jeg påpeger blot, at her er der nogle problemer, som for mig er se er væsentlige at diskutere.

Er retsfølelsen indre eller ydre? Høilund har det grundsynspunkt (se bl.a. side 154), at retsfølelsen er en i det enkelte menneske (dommer) indefra kommende faktor. Idet retsfølelsen efter Høilunds opfattelse reelt er afgørende i mange retsafgørelser, er drivkraften i den proces, der skaber retten, noget som kommer indefra og ikke noget, som kommer udefra. Selvom Høilund visse steder (se bl.a. s. 12) gør opmærksom på, at vor opfattelse af sandt og falsk er et resultat af den historiske, kulturelle og sociale sammenhæng, som vi er født ind i, og således nødvendigvis må være et resultat af ydre påvirkninger, er hovedindtrykket, at ideen om det gode liv er et rent personligt indre anliggende, som den enkelte retsanvender har rådighed over. Som Peter Kemp nævner i bogens forord (s. 8) kan det nok diskuteres, hvor "indre" retsanvenderens retsfølelse er. Jeg vil lægge en del større vægt, end Høilund synes at gøre, på at vor bevidsthed er et resultat også af ydre faktorer som opvækst, sociale og kulturelle vilkår, og også den mere øjeblikkelige politiske (samfundsmæssige) situation. Dommere, sagsbehandlere - og iøvrigt advokater som rådgivere for deres klienter - er ikke alene "produkter af deres sociale og kulturelle baggrund" forstået således, at deres retsfølelse dermed i et eller andet omfang er en konstant størrelse. Retsanvendere påvirkes også dagligt af deres omgivelser.

Fra at betragte retsfølelsen som at være et rent personligt etisk valg, i positiv betydning, som besidder nogle værdier, der antages at være konstante i en eller anden forstand, opstår nu problemet at også den enkeltes retsfølelse er svært afhængigt af dels opvækst og uddannelse, dels hans/hendes omgivelser forstået som familie, venner og kolleger, men også medierne og en almindelig samfundsdebat. Høilund opfatter tydeligvis mennesket som moralsk i en positiv betydning, og opfatter det følgelig negativt, at denne moral er blevet et "forbudt" element i retsafgørelser. Høilund angriber (s. 45ff og 52f) retspositivismen for at være ude af stand til at fordømme og yde modstand mod for eksempel nazismen. Efter Høilund er dette et resultat af, at retspositivismen reducerer begrebet retfærdighed, i den udstrækning man overhovedet accepterer ordet som videnskabeligt meningsfuldt, til korrekt regel anvendelse, ligegyldigt hvilken retsregel, der er tale om. Jeg mener, at det følger af det foranstående, at en anerkendelse af retsfølelsen som legitim, ikke uundgåeligt ville føre til at nazismen ville blive fordømt af jurister som værende "ikke-ret". En jurist er en del af det samfund, som omgiver ham/hende, og såvel som der var store dele af den tyske befolkning, som i 1933 stemte på nazisterne, må man vel kunne tillade sig at antage, at der var

en hel del jurister, der stemte på samme måde. Disse jurister ville vel også med henvisning til deres egen retsfølelse have kunnet være ligeså systembevarende som retspositivister, der "blot fulgte systemets krav."

I og med at retsfølelsen ikke kun er en indre faktor, men også kulturelt og socialt bestemt, samt ikke altid nødvendigvis er en positiv faktor (hvad så "positiv" betyder i denne sammenhæng), bliver anvendelsen heraf mere problematisk. Uanset dette er jeg dog enig med Høilund i, at det vil være en fordel, hvis de reelle begrundelser for afgørelser bliver fremlagt klart, og i dagligdagen er der jo oftest tale om mindre ekstreme konflikter end nazisme contra demokrati.

Er der nødvendigvis tale om et absolut valg mellem retspositivismen og naturretten? Jeg stiller spørgsmålet på baggrund af følgende to situationer:

a) I nogle tilfælde står man over for et valg mellem x og y, hvor såvel x som y er retfærdigt, når man tager i betragtning, at der er modstående interesser i sagen og derfor også forskellige synsvinkler. I denne situation er det min påstand, at gængs retskildelære efter retspositivismen kan give en ganske god vejledning i mange tilfælde, og derfor ikke fuldstændigt bør forkastes.

b) For det andet kan der være tilfælde, hvor retsanvenderen ganske enkelt ikke har nogen mening om, hvad der er "retfærdigt", og først skal gennem den proces det er at finde og undersøge de forskellige traditionelle retskilder som lov, forarbejder, præjudikater, sædvane med videre, førend man overhovedet kan danne sig en mening om sagen.

Hertil kommer så selvfølgelig de situationer, hvor ideen om det gode liv får en funktion, da retsanvenderen umiddelbart finder et resultat mere retfærdigt end et andet. Heraf følger, at jeg ikke mener, at man skal lade sig forblinde af ideen om det gode liv, ligesom man ikke skal lade sig forblinde af retspositivismens krav om videnskabelighed. I nogle tilfælde skal ideen om det gode liv gives en fremtrædende plads, i andre tilfælde må ideen føre en mere tilbagetrukket tilværelse.

Hvad kan man anvende ideen om det gode liv til? Kan man anvende Høilunds alternative retsteori som en ren retsteori; altså forklare, *hvorfor* dommeren dømmer, som dommeren gør. Eller kan den alternative retsteori også anvendes som et redskab for dem, som anvender retten i det praktiske retsliv.

Hvis teorien kan anvendes til at betragte retslivet og forklare, hvorfor et givet resultat bliver nået - "se i bakspejlet" - har teorien vel først og fremmest interesse for den retsvidenskabelige forskning på universiteterne. Høilund angiver dog selv, at det er vigtigt, at teorien kan anvendes i det praktiske liv; forfatteren lægger større vægt på en forståelse af den juridiske dagligdag end at retsteorien skal være videnskabelig.

Hvorvidt ideen om det gode liv er så målelig eller så konkret, at den kan anvendes som et redskab af det praktiske retsliv er således afgørende for, om Høilunds alternative retsteori - ud fra dens egne præmisser - bør erstatte retspositivismen. Om dette er tilfældet skal ikke forsøges afgjort her, men ved en diskussion af teorien anser jeg dette for at være et centralt punkt.

Hvordan måler man ideen om det gode liv? To af de almindeligt anerkendte retskilder er selvfølgelig selve lovteksten og præjudikater. Formuleringen af en lovtekst kan være mere eller mindre heldig, set ud fra et synspunkt om at lovgivningens formål må være at fremme "det gode liv". Ligeledes kan en tidligere højesteretsdom være (føles) mere eller mindre retfærdig. Såfremt man ønsker at sætte sig ud over disse to retskilder i en bestemt sag, opstår dog det problem, at der ligger et - for mig at se - væsentligt hensyn til at borgerne skal kunne forudsige, hvad resultatet af en sag vil blive. Hvis resultatet primært afhænger af den enkelte retsanvenders retsfølelse, kan man tænke sig, at de retsundergivne i mindre grad har en chance for at forudsige, hvad resultatet af en given sag vil blive. En sådan situation sætter jeg lig med mindre retssikkerhed. Derfor bør der i hvert fald være en vis tilbageholdenhed med anvendelsen af ideen om det gode liv, således at der også tages hensyn til forudsigeligheden af afgørelsen.

Høilund anvender skiftevis begreberne retsfølelsen og ideen om det gode liv. Det er væsentligt, at være opmærksom på, at der principielt kan tænkes to typer retsfølelse (som så alligevel ikke er fuldstændigt adskilt):

a) For det første den retsfølelse, som jeg vil kalde den almindelige folkelige retsfølelse, som ofte påberåbes i den politiske debat, og som nogle gange ses anvendt i juridiske lærebøger. Hvad der er indholdet af den folkelige retsfølelse, kan man principielt få en fornemmelse af ved at gennemføre meningsmålinger; altså et empirisk grundlag. Ofte er den folkelige retsfølelse, når den bliver påberåbt, blot debattørens egen personlige mening om dette eller hint. Hvis den, der påberåber sig denne folkelige retsfølelse, kan henvise til noget, er det oftest alene frokostpressens skrivelser. I denne forstand er der tale om noget, der minder om "øjeblikkelige folkestemninger". Den folkelige retsfølelse spiller dog en rolle herudover. Der kan selvfølgelig tænkes situationer, hvor den folkelige retsfølelse bliver af så permanent karakter, at det bliver problematisk, at opretholde en lovgivning, som er i modstrid hermed.

b) For det andet den retsfølelse, som er retsanvenderens personlige retsfølelse eller etik. Hvor "egen" eller "indre" denne retsfølelse er, er berørt ovenfor. Begrebet forstået i denne betydning finder jeg, at det er bedre og mere rammende at kalde en personlig eller faglig etik. Ved en læsning af bogen får man en fornemmelse af, at Høilund foretrækker

udtrykket "ideen om det gode liv". Man kan have en fornemmelse af, at også Høilund finder udtrykket "retsfølelsen" en smule betændt, måske på baggrund af at den mest almindelige forståelse af begrebet er "den folkelige retsfølelse", og hvad dette indebærer om associationer til øjeblikkelige stemninger, jf. ovenfor.

Retsanvenderens personlige etik er selvfølgelig til dels afhængig af det samfund, der omgiver ham/hende. På den anden side er det omgivne samfund ikke det eneste afgørende; der er stadig plads for en individuel etik hos den enkelte retsanvender. En sådan personlig etik kædet sammen med en faglig etik, forstået på den måde, at der er visse ting, man som jurist ganske enkelt ikke kan medvirke til, finder jeg det meget nødvendigt at diskutere. For at man ikke skal blive et viljeløst redskab i hænderne på de til enhver til værende magthavere, vil jeg give Høilund helt ret i, at det er nødvendigt, at anerkende en personlig retsfølelse. Det danske jurist- og økonomforbund og den danske kommunaldirektørforening er da også for nylig begyndt at diskutere en faglig etik. Diskussionen i juristforbundet (her er der nedsat et udvalg) har tidsmæssigt sammenfald med de forskellige skandaler i den danske centraladministration i de sidste år, specielt den såkaldte "tamil-sag".

En personlig og faglig etik, der kan udgøre en slags "nødbremse", hvor man med sin egen samvittighed og nogle anerkendte regler om faglig etik i ryggen kan sige fra, er efter min opfattelse nødvendig. Dette gælder såvel for forvaltningsjurister som for advokater.

Afslutning

Peter Høilunds debatbog er et velovervejede arbejde om en juridisk teori og tradition præget af mangel på moralske overvejelser, og han giver et vel gennearbejdet bud på en alternativ retsteori. Dette gør han i et klart og spændende sprog, som er værd at læse, med inddragelse af et overvældende antal henvisninger til vidt forskellige filosofiske teorier.

Selvom der - som ovenfor beskrevet - kan stilles en række spørgsmål ved Høilunds teori, og at det ikke er givet at denne alternative retsfilosofi er det endelige svar på juraens moralske tomhed, er bogen et værdifuldt bidrag til diskussionen herom.

Forfatteroplysninger:

Kim Hastrup, cand.jur., ansat ved borgmesterkontoret i Høje-Taastrup kommune i Danmark.

3. Jf. herom blandt andet: Carsten Henrichsen i *Retfærd* nr. 55 s. 49ff.