

## Naturret – fortid eller nutid?<sup>1</sup>

HENRIK ZAHLE

*Når forholdet mellem jura, tro og samvittighed skal belyses, er det nærliggende at se på naturrettens betydning. Naturretten har netop haft den ambition at slå bro mellem på den ene side retten og på den anden side tro og samvittighed, fordi naturretten har legitimeret, at tro og samvittighed satte grænser for retten – for rettens indhold og for retsbegrebet. Det er netop denne sammenkobling af ret, tro og samvittighed, som naturrettens modstykke – positivismen – har afvist. Positivismens dominans i dansk retsfilosofi gør det til en særlig udfordring atter at overveje en sammenkobling af ret og samvittighed.*

### 1. Dommer Eamon Redmond

Jeg begynder i dag – i nutiden, med en scene fra en netop udkommet roman om en irsk højesteretsdommer, Eamon Redmond og hans forhold til sin familie og omverden. Romanen hedder »Heden i flammer« og er skrevet af den irske forfatter Colm Toibin.<sup>2</sup> Dommer Redmond skal afsige dom i en sag om en sekstenårig pige, som gik i klosterskole, blev gravid og blev smidt ud af skolen. Vi skal huske, at vi er i Irland, hvor abort er kriminelt og katolicismen dominerende. Pigen skulle føde barnet i løbet af sommeren og ville gerne vende tilbage til skolen det afsluttende år, men skolen havde gjort det klart, at hun ikke ville blive genoptaget. Pigen og hendes mor ønskede en retskendelse, som pålagde skolen at tage hende

tilbage. Det var dette ønske, dommer Redmond skulle tage stilling til, og vi træffer ham søvnløs, natten før dommen – der *ikke* følger pigens ønske – skal afsiges:

»Han sad ved sit skrivebord og så ned på den dom han havde skrevet i hånden på folioark. () ... (D)a han gik i gang med at skrive den, vidste han ikke hvad han ville ... beslutte. Der var så lidt at bygge på, ingen rigtige fortilfælde, ingen der var åbenlyst skyldig. Ingen af sagens parter havde brudt loven. Og det var det eneste han vidste noget om: loven, dens bogstaver, dens traditioner, dens flertydighed, dens kodeks. Her bad man ham imidlertid om at afgøre noget mere fundamentalt, og nu indså han at det var slået fejl for ham og han var bange.

1 Grundlag for indlæg om »Naturret i Middelalderen – og i dag« ved undervisningen i »Tværfag« 23.-24. januar 1996 om »Jura, tro og samvittighed« og ved seminar på Retsvidenskabeligt Institut B 13. marts 1996. Tak til Lisbet Christoffersen og Henrik Stevnsborg for ideer og kommentarer og til seminardeltagerne for kommentarer.

2 Colm Toibin: *The Heather Blazing*, 1992. Her citeret efter dansk oversættelse, *Heden i flammer*. Roman. Samleren, 1995, oversat af Jørgen Nielsen.

Han tog en kuglepen fra en skuffe og begyndte at lave kruseduller på en notesblok. Hvad var der hinsides loven? »Lov«; han skrev ordet. Der var naturretten. Han skrev ordet ned og satte et spørgsmålstegn efter det. Og bag denne var der igen forestillingen om ret og uret, de to principper som styrede alting og som kom fra Gud. »Ret« og »uret«; han skrev de to ord ned og satte så parenteser om dem og skrev ordet »Gud« med store bogstaver ved siden af dem.

Her midt om natten, hvor møl og dansemyg blev tiltrukket af vinduet, forekom tanken om Gud ham på en eller anden måde mere indlysende absurd end nogensinde før ... Han undrede sig over at folk satte deres lid til sådan noget, og dog forstod han at domstolenes og lovens magt i sidste ende afhang af sådan en forestilling. Han stregede ordet »Gud« ud.«<sup>3</sup>

Om sit arbejde med at skrive dommen fortæller dommeren senere:

»Mens han arbejdede med dommen, indså han klarere end nogensinde at han ikke havde nogen stærke moralske synspunkter, at han var holdt op med at tro på noget. Men da han skrev dommen, sørgede han omhyggeligt for ikke at gøre dette klart. Dommen var den eneste han kunne have afsagt: den var stringent, velargumenteret og først og fremmest forsvarelig.«<sup>4</sup>

Dommeren søger svar på sit problem – skal

pigen optages igen eller ej? – ved i første omgang at holde sig til det givne materiale: lovteksten med dens traditioner og fortolkning (og, ville vi tilføje, dens forarbejder), fortilfælde eller præjudikater, osv. Det er det gængse sæt af juridiske argumentationstyper eller retskilder. Det er det givne, det positive eller det satte.

Men dette konkrete juridiske materiale er ikke alt. Der er måske noget »bagved« eller »ved siden af« eller »udover« dette, noget u håndgribeligt og immaterielt, men ikke desto mindre noget virksomt.

Det er dette, en tvivlrådig dommer, der står for at skulle afsige sin dom i en stor sag, eftersøger natten før domsafsigelsen. Og det gør han, fordi det konkrete og gængse materiale ikke kan give et tilfredsstillende svar.

Dommeren søger: i naturen, det naturlige, principper om ret og uret, Gud. Det er en dimension ved retten, han ikke har afsøgt, da han skrev dommen – han har jo ikke nogen faste moralske standpunkter. Selvom denne dimension dukker op som en anfægtelse for ham, affærdiger han den dog. Han vender sig imidlertid væk fra dette bagvedliggende. Han sætter spørgsmålstegn ved naturretten, han sætter parentes om »ret og uret«, og han slår en streg over »Gud«. Han holder sig til det juridiske materiale: Loven, fortilfældene osv.

På dette punkt ligner dommer Redmond de fleste danske dommere og andre danske jurister. For deres argumentation henter som regel sin legitimitet i de autoriserede retskilder: Loven med dens forarbejder og efterarbejder, domstolenes og andre myn-

3 Anførte sted s. 89-90.

4 Anførte sted s. 94.

digheders praksis, private retssædvaner og kutymmer. Går man længere end dette, kommer man ud i det uvisse, ud bag det autoriserede og indhegnede: det åbne landskab bag hegnet, der er kaldt bondens natur, eller med et andet udtryk: ud på Herrens mark; og den vejledning, man kan hente her, opfattes som irrelevant eller måske endda illegitim, i hvert fald ubestemt og derfor subjektiv.

Der er i Danmark ikke nogen tradition for at argumentere for et bestemt resultat ved at henvise til, at resultatet ville være »retfærdigt«. Man taler undertiden om, at noget er »rigtigt«, men med ordet »rigtigt« menes da noget andet, nemlig at resultatet er rigtigt i forhold til foreliggende retskilder. Vi finder ikke i dansk juridisk argumentation nogen henvisning til noget universelt »rigtigt« – eventuelt rigtigt på tværs af foreliggende lovbestemmelser.

Fraværet af retfærdighed i den juridiske argumentation er lakmusprøven på den positivistiske traditions udbredelse i dansk jura. Man holder sig til det »positive«; det betyder ikke, at man tager afstand fra det negative, men at man tager afstand fra det ikke-positive i betydningen det ikke-satte, det ikke-givne, dvs. det luftige, metafysiske, immaterielle – og dermed også det »retfærdige«.

Denne restriktion, denne begrænsning til kun at gøre brug af det satte, kan medføre, at en dommer kommer til at afsige domme, som ikke er tilfredsstillende. Det er derfra, dommer Redmonds ubehag stammer. Han føler sig »magtesløs«, og magtesløsheden stammer fra, at han ikke »magter«

at nå frem til et resultat, som er tilfredsstillende, fordi et tilfredsstillende resultat ikke kunne finde støtte i det satte, i lov og fortillælde. Det er også derfor han er »bange«, for han skal snart afsige en dom, han ikke bryder sig om. Og dommen får katastrofale følger for hans familieliv, som jeg ikke skal gå ind på her.

Nu kunne man måske prøve at berolige dommer Redmond (og andre i en tilsvarende situation) ved at henvise til, at der ikke er noget mærkeligt i, at en dommer undertiden afsiger domme, som ikke forekommer dommeren personligt tilfredsstillende – en dommer kan f.eks. være nødt til at dømme i overensstemmelse med en lov, som dommeren ikke bryder sig om. Den, der beskriver retstilstanden i en håndbog eller lærebog, må ofte redegøre for en retstilstand, der forekommer forfatteren utilfredsstillende.

Positivisten Alf Ross udtrykte samme tanke generelt med henblik på definitionen af retten: »Samtidig med at rubricere en vis orden som en »retsorden« kan jeg anse det for min højeste moralske opgave at omstyrte denne orden.«<sup>5</sup> Ret for sig, moral for sig. Ross var dog ikke blind for, at der »i den virksomhed der består i at skabe og anvende ret indgår også moralske vurderinger«,<sup>6</sup> og en dommer kan altså godt – også ifølge positiverne – i visse tilfælde inddrage moralske – dvs. ikke-satte – argumenter i sin argumentation, og nogen mener, at dommeren slet ikke kan undgå at gøre det. Men – hvis vi fastholder dommerperspektivet – hvordan skal man da finde nogen mening i den restriktion eller

5 Om ret og retfærdighed, 1953 s. 44.

6 Naturret contra retspositivisme, TfR 1963 s. 507.

begrænsning i det juridiske argumentationsmateriale, jeg netop har beskrevet: Er der ikke tale om at lave en grænse, og så bagefter indrømme, at den grænse kan man krydse – man kan måske slet ikke undgå at overskride den, når der skal tages stilling til retlige spørgsmål? Og hvis det er tilfældet, giver det så nogen mening at adskille det gængse sæt af retskilder, det »positive«, fra noget andet – en argumentation, der bygger på ikke-positivt materiale eller ikke-autoriserede argumenter?

Det er det spørgsmål, som naturretten besvarer med et »nej«: Ved afgørelsen af, hvad der er gældende ret, kan der ikke ses bort fra ikke-positivt materiale, fra ikke-autoriserede argumenter, fra moralen. Jeg skal senere vende tilbage til Ross, men vil først beskrive forskellige mønstre, det naturretlige standpunkt kan følge.

## 2. Naturretligt tankemønstre

Jeg vil omtale tre forskellige linjer eller tankemønstre, som så vidt jeg kan se udgør tre centrale alternativer til den positivistiske tradition, vi har i Danmark. Hermed efterser jeg også de alternativer, som dommer Redmond noterede i den sene nattetime før dømsafsigelsen. Det kan diskuteres, om alt med rette kan kaldes naturretligt, eller om der er andre retninger, jeg negligerer; men den diskussion tager jeg ikke op her.

### 2.1 Den åbenbarede norm

Til belysning af forestillingen om Gud som den også retligt styrende – det første tankemønster, jeg omtaler – vil jeg nævne Thomas Aquinas (1225-74), der har lagt et stadig virksomt grundlag for katolsk filosofisk og teologisk tænkning. Når det gælder

retten, opstillede Thomas et system, der skulle gengive det komplekse forhold mellem på den ene side den guddommelige vilje og fornuft og på den anden side den menneskelige.

Der findes en evig ret – *lex eterna*, men den er guddommelig og derfor som sådan utilgængelig for den menneskelige indsigt. Det, vi her på jorden har at gå efter, er de normer, der er tilgængelige for den menneskelige fornuft, *lex naturalis*. Denne *lex naturalis*, naturret, er ikke noget meget præcist vidnesbyrd om den evige lov. Meget er derfor overladt til den menneskelige afgørelse, og følgelig giver dette naturretssystem en betydelig frihed for lokal og kulturel variation. Den klassiske katolske naturret er meget fleksibel. Ved siden af den samfundsmæssige regulering, som *lex naturalis* udtrykker, findes en *lex divina*, endnu et delsystem i dette komplekse mønster. I *lex divina* findes de regler, som skal følges for, at mennesket kan nå frelsen, og de findes i Bibelen. Lavest i hierarkiet er det, der svarer til, hvad vi ville kalde »den positive ret«, hos Thomas *lex humana*, og tankevækkende er, at den hos menneskene satte ret kun er gyldig, hvis den ikke strider mod naturens ret, *lex naturalis*. At styrte en tyrannisk regering er derfor ikke altid en uretmæssig oprørs handling. Oprørsretten eller – som man senere kaldte det – den civile ulydighed, er således en klassisk naturretlig tanke, som jeg vender tilbage til.

Dette forekommer måske fjernt og utilgængeligt. Det må derfor gøres klart, at dette tankesystem har været ramme for en intens påvirkning af den retstilstand, der har hersket i Danmark. Kirkerettens og specielt grundlæggende kristen moral, som den udtrykkes i navnlig Bibelen, har i Middelal-

deren på centrale punkter ændret den førkristne ret her i landet.

Det naturretlige tankemønster fokuserer på den »autoriserede tekst« som en refleks af noget bagvedliggende – en bagvedliggende guddommelig vilje eller fornuft. Juristens opgave er at afgrænse de tekster, der kan bruges, og at tolke disse, så de bliver grundlag for at løse samtidens problemer.

Et sådant tankemønster ser vi f.eks. i islamisk ret med dens betoning af sharia.<sup>7</sup>

Vi finder også i moderne dansk ret sondringer mellem den autoritative tekst, f.eks. lovens tekst, dens §§, og på den anden side hjælpemidler til dens fortolkning, f.eks. forarbejder. Dette kan jo minde om en afgrænsning af det egentlige, det der er en refleks af eller et udtryk for noget guddommeligt, den hellige tekst, som er uden for diskussion, og så på den anden side de forskellige forsøg på udlægning af denne tekst. Den afgrænsning af den autoritative tekst, vi kender i f.eks. dansk ret, er ved første øjekast blot en følge af, at vi har tildelt en bestemt personkreds, f.eks. Folketinget, en særlig kompetence, og det er derfor særlig interessant, hvad netop denne personkreds har vedtaget. Det er altså forsåvidt et rent verdsligt anliggende. Men også naturretten har taget rent verdslige – i betydningen ikke-guddommelige – former.

## 2.2 Den menneskelige fornuft

Dette eksemplificeres i det næste naturretlige tankemønster, som jeg skal omtale, og som nok har en større appel for nutidens verdslige mennesker. Fokus er her rettet

ikke mod Gud, uden at Gud eller noget guddommeligt nødvendigvis benægtes. Fokus er rettet mod mennesket. Mennesket adskiller sig fra dyrene ved at have fornuft. Vi kan sige med Ludvig Holberg (1684-1754) – jeg citerer mere for at give et indtryk af tonen end for at gengive en original tanke:

»Menneskets Herlighed frem for de umælende Bæster kand fornemmelig ses deraf, at det er begavet med en fornuftig Siæl, hvorudi er et herligt Lys til at kiende og dømme udi en Ting ...«<sup>8</sup>

Det er fornuften, der adskiller os fra dyrene, og det er fornuften, der er vores – menneskenes – fælles træk. Fornuften er almenmenneskelig. Jeg er fornuftig – du er fornuftig, og ved at gøre brug af denne fælles fornuft kan vi afdække fælles normer for vores samliv. Disse normer er bindende for alle mennesker, for de er jo netop afledt af den almenmenneskelige fornuft.

I den verdslige rationalisme (ratio = fornuft) træder den menneskelige fornuft ind på Guds plads. Det er denne menneskecentrering, som danner grundlag for udvikling af menneskerettighederne, der netop i den amerikanske uafhængighedserklæring fra 4. juli 1776 – affattet under påberåbelse af retten til at knuse et styre, der modarbejder menneskenes ret til liv, frihed og lykke – blev beskrevet som indlysende og gældende for enhver:

»... alle mennesker er skabt lige, ... () de er af deres Skaber begavede med visse

7 Se herom også J. Skovgaard-Petersen i *Law and the Islamic World Past and Present*, ed. C. Toll & Skovgaard-Petersen, 1995.

8 *Introduction til Naturens og Folke-Rettens Kundskab*, 1741 s. 1. Udkom første gang 1716.

ufortabelige rettigheder, ... () og det er for at sikre disse, at statsstyrelser er indsatte blandt mennesker.«

Det er i en naturretlig tradition, at disse ord har mening – for menneskene havde jo ikke disse rettigheder i USA, og den amerikanske revolution gav dem heller ikke til alle.<sup>9</sup> Den ældre naturretlige tænkning er derfor præget af et hykleri, som det er nærliggende at påpege (se note 9), men samtidig må erkendes, at den naturretlige tradition giver sådanne generaliserende udsagn en dynamik – idet den rummer et krav om at bringe den positive ret i harmoni med den naturlige – der har været et virksomt element i den senere retsudvikling. Menneskeretsideologiens dominans i aktuel europæisk retstænkning er et synligt udtryk herfor. Den naturretlige tilgang forklarer, at menneskeretsideologien konfronteres med to vanskelige spørgsmål: Kan »menneskerettigheder« udstrækkes til at gælde for andet end mennesker, f.eks. dyr eller natur i almindelighed? Besvares dette spørgsmål bekræftende, forlades den oprindelige naturretlige basis. Det andet spørgsmål angår menneskerettighedernes universalitet: Er den menneskelige fornuft eller natur et fælles og ens udgangspunkt for menneskerettighedernes anerkendelse, bliver menneskerettighederne universelle; giver dette standpunkt plads for nogen form for relativisering, så beskyttelsen kan afstemmes efter forskelle i kulturelle traditioner, lokale forhold, etniske forskelle osv.? Også her kan besva-

relsen af spørgsmålet afspejle en større eller mindre fastholden af den naturretlige tradition for ens beskyttelse af alle mennesker.

Naturretten har utvivlsomt ydet væsentlige bidrag til den nyere retsudvikling. Men en positivist kan godt indrømme, at naturretten har haft historisk betydning for retens udvikling, og samtidig benægte, at naturretten har nogen videnskabelig sandhed. Og særligt ved menneskerettigheder kan konstateres, at de har haft en betydelig indflydelse i europæisk ret i de seneste årtier, herunder på dansk ret. På den anden side er denne indflydelse ikke baseret på nogen naturretlig opfattelse. Tværtom har tilhængerne gjort meget for at få menneskerettigheder anerkendt i dansk positiv ret, således ved inkorporation af Den europæiske Menneskerettighedskonvention.

Når vi skal vurdere naturrettens position i dagens retsfilosofi, må vi have lidt klarere begreber om, hvad naturret er, og hvordan naturretten adskiller sig fra andre retsfilosofier og blandt disse særligt positivismen, der bestandig optræder som dens modsætning. I en dansk kontekst må spørgsmålet besvares med udgangspunkt i Alf Ross' behandling af emnet. Bærende for naturretten – som Alf Ross definerede begrebet – er, at der ifølge naturretten »findes en etisk erkendelse, specielt en erkendelse af principperne for menneskers samliv i staten«. <sup>10</sup> Og muligheden for en sådan erkendelse benægtede Ross og andre positivistiske med ham. »Positivisten ... () benægter ... at der i hans, videnskabsmandens, erkendelse af

9 Om de sorte se Th. Marshall i 101 Harvard Law Review 1 (1987). Om kvinderne se Abigail Adams, citeret i H. Zahle i TfR 1989 s. 35. Om indianerne se John R. Wunder: »Retained by the people«. A History of American Indians and the Bill of Rights, Oxford University Press 1994.

10 TfR 1963 s. 511.

den retlige virkelighed indgår en moralsk vurdering. () Retsordenen er et socialt, empirisk faktum«,<sup>11</sup>

Den rent empiriske ramme for opfattelsen af retten havde Ross imidlertid svært ved at efterleve. Hans opfattelse af retssystemet var baseret på en antagelse om en grundnorm, hvorfra retten hentede sin gyldighed, og om denne grundnorm hævdede han, at den var ikke sat af nogen myndighed, den var et aretligt faktum.<sup>12</sup> Samtidig måtte han erkende, at der ikke var nogen politiker eller andre, der ville bekræfte dette såkaldte faktum, som skyldte logikken sin eksistens. Ross' positivisme hviler således på en logisk forudsætning, der er uden empirisk bekræftelse eller rettere modsiges af al empiri.

Selvom dette ikke i sig selv indebærer et moralsk element i Ross' retsteori, har Ross dog overskredet grænsen til det mytiske. Uden en naturretlig tradition, der førte retten tilbage til Gud, var man næppe kommet på den idé at forankre det samlede retssystem i en empirisk utilgængelig, men »logisk nødvendig« ideologi, grundnormen.

Moralen får betydning, når vi ser på den friere retsdannelse.

### 2.3 Den frie retsdannelse

Dommer Redmonds overvejelser over natur, Gud, og ret og uret viser, at der er et tankemønster, han ikke har gjort brug af; han er »holdt op med at tro på noget«, han gør dette klart for sig selv, men viser det ikke for andre.

Hans søvnløshed skyldes, at han er anfægtet, bange og utilfreds med sit resultat, selvom det er »velargumenteret« og »for-svarligt«.

Dommer Redmond overvejer inddragelsen af en »friere« argumentations- eller retskildelære. Han overvejer, om ikke pigen med sit nyfødte barn udgør en »familie« – en institution, som den irske forfatning (også) beskytter. Man kan også sige, at han overvejer en fortolkning af det foreliggende materiale med inddragelse af »reale hensyn« eller »forholdets natur«. Da han om formiddagen, hvor dommen skal afsiges, forbereder dommens afsigelse, overvejer han familiebegrebet:

»Han overvejede det et øjeblik, tænkte på den bestyrtelse det ville fremkalde blandt hans kolleger således at udvide familiebegrebet. Pigen måtte i så fald vinde, og skolen tabe. Tanken virkede pludselig forsvarlig, men den ville kræve en del overvejelser og undersøgelser.«<sup>13</sup>

Læseren får det indtryk, at dommer Redmond tænker i to niveauer: et juridisk, der omfatter grundlov, lov osv., og et moralsk, der fører ham til gud, retfærdighed og naturens love. Dommer Redmond har alene baseret sin overvejelse, og dermed sin dom, på det første niveau. Natten før afgørelsen dukker det næste niveau frem i hans bevidsthed, og da det fører til et andet resultat, er det en anfægtelse af det første niveau. Dommer Redmond er så smidig i sit juridiske håndværk, at han ser, at et *andet* resultat kan

11 Anførte sted s. 507, 505.

12 Om ret og retfærdighed s. 97.

13 Anførte sted (note 2) s. 96.

nås på det juridiske niveau ved at udvide forfatningens familiebegreb, omend med noget besvær og kollegers forundring som pris.

Nu vil nogen måske spørge, om sådanne tanker ikke udmærket kunne gives afgørende betydning for sagens udfald, uden at dommen af den grund skulle opfattes som naturretlig. Hvorfor skulle det være et eksempel på naturret, at en dommer – måske med henvisning til Gud, natur eller principper for ret og uret – udvider det forfatningsretlige familiebegreb og pålægger en skole at genoptage en pige, der har fået et barn? Går man med en sådan afgørelse ud over det, som efter Ross karakteriserede den positivistiske retsforståelse – at retten er et socialt faktum?<sup>14</sup>

Spørgsmålet kan ikke uden videre besvares. Problemstillingen må præciseres. For Ross talte jo tydeligvis om forskellige videnskabelige teorier – videnskabsteorier – mens emnet her er en dommers motivering. Dette hænger sammen med den ramme, som Ross satte for sin retsteori, at retsvidenskaben (som en antropologisk naturvidenskab) udefra beskriver sociale forløb. Denne ramme er klart uholdbar, for forholdet er det, at også videnskaben selv fungerer som en socialt aktiv faktor. Videnskabens produkter – juridiske artikler, bøger og foredrag – udbredes i den juridiske undervisning og læses af praktikere, der orienterer sig i et retsområde, og de får derved betydning for det begrebsapparat, de principper og de operative standpunkter, som praktikere lægger til grund i deres opfattelse og håndtering af konkrete, juridiske tvivls-spørgsmål. Vi må derfor kunne bruge son-

dringen mellem naturret og retspositivisme ved karakteristikken af ikke blot videnskaben om retten, men også om retsanvendelsen. Og her er der ikke megen vejledning at hente i, om retten er »et faktum« eller ej. For samtidig med, at der foreligger nogle »retskildefaktorer« eller legitime argumenter – altså en slags »fakta«, er det ikke dermed sagt, hvad forskeren eller praktikerens skal hævde/antage som gældende ret. Der er – hverken for forskeren eller for praktikerens – et fast og vurderingsfrit forhold mellem »foreliggende retskildefakta« og gældende ret. De forskellige tolkninger, som materialet ofte tillader, såvel som de afvigelser fra klare anvisninger i det foreliggende, som ofte er legitime, viser, at den, der på det foreliggende grundlag udtaler sig om gældende ret, gør mere end blot – med Ross' ord – beskrive et empirisk faktum. Dette »mere« indeholder ofte, hvad man ofte omtaler som moral.

Ofte beskriver positiver dommerens moralske vurderinger – når de anerkendes som virksomme – som individuelle: en personlig eller måske endda en privat samvittighedssag. Men dommerens moralske anfægtelser er jo ikke blot personlige (i betydningen: specielle for dommer Redmond), de er sociale eller kollektive, og de harmonerer med retligt anerkendte argumentationstyper.

På den anden side er de ikke universelle: De inddrages i eksemplet her ved fastlæggelse af et irsk familiebegreb, knyttet til den irske forfatning, og der er ikke nogen tvingende grund til at tro, at tilsvarende argumenter skulle være adækvate i f.eks. pakistansk forfatningsret. Tilsvarende er den

14 Se ved note 11 ovenfor.

beskyttelse af ytringsfriheden, som kan være en »menneskeret« i New York, fastlagt med hensyntagen til bl.a. det lokale mediebud og befolkningens forudsætninger, og derfor ikke uden videre egnet til at blive overført til et hvilket som helst andet samfund.

### 3. Naturret i dag

Det er ikke uforeneligt med en positivistisk tilgang at inddrage moralske synspunkter eller åbne for en friere retsdannelse. Men det er naturrettens fortjeneste at gøre dette systematisk og argumenteret, og at fremlægge de moralske standpunkter om det etiske rette og om retfærdighed, som hører til en ordentlig brug af denne større frihed.

Moralske standpunkter er i retlig sammenhæng ikke blot individuelle fænomener, men tillige samfundsmæssigt relevante elementer i de beslutninger, der træffes. Hvis man vil tale om samvittighed, må den enkeltes samvittighed ofte forstås i en kollektiv kontekst, f.eks. som udtryk for en »professionel samvittighed«.

Moralske standpunkter må på den anden side kunne drøftes med en vis restriktion, f.eks. som lokale standpunkter, dvs. med en vis relativisme indbygget. Det er ikke blot »naturen« – hvorved naturretten ofte sigter til menneskets medfødte og derfor almenmenneskelige natur eller fornuft – men også kultur og egen beslutning, der har betydning for, hvad der anses for rigtigt og forkert, og dermed for præmisserne for en retsopfattelse. Dommer Redmond holder fast ved sin dom, selvom han er utilfreds med den, fordi han kan og må slå en streg over de »universelle« kilder til en ikke-positiv

orden: Gud, natur, principper for ret og uret. Naturrettens præntention om at være universel kommer derfor til at afskrække ham fra at gå ind på en friere, ikke-lovbunden argumentation, der ellers ville kunne lede ham frem til et tilfredsstillende resultat. Naturrettens universalitet hæmmer således ikke bare relativisme, men først og fremmest moralsk ansvarlighed, hvorved jeg i denne sammenhæng forstår en domsafgørelse, som dommeren kan »identificere« sig med.

Det er en opgave at udvikle en mere åben drøftelse af de moralske elementer, som indgår i retsanvendelsen – ved domstole og i administration, men det er en opgave, som diskussionen mellem naturret og retspositivisme ikke giver noget frugtbart grundlag for at løse.

### Litteratur:

- Ludvig Holberg*: Introduction til Naturens og Folke-Rettens Kundskab, 1741  
*Raino Malnes og Knut Midgaard*: Politisk tenkning fra antikken til vår tid, Oslo 1994  
*Thurgood Marshall*: Reflections on the Bicentennial of The United States Constitution, 101 Harvard Law Review 1 (1987).  
*Alf Ross*: Naturret contra retspositivisme, i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1963 s. 497-525  
 –: Om ret og retfærdighed, 1953  
*Stig Strömholm*: A Short History of Legal Thinking in the West, Stockholm 1985  
*Colm Toibin*: Heden i flammer, 1995

#### Forfatteroplysninger:

*Henrik Zahle*: professor i statsrätt vid Det retsvidenskabelige Institut B, Københavns Universitet.