

Samfundskontrakten i retsfilosofien¹

HENRIK PALMER OLSEN

I denne artikel skitseres en ny tilgang til debatten om forholdet mellem ret og moral. Gennem inddragelsen af et samfundskontraktligt syn på retten pointeres det, at retten er karakteriseret dels gennem anerkendelsen af de retsskabende og de retsanvendende myndigheders normative autoritet, og dels gennem anerkendelsen af at der eksisterer en grænse for, hvordan denne autoritet kan udøves. Retten identificeres således i et krydsfelt mellem magt og legitimation, og dette giver anledning til på ny at overveje den nærmere karakter af forholdet mellem ret og moral.

Ret er et socialt og praktisk fænomen. Retsanvendelse og retsudøvelse er en formålsrettet og institutionaliseret aktivitet. En adækvat beskrivelse af et sådant socialt fænomen må ske i form af en forklaringsmodel, der opererer med rationalitet i en eller anden form som forklaringsmodus. Det betyder, at en beskrivelse af fænomenet må komme i stand gennem en beskrivelse af de strukturelle relationer der eksisterer mellem mål og middel indenfor den institutionelle praksis. Udarbejdelsen af et ikke-arbitrært retsbegreb er således en exercit i rationel rekonstruktion af dette mål-middel forhold, der konstituerer den retlige praksis.

Dette udgangspunkt kan, så vidt jeg ved, langt størstedelen af alle retsfilosoffer, inklusive Hart, Dworkin og Habermas blive enige om. Det er spørgsmålet om, hvad dette indebærer i relation til forholdet mellem ret og moral, der i dag deler retsfilosofien.

Udgangspunktet for det man kan kalde en retspositivistisk filosofi er, at der eksiste-

rer en række lighedspunkter mellem ret og moral, men også at det er muligt, rent analytisk at udskille visse normer som retlige, uden at foretage en bedømmelse af disse normers moralske karakter. De mest fremtrædende eksponenter for en sådan retspositivisme må siges at være Hans Kelsen og Herbert Hart. Disse forfattere har haft væsentlig indflydelse på retstænkningen i dette århundrede. Kendetegnende for denne retsfilosofi er, at den i udgangspunktet hævder, at de retlige normer knytter sig til, eller udgør en særlig type af begrundelse for handling. Retsreglerne opfattes, som Hart skriver, som standarder for anerkendelse og kritik af egen og andres adfærd. Men disse standarder er ikke nødvendigvis af moralsk karakter. Ret og moral er baseret på to forskellige diskurser, og det forhold, at en standard (regel) er gyldig i retlig forstand, er ikke ensbetydende med, at den så også er det i moralsk forstand – og omvendt. Retspositivismen anlægger således en normativ, ikke-moralsk forståelse af

1 Oplæg på Retfærd konference Rätten, moralen och juristen i Norden, 16- 17.10.1998 i Sjundeå, Finland.

retten. Den retlige normativitet udgør en autonom sfære – en selvstændig kategori – i den praktisk fornuft.

Kendetegnende for den retspositivistiske filosofi er altså, at retten betragtes som et autonomt system af normer. I en analyse af denne tese om rettens autonomi identificerer Gerald Postema 3 underteser. 1) En *limited domain thesis*, som siger at retten definerer et afgrænset område indenfor hvilket den praktiske fornuft skal holde sig, hvis den skal være retlig. 2) En *pre-emption thesis*, som siger at kun de grunde som er defineret af denne *limited domain thesis*, må finde anvendelse i forbindelse med det retlige ræsonnement. Og 3) en *sources thesis*, som siger, at det område som fastlægges af denne *limited domain thesis* er defineret ved hjælp af kriterier, som udelukkende refererer til bestemte konstaterbare fakta i den sociale virkelighed, hvorfor den nærmere fastlæggelse af den retlige normativitets område, kan finde sted uden at appellere til moralske argumenter. Disse 3 underteser udgør tilsammen den retspositivistiske tese om rettens autonomi, og udtrykker et princip om *diskontinuitet* mellem ret og moral.

Denne idé, om at det skulle være muligt at udskille det retlige ræsonnement som en selvstændig form for praktisk fornuft, der kan operere fuldstændigt uafhængigt af enhver moral, har ikke fundet opbakning hos alle jurister. Tværtimod er udgangspunktet for det man kan kalde den retsidealistiske filosofi, antagelsen af et princip om *kontinuitet* i forholdet mellem ret og moral. At træffe en afgørelse på baggrund af et retligt ræsonnement og at hævde at den pågældende afgørelse er retlig gyldig, og derfor kan håndhæves, kan, ifølge den retsidealistiske filosofi, ikke ske uden at der på et eller

andet sted i det retlige ræsonnement indgår en bedømmelse af, om de retshåndhævende myndigheder i moralsk forstand er berettigede til at håndhæve den pågældende afgørelse. Ikke således at forstå, at det ikke er muligt at gennemtvinge en umoralsk regel, men således, at en sådan gennemtvingelse ikke kan være retlig gyldig. Den retsidealistiske filosofi kan måske bedst forstås med udgangspunkt i en kritik af den retspositivistiske filosofi, der tager afsæt i følgende spørgsmål: Hvordan kan retten på samme tid være forpligtende set fra et retligt synspunkt, og uforpligtende set fra et moralsk synspunkt? Altså, hvad vil det helt præcist sige, at noget er retligt forpligtende, hvis det ikke samtidig er moralsk forpligtende? Fullers artikel fra 1958 *Positivism and Fidelity to Law*, retter dette spørgsmål til Herbert Harts retspositivisme og svarer følgende:

»I hope I am not being unjust to Professor Hart when I say that I can find no way of describing the dilemma as he sees it but to use some such words as the following: On the one hand, we have an amoral datum called law, which has the peculiar quality of creating a moral duty to obey it. On the other hand, we have a moral duty to do what we think is right and decent. When we are confronted by a statute we believe to be thoroughly evil, we have to choose between those two duties.

If this is the positivist position, then I have no hesitancy in rejecting it. The »dilemma« it states has the verbal formulation of a problem, but the problem it states makes no sense. It is like saying I have to choose between giving food to a starving man and being mimsy with the borogroves. I do not think it is unfair to the positivistic

philosophy to say that it never gives any coherent meaning to the moral obligation of fidelity to law. This obligation seems to be conceived as *sui generis*, wholly unrelated to any of the ordinary, extra-legal ends of human life. The fundamental postulate of positivism – that law must be strictly severed from morality – seems to deny the possibility of any bridge between the obligation to obey law and other moral obligations. No mediating principle can measure their respective demands on conscience, for they exist in wholly separate worlds.« (Fuller 1958, p. 656).

Problemet er altså, at der er brug for en moralsk teori om retten. Det retspositivistiske princip om diskontinuitet, og tesen om at det er muligt at konceptualisere retlig gyldighed fuldstændig uafhængigt af spørgsmålet om rettens moralske gyldighed, må erstattes af et princip om kontinuitet og en tese om, at det er muligt på en eller anden måde at integrere betingelserne for retlig gyldighed med betingelserne for moralsk legitimeret magtanvendelse. Der findes en række forskellige teorier om, hvordan en sådan integration kan finde sted, men det fælles karakteristiske for disse retsidealistiske filosofier er, at de alle afviser muligheden for en moralsk neutral erkendelse af gældende ret.

Set i relation til det metodiske udgangspunkt, der, som jeg nævnte tidligere går ud på, at den retlige begrebsdannelse er en excersits i at foretage en rationel rekonstruktion af det mål-middel forhold, der konstituerer den retlige praksis, skal den retlige fortolknings- og argumentationsproces, ifølge den retsidealistiske filosofi ses som et led i et forsøg på at realisere en moralsk vision. Dette indebærer, at hvis

eksempelvis en afgørelseshandling, der har en korrekt retlig form, af en eller anden grund ikke besidder den fornødne moralske rationalitet, kan handlingen, på trods af dens korrekte retlige form, ikke karakteriseres som retlig gyldig, og den vil følgelig ikke besidde den legitimitet, der normalt følger med retlige afgørelser. En yderligere pointe for den retsidealistiske filosofi er, at en central del af den normative proces gennem hvilken retten afdækkes og/eller konstrueres – nemlig den fortolkning og argumentation som finder sted i den retlige praksis – er afhængig af moralske bedømmelser. Retlige udsagn er produkter af fortolkning og der indgår altid moralske bedømmelser i disse fortolkninger.

Der findes mange forskellige retsidealistiske teorier, og det er formentlig ikke helt forkert at sige, at det her i slutningen af 1990'erne ikke længere er suspekt at argumentere for et retsidealistisk retsbegreb. Blandt de mest kendte fortalere for en retsidealistisk filosofi finder vi Ronald Dworkin jf. hans *Law's Empire* og Jürgen Habermas jf. dennes *Faktizität und Geltung*, men også i Skandinavien har denne opfattelse i hvert fald delvis slået igennem jf. f.eks. David Doublets doktorafhandling fra 1994 *Ret, Vitenskap og Fornuft* samt Aleksander Pezzeniks *Vad är Rätt* fra 1995.

Udgør denne fornyede tilslutning til retsidealismen en retsfilosofisk vending? For at besvare dette spørgsmål, må man vide mere præcist hvad der spørges om. En vending i forhold til hvad. Stiller man spørgsmålet med udgangspunkt i den skandinaviske retsrealismes tradition, er der formentlig ingen tvivl om, at de fleste vil karakterisere denne fornyede interesse for retsidealismen som en retsfilosofisk vending. Ser man der-

imod på spørgsmålet i en større international sammenhæng, mener jeg ikke, at man kan tale om nogen vending. I international sammenhæng har der nemlig løbende bestået en debat mellem retspositivister og retsidealister, og der har ikke på noget tidspunkt eksisteret nogen fast etableret retsfilosofi. Således har retsidealismen haft sine repræsentanter, f.eks. Gustav Radbruch og Lon Fuller og retspositivismen sine, f.eks. Herbert Hart og Joseph Raz. Ja, i nyere tid er det vel nærmest kendetegnende for den internationale udvikling, at retsidealister og retspositivister i vidt omfang er nået nærmere en fælles forståelse, og at forskellen mellem de to positioner i dag i realiteten er langt mindre end man måske opfatter det fra skandinavisk side af.

Med dette in mente, vil jeg i det følgende forsøge, i en, om jeg så må sige, økumenisk ånd, at fremstille hvad der kunne være et fælles udgangspunkt for retspositivister og retsidealister. Et udgangspunkt, der kan formuleres som et spørgsmål om, hvor i krydsfeltet mellem magt og legitimation, retten skal placeres.

Problemet om forholdet mellem magt og legitimation kan illustreres gennem den gamle tanke om, at statsmagten er legitimeret gennem en samfundspagt, eller samfundskontrakt om man vil. En af de klassiske værker der beskriver rationalet bag oprettelsen af en statsmagt er den engelske filosof Thomas Hobbes' *Leviathan* fra 1651. Hovedtanken er følgende:

Udgangspunktet for den menneskelige tilværelse er Naturtilstanden – en hypotetisk tilstand, hvor der ikke eksisterer nogen form for samlende samfundsmagt og derfor heller ingen ret eller retsudøvelse. Naturtilstanden er et anarki, hvor enhver kan gøre

som han vil, kun begrænset af andre individers fysiske magt. Dette er ikke i sig selv problematisk. Det problematiske består i Hobbes' kobling af naturtilstanden med hans beskrivelse af det menneskelige individs natur som styret af selvopholdelsesdrift og behovstilfredsstillelse. På grund af menneskets således egoistiske væsen, vil naturtilstanden udgøre en slags alles krig mod alle. Den eneste magt der eksisterer i naturtilstanden er individernes egen ukontrolleret magt, og livet leves derfor i: »continual feare, and danger of violent death«. Livet er »solitary, poore, nasty, brutish, and short« (Hobbes 1985, p. 186 [62]).

Hobbes' naturtilstand fungerer som et modbillede til det civiliseret samfund, hvor individernes egoistiske væsen bliver tæmmet af en magt større og stærkere end dem selv. Denne større magt er statsmagten. For at undgå samfundsmæssigt kaos og den usikkerhed og angst der følger med et sådant kaos, må borgerne afgive deres naturlige individuelle suverænitet gennem skabelsen af en stat. En statsforfatning er et middel til en sådan statsdannelse, og således central for, om end ikke identisk med, den aftale – samfundskontrakten – hvormed individerne afgiver suverænitet til staten til gengæld for realiseringen af et fredeligt organiseret og struktureret samfund, hvor staten (suverænen) sikrer individernes retigheder mod overgreb fra andre individer. Ydermere, selvom der findes moralske principper, som kan erkendes af enkeltindivider for sig selv, er det kun gennem dannelsen af et statssamfund med monopolisering af retten til at anvende fysisk magt, at disse moralske principper kan realiseres. Enkeltindivider vil i konkrete tilfælde have forskellige opfattelser af hvad der er moralsk

rigtigt og påkrævet, og kun ved at enkeltindivider afstår fra at håndhæve deres egen opfattelse af, hvad der er moralsk rigtigt for til gengæld at adlyde en statslig autoritet, kun på denne måde kan man sikre en rationel og moralsk samfundsorden.

Hele pointen med at oprette en statsmagt – et civiliseret samfund – er at etablere en autoritet, en suveræn, som for os, fastlægger hvilke rettigheder og pligter vi har i forhold til hinanden og i forhold til staten. Hvis borgerne ikke accepterer den statslige magtudøvelse, og gør oprør, vil suverænen ikke længere være suveræn, og samfundet vil falde tilbage til en naturtilstand indtil der igen dannes en ny samfundskontrakt. På den anden side er legitimiteten af den magt suverænen besidder afhængig af, at den holder sig inden for de grænser, der er fastsat i samfundskontrakten. Suverænen har fået monopol på retten til magtanvendelse, men ikke frie hænder til at anvende denne magt efter forgodtbefindende. Den retsfilosofiske debat opstår altså fordi al retsskabelse og al retsanvendelse, finder sted i dette tussmørke mellem magt og legitimation, og fordi der findes forskellige måder hvorpå ideen om legitimeret magt kan teoretiseres.

Problemet opstår, når de retsskabende eller de retshåndhævende myndigheder overskrider den kompetence der gennem samfundskontrakten er tillagt dem. Hvad gør man, hvis indehaverne af statsmagten er mere optaget af et tjene bestemte fraktioner i samfundet, end de er optaget af at sikre implementeringen af de moralske principper, for hvis skyld jeg som individ afstår fra at håndhæve min egen opfattelse af, hvad der er moralsk påkrævet?

På den ene side er min lydighed overfor autoriteterne moralsk påkrævet fordi uly-

dighed vil føre til samfundets opløsning og retur til naturtilstanden – noget vi oplever igen og igen i de mange borgerkrigshærgede lande i verden. Rettens magtaspekt – som består i de retlige autoriteters *de facto* afgørelser og *de facto* håndhævelse m.v. – synes altså at påkalde sig en selvstændig legitimation selv i de tilfælde, hvor de oprindelige moralske principper krænkes. Retten synes i den forstand at blive koblet fri fra moralen for at antage en autonom karakter, hvorefter den kan opfattes som en slags institutionaliseret normativitet, der ikke længere er i besiddelse af en moralsk forankring i forholdet 1:1. Det er dette, som danner grundlag for etableringen af det retspositivistiske princip om diskontinuitet og tesen om rettens normative autonomi. Men dette er samtidig grunden til, at retsidealisten opfatter forholdet mellem magt og legitimation som et moralsk dilemma: I hvilket omfang skal man fastholde at samfundets stabilitet, og herunder retssikkerheden, skal gå forud for borgeres eller embedsmænds lydighedsnægtelse i relation til eventuelle umoralske regler eller afgørelser? Dilemmaet – som har været sat på spidsen i f.eks. nazi-tyskland – synes vanskeligt, både fordi spørgsmålet materielt set er vanskeligt at svare på, men også fordi problemet synes at reproducere sig selv i spørgsmålet om, hvem der skal vurdere om den statslige autoritet har brudt samfundskontrakten. Hvem skal bedømme om den eller den regel er umoralsk, og derfor ikke har den fornødne retlige legitimitet?

Uanset om man er retspositivist eller retsidealist, består det centrale problem i at finde en måde at anskue det komplekse forhold mellem magt og legitimation på, som kan sætte os i stand til at bedømme hvornår

den formelle retssikkerhed skal gå forud for den materielle moral, og omvendt hvornår den materielle moral skal gå forud for den formelle retssikkerhed. Retsfilosofiens opgave er at analysere dette problem, og at opstille en teori der gør det muligt at forholde sig til problemets kompleksitet.

Mit bud – meget løst skitseret – består af en kombination af to ting. For det første en erkendelse af at den menneskelige fornuft har sine klare begrænsninger, hvorfor enhver handling, uanset hvordan man vender eller drejer det, højst kan være et forsøg på at foretage en moralsk rigtig handling. Vi må med andre ord opgive moralsk perfektionisme. Afgørende for en handlings moralske legitimation bliver herefter, om den kan ses som et forsøg på i god tro at opfylde en moralsk forpligtelse eller at forsvare en moralsk ret. Dette bliver den målestok, der skal anvendes ved vurderingen af om suverænen – eller mere præcist, den som repræsenterer suverænen – har brudt samfundskontrakten. Det andet der er brug for, er en teori der formår at integrere praktisk og moralsk fornuft, således at det bliver muligt at se en sammenhæng mellem moralens umiddelbare handlingsdirektiver og de direktiver der formidles indirekte gennem en institutionalisering af den moralske fornuft. En sådan teori kan man finde inspiration til hos Ronald Dworkin, der anerkender, at både retssystemets autonome normativitet og den i samfundet almindeligt accepteret moral indgår i de konstruktive fortolkninger, som fører frem til udsagn om, hvad der er gældende ret (i konkrete tilfælde). Men for at give Dworkins teori mere substans foreslår jeg, at man erstatter Dworkins moralrelativisme med Alan Gewirths *Principle of Generic Consistency*.

Gewirths moralske teori har den fordel, at den giver mulighed for at afveje forskellige rettighedskrav (interesser) overfor hinanden. *PGC* opererer således med et rettighedshierarki, hvor retten til basale goder har prioritet forud for retten til opretholdende goder, der igen går forud for retten til udvidende goder. Disse rettigheder korresponderer selvsagt med tilsvarende pligter. Ved således at kombinere Dworkin og Gewirth kan opnås et ganske godt grundlag for at vurdere, hvornår den formelle retssikkerhed skal gå forud for den materielle moral og omvendt, hvornår den materielle moral skal gå forud for den formelle retssikkerhed. Teorier der i et vist omfang går i samme retning, men som ikke baserer sig på Gewirths teori, kan findes hos bl.a. Robert Alexy, og senest i Nils Jansens prisbelønnet artikel *The Validity of Public Morality*.

Litteratur

- Alexy, Robert (1992), *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Doublet, David (1995), *Ret, vitenskap og fornuft*. Bergen: Alma Mater Forlag A/S.
- Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*. London: Fontana
- Fuller, Lon (1958), Positivism and Fidelity to Law. 71 *Harvard Law Review* p. 630-672.
- Gewirth, Alan (1978), *Reason and Morality*. Chicago: Chicago University Press.
- Habermas, Jürgen (1992), *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Hart, H. L. A. (1994), *The Concept of Law*. Oxford: The Clarendon Press.
- Hobbes, Thomas (1968), *Leviathan* C.B McPherson (Ed.) Pelican.
- Jansen, Nils (1998), The Validity of Public Morality. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* p. 1-15.

- Kelsen, Hans (1960), *Reine Rechtslehre*. 2. vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Franz Deuticke.
- Peczenik, Aleksander (1995), *Vad är rätt?* Stockholm: Fritzes Förlag AB.
- Postema, Gerald (1996), Law's Autonomy and Public Practical Reason. In: George R. P., *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: The Clarendon Press, p. 79-119.
- Radbruch, Gustav (1950), *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl. Stuttgart: K. F. Koehler Verlag.
- Raz, Joseph (1979), *The Authority of Law*. Oxford: The Clarendon Press
- Författarpplýsningar:*
Henrik Palmer Olsen, PhD, adjunkt i statsret, Københavns Universitet