

Stig Jørgensen

RET  
FÆRDIGHED

OG

RET  
II

Jurist- og Økonomforbundets Forlag  
1991

*Retfærdighed og ret II*

© 1991 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.  
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller  
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er  
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt  
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Tryk: Narayana Press, Gylling  
Printed in Denmark 1991  
ISBN 87-574-5831-6

## *Indhold*

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| Forord .....                                 | 7  |
| Indledning .....                             | 11 |
| Begreb og historie .....                     | 17 |
| Retfærdighed, lighed .....                   | 20 |
| Lighed eller vilkårlighed .....              | 22 |
| Regel – princip .....                        | 24 |
| Moral og retfærdighed .....                  | 26 |
| Gyldigheds- eller funktionsbetingelser ..... | 28 |
| Pluralisme og juridiske principper .....     | 33 |
| Antropologi og politik .....                 | 38 |
| Retfærdig krig og positiv ret .....          | 42 |
| Reaktionsretten .....                        | 44 |
| Retfærdighed i litteraturen .....            | 46 |
| Retfærdighed og pligt .....                  | 48 |
| Symmetri og retfærdighed .....               | 51 |
| Retfærdighed som proces .....                | 54 |

|                                          |    |
|------------------------------------------|----|
| Habilitet . . . . .                      | 58 |
| Sagligt hensyn. Ret og politik . . . . . | 60 |
| Rimelig og retfærdig . . . . .           | 62 |
| Retfærdighed og naturret . . . . .       | 66 |
| Retsmisbrug . . . . .                    | 73 |
| Prioritet . . . . .                      | 74 |
| Konklusioner . . . . .                   | 75 |
| Litteratur . . . . .                     | 79 |

## *Forord*

I en nyligt udkommet bog: *Ret-færdighed og ret* har jeg gjort mig til talsmand for en relationistisk retsteori, som går ud fra, at retten har forskellige funktioner (færdigheder), og at de fleste (gængse) retsteorier hypotetiserer én af disse funktioner, således at definitionen ser bort fra andre sider af retten. Jeg argumenterer for, at en dækkende retsteori må omfatte samtlige relationer, den må være pluralistisk.

Jeg argumenterer tillige mod Alf Ross' retsteori (*Om ret og retfærdighed*, 1953), som var baseret på den logiske empirisme og derfor måtte bortdefinere retfærdigheden som et ikke-retsvidenskabeligt begreb, idet det er uden »semantisk referens« (ydre eksistens). Jeg forkastede den ikke klart udtalte forudsætning i denne videnskabsteori: At det er muligt at give en objektiv beskrivelse af virkeligheden, eftersom sprog og virkelighed hører til forskellige logiske kategorier.

Ud fra en hermeneutisk-antropologisk opfattelse af sprogets redskabskarakter antog jeg, at virkeligheden vel findes inden for bevidstheden, men at den sproglige *kvalifikation* af den udgør en handling, som er styret af interesser og formål. Denne opfattelse af sproget fører os til den konklusion, at en sproglig kvalifikation af virkelighedsfænomener eller begivenheder ikke er en objektiv beskrivelse, men en intersubjektiv tolkning. Den retlige kvalifikation af det til bedømmelse liggende materiale er altså en tolkende virksomhed i relation til det relevante retlige materiale. »Tolkning« af retsreglerne og »tolkning« af fakta er altså en integreret proces, som dialektisk fører frem til en beslutning, der retfærdiggøres gennem den logiske overensstemmelse mellem den konkrete fortolkning og vurdering af det retlige materiale og de retlige fakta.

Med denne opfattelse af forholdet mellem sprog og virkelighed, mellem beskrivelse og tolkning ophæves den logiske empirismes skelnen mellem erkendelse og vurdering, hvorfor man,

som traditionelt i den juridiske dogmatik, fortolker retsreglerne i lys af deres formål og de faktiske eller hypotetiske virkninger af forskellige tolkningsmuligheder. Jeg forudsatte, at retten vel ikke foreligger i form af et formelt logisk og lukket system, der fastholdes af en overordnet »grundværdi« (grundnorm), men at den foreligger i et politisk-faktisk »system«, der ikke er logisk sammenhængende, men åbent, idet der dog så vidt muligt ikke anerkendes åbenbare selvmodsigelser i afgørelser forskellige steder i »systemet«. Modsigelse og vilkårlighed er to af de væsentligste brud på den indstilling, som kaldes »retfærdighed«, der repræsenterer en grundværdi i retten og moralen: At lige tilfælde behandles lige. Det afgørende må i enhver sammenligning være *kriterierne* for en lighedsbedømmelse.

I øvrigt er det en tesis i den nævnte bog, at retssystemet må tolkes med udgangspunkt i det politisk-statsretlige system, som må forstås ud fra den herskende ideologi. I øvrigt må de enkelte dele af retssystemet tolkes ud fra deres egne *grundprincipper*, som udtrykker de værdier, som ligger til grund for de forskellige retsinstitutter og retsområder. Retsreglerne har til formål at regulere forskellige sider af samfundslivet og udtrykker derfor de formål, som tilstræbes hermed. Denne tolkning må konkurrere med hensynet til *retssikkerheden*, som er vigtig for samfundets funktion og dets *effektivitet*.

Den retlige argumentation er primært *regelorienteret*, idet reglerne skaber pligter, der skal opfyldes, men da reglerne er båret af et formål, må tolkningen også tage hensyn til, at formålet opfyldes. Tolkningen skal også være *teleologisk* og dermed også fremadrettet mod hensynet til at opnå den mest »hensigtsmæssige« virkning (pragmatik). Den retlige argumentation er altså primært en bagudrettet *normativ argumentation*, men den er altså også teleologisk/pragmatisk. Et af de argumenter, som har været anført i den retlige dogmatik som målet for – eller et af målene for – retten og retsafgørelsen, er »retfærdighed«. Denne argumentation er også bagudrettet, men den er ikke normativ på samme måde som henvisning til en retsregel; den er snarere en umiddelbar vurdering eller en henvisning til moralen.

Den logiske empirisme afviste argumenter med henvisning til »retfærdighed«, »rimelighed« og »billighed« som tomme og indholdsløse. I denne lille bog vil jeg argumentere for, at der for det første ikke er nogen principiel hindring for denne type argumenter, for det andet at der ikke er tale om en ganske ustruktureret henvisning til moralen. Derimod synes der at være den fælles struktur i alle de forskellige former for retfærdighedsforestillinger – og der findes flere – at de henviser til et »lighedsbegreb« i en eller anden form. Der er nemlig ikke tale om ét lighedsbegreb men derimod om flere, men alle disse lighedsbegreber har en fælles struktur, som synes at modsvare fundamentale samfundsmæssige behov og derfor også fundamentale menneskelige følelser.

Retten og moralen har meget til fælles. Historisk betragtet har de samme rod og funktion. I et primitivt samfund er der identitet mellem ret og moral, retten betragtes ligesom moralen som guddommelig sædvane. Det er først med dannelsen af en positivistisk retsteori, når menneskene selv skaber retten, at skismaet mellem ret og moral bliver en realitet, og retfærdighedsproblemet opstår.

I denne lille bog vil jeg isolere retfærdigheden fra de øvrige relationer mellem moral og ret, som eksisterer, og foretage en nærmere analyse af begrebets struktur og funktion samt dets afgrænsning i forhold til naturretten.

## *Indledning*

»Retfærdighed« betyder, at det går efter fortjeneste.

I primitive samfund med en kollektiv og objektiv livsform vil det sige, at tildelingen af værdier sker i forhold til status, og at vederlag skal svare til ydelse og reaktionen stå i forhold til ondet. I øvrigt er det guderne, som fastsætter menneskenes lod i tilværelsen, og dermed hvad der er deres tilmålte skæbne.

I organiserede samfund fastsættes menneskenes fortjeneste i forhold til deres indsats og dermed deres værdi for helheden. I udviklede samfund med en individualistisk og subjektiv livsform fastsættes fortjenesten i forhold til den gode eller onde vilje.

Naturligvis er der ikke tale om, at en enkelt form for fortjeneste er gældende i enhver given livsform, derimod om, at de forskellige former for fortjeneste supplerer hinanden og anvendes i forskellige sektorer og i forskellige relationer ved siden af hinanden. I *privatretten* er det i hovedsagen ydelsesretfærdigheden, som dominerer retsforholdet, idet ydelse og vederlag som regel bør ækvivalere. Forrykkes balancen, vil man kunne gribe til forskellige former for retsmidler, der tilsigter at opretholde en rimelig ligevægt. Det mest generelle er aftalelovens § 36, som giver domstolene mulighed for at tilsidesætte »urimelige« kontraktvilkår, men obligationsretten indeholder også retsmidler, der muliggør en ophævelse helt eller delvist, såfremt der viser sig at være eller opstå en ikke uvæsentlig uligevægt mellem parternes ydelser. Reglerne går tilbage til den rationalistiske naturret, der overtog dem fra den katolske moralfilosofis lære om det »retfærdige vederlag« (*justum pretium*), som igen kan føres tilbage til Aristoteles' metafysik og etik.

I *strafferetten* er den objektive gengældelse under indflydelse af den kirkelige skyldlære blevet afløst af en reaktion, som er afhængig af og står i forhold til den onde vilje (*culpa*). Erstatningsretten, som repræsenterer den del af det gamle reaktionssystem, der angår opretning af den krænkedes tab, beherskes også i ho-



vedsagen af en almindelig culparegel, men reaktionen (erstatningen) fastsættes i forhold til det lidte tab. Ligesom de privatretlige reaktioner undertiden afhænger af subjektive betingelser (culpa), kan de reaktionsretlige, såvel de erstatningsretlige som – af hensyn til retssikkerheden dog sjældnere – de strafferetlige reaktioner, knyttes til de rent objektive handlinger.

Men retfærdigheden er ikke blot knyttet til resultatet af afvejningen af ydelse efter fortjeneste, men også til den *procedure*, i henhold til hvilken man bedst og mest effektivt tilstræber retfærdigheden.

Vægten har fra de ældste tider været symbol på retfærdigheden, idet den rent bogstaveligt afvejer ydelse mod vederlag, fortjeneste mod belønning eller straf. I den retlige udvikling har man gradvist skabt procedurer, der hver til sin tid har udgjort en retfærdig proces (fair trial) til konstatering af den rette sammenhæng. Der er ikke meget ved at have ret, hvis man ikke får det.

I en eller anden form har der altid eksisteret en forestilling om, at det i livet skal gå efter fortjeneste, og at belønning og straf må stå i forhold hertil. Derfor har det været vigtigt for menneskene at finde en forklaring på eller snarere en begrundelse for begundstigelser eller ulykker i velgerning eller misgerning. Død, sygdom, misvækst eller krig må skyldes en krænkelse af de højere magter, som formildes med ofre eller med pønitense; ved bøn og ritualer søger man omvendt at holde ulykkerne fra døren.

I forskellige varianter har menneskene levet på forestillingen om, at deres gerninger eller svigten er grunden til deres positive eller negative livsforhold. Hele fremskridtstroen er baseret på antagelsen af, at Gud hjælper den, som hjælper sig selv, og at fremgang og ulykke er selvskabt. Viljen og sindelaget ser Vorherre på, når det gælder den endelige frelse. Retfærdiggørelse ved troen er en af de fundamentale kristne og især protestantiske dogmer.

Det er som sagt tesen i denne fremstilling, at retfærdighedsforestillingen har rod i et primært menneskeligt behov for at tro på, at livet – dennesidigt og/eller hinsidigt – sikrer en vis ligevægt mellem vore handlinger og deres forudsætninger og konsekven-

ser, at det går efter fortjeneste, og at det hele går retfærdigt til. Det er denne del af moralen, som angår retten, og som har været et grundproblem for retsvidenskaben, siden retten blev skilt fra moralen med opgivelsen af troen på den guddommeligt sanktionerede sædvane til fordel for troen på den menneskelige positive lovgivningskompetence.

*Retfærdighed*

## *Begreb og historie*

Retfærdighed er både et juridisk, filosofisk og teologisk begreb. Jeg vil især opholde mig ved begrebets anvendelse og betydning inden for retslæren og retshistorien.

I den positivistiske retsteori blev begrebet bandlyst som værende meningsløst, medens det i den nyere retsteori og retspraksis påny er blevet muligt at anvende argumenter med henvisning til, hvad der er en retfærdig eller rimelig problemløsning.

Der findes flere varianter af retfærdighedsbegrebet, hvoraf de to almindeligste går tilbage til Aristoteles' etik: den kommutative (forholdsmæssige) og den distributive (uddelende), men de kan muligvis forenes i den stoiske lære om (*ta aisima*) »suum« (sit), »man skal give enhver sit«. De romerske begreber *justitia* og *aequitas* henviser til sædvane og ligevægt, som går tilbage til de ældste (ægyptiske) forestillinger om vægten som rettens symbol, og peger frem mod den middelalderlige moralfilosofi og den rationalistiske naturretsteori i 1600- og 1700-tallet.

Den idealistiske retsteori i 1800-tallet fortsatte med at anse værdierne, herunder retfærdigheden, som genstand for en videnskabelig erkendelse, mens det 20. århundredes idealismekritik afviste retfærdigheden. Spørgsmålet er, om og eventuelt hvordan retfærdigheden kan rehabiliteres?

*Justitia* og *epieikeia* i henholdsvis romersk og græsk sprogbrug henviser ligesom moral og etik til sædvanen og det at handle i overensstemmelse med det sædvanlige, i overensstemmelse med en regel, ligesom de tilsvarende germanske ord: lov og ret. Den primitive opfattelse af retten er, at den udgør en guddommelig sædvane ligesom den europæiske højmiddelalders kirkeligt approberede sædvane.

Retfærdighed kan være regelorienteret og procesorienteret. Den *regel*orienterede retfærdighed er udtryk for den formelle retfærdighed: At lige tilfælde behandles lige (Kants gyldne regel). Den *proces*orienterede retfærdighed er udtryk for, at det er en

*due process* (fair trial); procesgarantier sikrer en retfærdig afgørelse (især udbredt i angelsaksisk rets- og moralfilosofi (John Rawls, Ronald Dworkin)), idet dommeren er honoratius i angelsaksisk tradition.

En tredje form for retfærdighed er *billighed*: *epieikeia* (det som hører til ligheden), *aequum et bonum*, *aequitas*, *equity*, *Treu und Glauben*, rimelighed. Det har altid været klart, at det sædvanlige også skulle administreres med fornuft, og Platon og Aristoteles udtrykte den senere abstrakte tanke, at anvendelsen af en abstrakt regel kræver en *konkretisering*, idet abstraktionen er en induktion fra de konkrete socialtypiske situationer, således at den abstrakte formulering sprogligt »dækker« mere, har kompetence til at dække andre upåtænkte situationer. Abstraktionen har altså en »generativ« evne, og der må derfor indføres en mekanisme, som filtrerer betydninger bort, som strider mod reglens formål, hensigt, pragmatik. På den anden side er sproggrænsen normalt også grænsen for anvendelsen, medmindre »årsagernes lighed« fører til *analogi* via et højere princip; retssikkerheden må afbalancere billigheden.

Lov og ret er nærmest synonyme ligesom andre retoriske formuleringer såsom: fryd og gammen, fup og svindel m.v. Lov kommer af lægge, d.v.s. det nedlagte, det sædvanlige; ret kommer af det rette (i modsætning til det krogede). Lov (law, lag) hører til vort ældre nordgermanske sprog, men er beslægtet med latin *lex* (ligo, d.v.s. at fæstne, binde) (græsk: legein, d.v.s. at lægge, skrive). *Ret* (Recht, diritto, droit) er det rette, det dirigerede, det retningsbestemte. Der er heller ingen oprindelig sondring mellem den konkrete afgørelse og den abstrakte regel. Lov og dom er en anden retorisk talefigur, ligesom ret og retfærdighed. »Retfærdighed« betyder det at gøre det rette, at være én der gør det rette, at handle i overensstemmelse med retten.

Det er uomtvisteligt, at retfærdighed i denne *formelle* forstand (i overensstemmelse med ret i modsætning til uret, d.v.s. vilkårlighed, magt) er en fast bestanddel af et retfærdighedsbegreb, medens et *materielt* retfærdighedsbegreb må være relativt, d.v.s. i overensstemmelse med retstilstanden i en given tid og på et givet

sted. Retfærdighed og naturret i absolut forstand kan i hvert fald kun indeholde nogle almindelige principper, som anses for at være en betingelse for, at et samfund kan eksistere (minimum content of law: du må ikke lyve, du skal respektere andres personlige og tinglige integritet), men andre moralske principper hævdes i kanonisk ret og hos Lon Fuller (love skal bekendtgøres, ikke have tilbagevirkende kraft, ikke kræve det umulige, være forståelige og ikke selvmodsigende og ikke genstand for hyppige forandringer, og så skal de følges).

Primitive samfund er kollektive og slægtsorienterede, medens moderne samfund er individualistiske. Forskellen bliver derfor, at retten i de førstnævnte er objektiv og kasuistisk, medens den i de sidstnævnte er subjektiv og generel. Derfor må retfærdigheden i materiel forstand veksle med det politiske og ideologiske indhold, men samfund på samme udviklingstrin synes at stå over for samme problemer, som de løser på lignende måde, omend med forskellige ydre regler på grund af forskellig tradition og organisationsform. Det er især denne *nødvendige* forskel i materielt indhold, som har ført til forkastelsen af retfærdighedsbegrebet, men der er intet i vejen for at betragte retfærdigheden som en logisk struktur, der har forskelligt indhold (»dynamisk naturret«, naturret med vekslende indhold). Thukydides skriver fra den peloponnesiske krig, at menneskene tålmodigt tåler de største lidelser, men behandles de uretfærdigt, bliver de oprørske.

## *Retfærdighed, lighed*

Lighed kan opfattes på forskellig måde alt efter kriterierne:

- 1) Ydelse mod ydelse
- 2) Lige tilfælde behandles lige
- 3) Alle mennesker behandles lige
- 4) Alle skal have lige muligheder
- 5) a. Lige løn for lige arbejde  
b. Lige løn for mænd og kvinder  
c. Lige løn for alle (yde efter evne og nyde efter behov, borgerløn).

Retfærdighed har altså noget med lighed at gøre, først og fremmest i betydning 2: At lige tilfælde behandles lige. Det er ikke blot den formelle regel, som skal omfatte alle »lige« tilfælde, det er også håndhævelsen, som skal være ligelig. Derfor indgår det også i Lon Fullers moralske krav til retssystemet, at der skal være overensstemmelse mellem regel og adfærd.

Den ideelle situation er, at reglen svarer til moralen og får alle til spontant at følge reglen. Rets- og samfundsordenens vigtigste funktion har fra den tidligste middelalder været »fred og retfærdighed« (pax et justitia). Fra Augustin stammer læren om de to sværd: det kirkelige og det verdslige. Fyrsten har til opgave at sætte magt bag retten, idet man fra antikken (Aristoteles) har vidst, at ret uden magt er for gode råd at regne, og Augustin mente, at mennesket efter syndefaldet måtte tuges til lydighed. Men det fremgår af den kanoniske ret (Jydske Lovs fortale), at kongen skal beskytte kirkens folk, enkerne og de faderløse (som ikke er under slægtens værn).

I den postsokratiske filosofi tillagde man retten et moralsk og fornuftigt indhold. Aristoteles mente, at mennesket var både et fornuftsvæsen og et socialt væsen (zoon politikon), og at en særlig naturret disponerede menneskene for at gøre det gode, som vel at mærke (derfor) kunne erkendes ad fornuftens vej. Denne teori genopstod i højmiddelalderen, da Aristoteles' etik og politik blev genfundet (i Vesten), og med Thomas Aquinas opstod en teori

om rettens tredeling: Guds ret, naturens ret og den positive ret. Fra Thomas udgår to linier: 1) en ny naturret, der med udgangspunkt i menneskets sociale natur fører gennem den katolske moralfilosofi til den rationalistiske naturret i 1600- og 1700-tallet og til oplysningsfilosofien, 2) en lovgivningspositivisme, idet naturretten består i principper, som kan udfyldes af fyrsten, som skal adlydes, selvom hans lov strider mod den naturlige. Kun hvis loven strider mod Guds lov, har borgerne en »modstandsret«. Denne lovpositivisme udvikles videre i 1300- og 1400-tallet og kulminerer med Machiavelli i 1500-tallet og Thomas Hobbes i 1600-tallet. Den »samfundskontrakt«, som får Grotius til at argumentere for folkestyre, kommer hos Hobbes til at betyde en aftale om at overgive suveræniteten til fyrsten (jfr. D.L.).

Også den teoretiske marxisme antog, at mennesket er socialt og derfor vil handle »rigtigt«, hvis undertrykkelsen hører op med afskaffelse af kapitalismen og undertrykkelsen. I det kommunistiske samfund ville retten visne og dø. Virkeligheden var – som vi ved – en anden med »den reelt eksisterende socialisme«; Augustin havde ret, mennesket retter sig ikke ubetinget efter loven, som derfor må håndhæves, hvis man da ikke »lovliggør« overtrædelserne ved at tilpasse loven til livet.

I deres administration af retten må myndighederne derfor handle ligeligt, og i nyere forvaltningsret har man da også antaget eksistensen af et lighedsprincip. Overtrædelser må også håndhæves ligeligt, idet ingen vil tåle begrænsning i sin frihed, hvis ikke andre må tåle en tilsvarende. Anarki vil i den yderste konsekvens blive følgen af en manglende håndhævelse af retten. Vi kender problemet i dag med »inflation« i retten, især i den forvaltningsretlige regulering, og vi har set tilløb til en »deregulering« for at sikre både effektivitet og retfærdighed: skattetækning, sort arbejde og smugleri er blevet anerkendte sportsgrene i modsætning til tyveri, vold og lignende.

Vi kan konkludere, at retfærdighed er et meningsfuldt begreb i den forstand, at det har været anvendt som en logisk struktur i de ældste kulturer til betegnelse for en handling eller behandling, som er »retmæssig« eller »fortjent«.



## *Lighed eller vilkårlighed*

Den *formelle* retfærdighed eller »isonomi« i modsætning til vilkårlighed (kadijustits) er et centralt element i retfærdighedsbegrebet. Lige tilfælde skal behandles lige.

Den *materielle* retfærdighed er mindre entydig, idet den veksler med kulturen. Den *kommulative* eller forholdsmæssige retfærdighed synes dog også at være oprindelig og konstant. Vægten har fra den ældste ægyptiske kultur været rettens symbol (fru Justitia). I førststatslige samfund er »strafferetten« en del af privatretten; derfor afløses hævn af et talions- og kompositionssystem, hvorved reaktionen begrænses til en lige hævn eller en »forholdsvist« afpasset bod. Religiøst er Guds straf en følge af menneskers synd, og den kan modvirkes gennem bøn eller offer. I kontraktsretten gælder tilsvarende en »ydelsesretfærdighed« (synallagma, quid pro quo, justum pretium). I det hele taget skal mennesket behandles efter fortjeneste, og enhver skal have »sit« (suum).

Med urbaniseringen opløses de tætte slægtsbånd, og det bliver muligt for »centralstyret« at belønne borgerne efter deres værdi for samfundet i overensstemmelse med den *distributive* retfærdighed. I aristokratiske samfund efter fortjeneste, i demokratiske samfund ligeligt: i den græsk/kristne kultur, som kulminerede i Vesteuropa i renæssancen og oplysningstiden, udvikledes den individualistiske ideologi, som førte frem til Menneskerettighedserklæringen i 1789: Menneskene er frie og lige. Kant radikaliserede frihedsbegrebet og indsatte staten til at regulere borgernes lige ret til frihed. Individuerne fik en ukrænkelig retssfære omkring sig, som kun kunne indskrænkes ved *judicielle* procedurer i overensstemmelse med almindelige procesprincipper: offentlighed, kontradiktion, formodning til fordel for sagsøgte, retssikkerhed (klare, offentliggjorte, ikrafttrådte love).

Den kommutative retfærdighed kan ikke reduceres til den distributive (samfundsnyten). I et demokratisk samfund går hen-

synet til individets frihed og retssikkerhed normalt forud for samfundsnyttens. Også *John Rawls'* socialliberale Theory of Justice anerkender, at ligheden må vige for friheden, hvis det vil være til gavn for de mindre privilegerede. Hvad enten utilitarismen er en resultat- eller en regelutilitarisme, kan den ikke ophæve »retfærdigheden«. Retfærdigheden må anses som en del af regelutilitarismen. Den er en selvstændig og vigtig samfundsfunktion; regler og institutioner går forud for økonomi.

Rawls' retfærdighedsteori er altså udtryk for en socialliberal politisk ideologi med en harmonisering af den individuelle frihed og den sociale tryghed (lighed, velfærd), medens *Robert Nozicks* »Minimum State« er udtryk for »natvægterstatsideologien« eller den nye liberalisme, som lægger hovedvægten på individernes frihed og markedsøkonomi (nyklassicisme, monetarisme) og mener som den klassiske økonomiske liberalisme og utilitarisme, at den »usynlige hånd« sørger for almenvellet.

Japans kultur kender ikke begreber som »retfærdighed«, »billighed«, »samvittighed« og »skyld«, idet samfundet bygger på kollektivt ansvar. Indiens kultur er på samme måde uden medlidenhed (individerne har ingen værdi som sådanne).

»Fairness« går på proceduren, »retfærdighed« går på resultatet af processen. Men det vestlige retfærdighedsproblem er under alle omstændigheder baseret på en principiel individualisme i modsætning til den asiatisk-afrikanske kollektivism (individet eller kollektivet er samfundets mindste enhed).

*Billighed* (passende) betyder oprindeligt *konkret retfærdighed* ved anvendelse af en abstrakt retsregel. Senere romersk »*aequitas*« betyder snarere lighed = rimelighed som engelsk *equity* og aftalelovens § 36 (urimelige kontraktsvilkår kan tilsidesættes).

## *Regel – princip*

H.L.A. Harts retspositivisme er også bygget på en moralsk teori: At det er gavnligt at have en retsorden, og at denne består af *regler*. Hart bygger på 1) »anerkendelsesregler«, som identificerer den gyldige ret og skaber en *pligt* til at handle i overensstemmelse med regler, og at 2) regler er andet end befalinger, idet de er generelle. Heri ligger en dobbelt anerkendelse af »retfærdighed«, idet det forudsætter retssikkerhed og formel retfærdighed.

Dworkins kritik af Harts lære om retten som et system af regler går på, at retten består af *principper*, der er udgangspunktet for den retlige argumentation og politiske principper: 1. frihed, 2. lighed, 3. »fair trial«.

Dworkins teori er efter min opfattelse ikke gennemanalyseret, idet teorien udelukkende er en juridisk teori og ikke en filosofisk teori. Dworkin analyserer ikke det nødvendige *teleologiske* element i sproget og dermed i retsreglerne, som betyder, at sproget ikke kan fortolkes uden hensyntagen til de formål, som er indbygget i begreber, institutioner og regler. Det betyder, at man ikke kan tolke retsreglerne uden hensyntagen til de politiske, ideologiske og praktiske formål, de har. Man kan efter behag sige, at retsreglerne *ikke* er udtømmende, hvis man dermed mener deres sproglige indhold i en *almensproglig* forstand (Hart), eller man kan sige, at de *altid* er udtømmende, fordi »*hard cases*« altid kan afgøres på grundlag af moralske principper (Dworkin). I begge tilfælde er svaret unøjagtigt; i første tilfælde fordi sproget ikke *blot* har en almen betydning (kontekst, systematik, logik, semantik), men også en konkret (teleologi, pragmatik). Retsreglernes *formål* er at påvirke handlinger. På den anden side er det ikke rigtigt, at der kun står en »fri« afgørelse til rådighed, enten derved at konfliktløseren står frit som lovgiveren, eller at han står frit i henseende til at bruge moralske argumenter. Argumentationen bliver i sidste ende en *juridisk* argumentation, idet den må foretages inden for rammerne af teleologiske og pragmatiske elemen-

ter, som med nødvendighed findes i retlige begreber, institutter og regler; det kaldes »juridisk metode«.

Bag vore retsinstitutter ligger naturligvis en politisk ideologi, som i *privatretten* udtrykkes i »*privatautonomien*«, *strafferetten* »*in dubio pro reo*«, *statsretten* i *menneskerettigheder*, *forvaltningsretten* i *retssikkerhed* og *lighedsprincip*.

## *Moral og retfærdighed*

Retfærdighed og moral er ikke det samme, men retfærdighed må være en del af moralen; i den oprindelige forstand, d.v.s. i overensstemmelse med retten, det sædvanlige, i modsætning til det krogede og vilkårlige, og i en senere naturretlig forstand, d.v.s. moralens krav til retten (det »rette« samfund, polis) eller i en individualistisk forstand (rettighed, retssikkerhed og juridisk proces i modsætning til administrativ proces (samfundsopportuniste)).

»Retfærdigheden« som et moralsk krav til lovgivningen opstår i den eftersokratiske samfundsfilosofi (Platon og Aristoteles), som mente, at den sofistiske lovpositivisme, d.v.s. demokratiet, træffer konventionelle beslutninger og ikke skelner mellem generelle love og konkrete domme. Platon og Aristoteles så ulykkerne under den peloponnesiske krig som fremkaldt af en umoralsk, kynisk-opportunistisk indstilling i folkeforsamlingen, som traf vilkårlige og hjerteløse (selvmodsigende) beslutninger. De mente derfor, at lovene skulle være generelle og moralske i overensstemmelse med menneskets sociale og fornuftige natur, som udfoldedes ideelt i *polis* (politika).

Frantz From antog i sin tid, at der var en sammenhæng mellem moral og påregnelighed, den, som handlede upåregneligt, havde handlet umoralsk og havde »skylden« for et uheld. Der er sikkert en sammenhæng mellem moral og fornuft i den forstand, at det i et organiseret samfund er fornuftigt at optræde moralsk, idet en maksimering af den øjeblikkelige fordel fører til en afbrydelse af nyttige relationer; psykopaten slutter engangsforretninger.

Lon Fullers 8 »etiske« krav til retten er nok også det nærmeste, man kan komme til at angive retssamfundets virkningsbetingelser:

1. Retten skal være regler.
2. Reglerne skal være bekendtgjort.
3. Reglerne må ikke have tilbagevirkende kraft.
4. Reglerne skal være forståelige.
5. Reglerne må ikke kræve det umulige.

6. Reglerne må ikke være genstand for hyppige ændringer.
7. Reglerne må ikke være selvmodsigende.
8. Der skal være overensstemmelse mellem regel og adfærd.

Hertil kommer Harts »minimum content«: sandhed, (Sisela Bock), beskyttelse af personlig og tinglig integritet foruden flertallets accept.

En moralsk og retlig argumentation er *regelstyret* i modsætning til en *instrumental* argumentation, der er konsekvensorienteret. Den førstnævnte er bagudrettet mod en »årsag« eller en »grund«, den sidstnævnte fremadrettet mod en følge. Det er ikke vanskeligt at forstå, at en henvisning til en fordelagtig eller ufordelagtig konsekvens kan være et overbevisende argument, *men hvordan kan det være, at en henvisning til »årsag« eller »grund« virker lige så – eller mere – overbevisende?* Hvorfor kan man retfærdiggøre, legitimere en beslutning med henvisning til en regel, en ideologi, en religion eller en autoritet? Hvorfor lader menneskene sig »overbevise« af »grunde«, som ikke er det samme som »årsager«? *Årsager* »forklarer« en handling, medens en »grund« undskylder eller retfærdiggør handlingen. Hvorfor forklarer »retfærdigheden«, at nogen skal straffes eller betale erstatning, fordi de har påført en anden skade? I moderne tid har man »rationaliseret« denne begrundelse med hensynet til *præventionen*. Straffe- og erstatningsrettens begrundelse har i de seneste århundreder været hensynet til at undgå skader. Begrundelsen er forskudt fra en regelorienteret bagudrettet til en fremadrettet hensigtsmæssighedsbegrundelse. For strafferettens vedkommende har de senere års svigtende tro på general- og specialpræventionen ført til en nyklassisk straffeteori, der igen fremhæver den retfærdige, d.v.s. forholdsmæssige, gengældelse. De, der blev indsat i forbedringshus og til behandling i øvrigt, betragtede den tidsubestemte »straf« som uretfærdig.

Man kommer sikkert ikke nærmere end til at betragte den overbevisende legitimerende effekt af regel- og retfærdighedsbegrundelser som *givet i og med den menneskelige bevidsthed og som en følge af det sociale behov for orden og fred*; pax et justitia har altid været samfundets ideal.

## *Gyldigheds- eller funktionsbetingelser*

En ting, som volder principielle problemer, når man analyserer forholdet mellem ret og moral eller ret og retfærdighed, er, at det er vanskeligt at skelne mellem »gyldighedsbetingelser« og »funktionsbetingelser«. Ved gyldighedsbetingelser forstår man kriterier for stiftelse af retlige pligter, ved funktionsbetingelser forstår man vilkår for, at et samfund kan fungere. Begrebet naturret har i visse varianter samme indhold.

Når man taler om gyldighedsbetingelser, skelner man mellem formel og materiel gyldighed. Ved den *formelle* gyldighed forstår man, at reglerne kan afledes af visse kilder – retskilder – der i sidste instans afledes af et eller flere retskildeprincipper. Hvilken status og karakter denne »sidste kilde« har har været omstridt. Hans Kelsen, der ville grundlægge en »ren« og »positiv« retsteori for at friholde retten fra de totalitære, politiske og religiøse ideologiers misbrug og for at begrunde en demokratisk retsstat, identificerede retten og staten, idet han definerede retten som de normer, der bliver understøttet af statens tvangsapparat, og som derfor kan afledes af statens konstitutionelle system, som igen afledes af en »grundnorm«, der blot er en logisk forudsætning, der ligesom i alle logiske systemer legitimerer systemet og afskærer en uendelig regres. Kelsens teori er i denne forstand »ren«, for såvidt som den er rent analytisk og uden forbindelse med et konkret samfund og dets politik, adfærd og moral; begrebet »retfærdighed« har derfor ingen hjemmel i et sådant analytisk positivt system.

Medens Kelsen vil analysere og legitimere et retssystem (retsorden), vil Hart analysere retsbegrebet. Hart er enig med Kelsen om det meste, men han kan ikke acceptere »grundnormen« som en abstrakt indholdsløs norm. Han knytter den – som han kalder »*rule of recognition*« (anerkendelsesregel) – til en konkret retsorden og befæster den med en socialpsykologisk »folkelig« anerkendelse af »systemet«. Dermed bliver teorien – selvom den er

analytisk – en sociologisk teori om retten, hvad Hart selv fremhæver i sit forord, et moment, som understøttes af hans fremhævelse af, at ethvert (rets)samfund – for at kunne fungere – må have et »minimum content« af moral: sandfærdighed, forbud mod vold, tyveri o.s.v.

Inden for disse »funktionsbetingelser« fastholder Hart, at retsteorien må være en »positiv teori«, idet moralen eller naturretten ikke kan ugyldiggøre formelt rigtigt tilblivne normer eller retsakter. Det tredje Riges ret var altså ikke – som den tyske retsteoretiker Gustav Radbruch skrev efter krigen – »Unrecht als System«, men vel en umoralsk ret. Hart kan altså ikke anerkende materielle (naturretlige, moralske) gyldighedsbetingelser, der giver borgerne »ret« til ulydighed eller modstand.

Retten består, siger han, af »pligter« afledet af anerkendelsesreglen og ikke blot af adfærd, og retsvidenskabens består ikke som samfundsvidenskabens af forudsigelser om retlig adfærd, sådan som den amerikanske og skandinaviske realisme mente i første halvdel af dette århundrede. Retten har ikke bare et »external perspective«, men også et »internal perspective«; retten kan ikke blot ansues fra advokatens og retssociologens synspunkt. Der er ikke megen vejledning for dommeren i at få at vide, at retten er det, som dommeren faktisk gør, eller forudsigelser derom.

Den danske retsfilosof Alf Ross forsøgte at forene Kelsen og Hart ved at kombinere Kelsens identifikation af ret og stat, den amerikanske realismes prognoseapparat og Harts »internal perspective«. Ross ville ikke analysere et abstrakt retsbegreb eller en formel retsorden, men grundlægge en *realistisk retsvidenskab*. Han ville altså ikke beskæftige sig med rettens gyldighed, men med dens gælden. »Gældende dansk ret« er genstanden for hans videnskab. Det drejer sig om at finde kriterierne for, hvordan retsvidenskabens *verificerer* påstande om, hvad der er »gældende ret« (GR). Fundamentet for hans retsteori er den logisk empiristiske videnskabsteori, som går ud fra, at videnskaben kun kan beskæftige sig med to typer af påstande: 1) logiske (analytiske) og 2) empiriske (syntetiske). Videnskaben kan ikke meningsfuldt arbejde med »metafysiske« og »vurderende« udsagn, idet disse ik-



ke har nogen »semantisk referens«, d.v.s. at det sproglige indhold ikke kan sammenlignes med en empirisk virkelighed (eller afledes af et logisk system).

Medens det for naturvidenskaberne – tilsyneladende – kan være ret uproblematisk at verificere deres påstande, i hvert fald når man identificerer »virkeligheden« med måleapparaternes udsving, er det vanskeligt at verificere samfundsvidenskabelige og retsvidenskabelige påstande.

Én ting er sikkert for Ross: Begrebet »retfærdighed« er uden semantisk referens og derfor indholdsløst, hvad Ross potenserer ved at kalde det »nonsens«, et »slag i bordet«, et »uarticuleret udbrud« og en »skøge til fals for enhver«. Det er klart, at disse betegnelser ikke er neutrale videnskabelige udsagn. Ross bekæmpede lidenskabeligt den ældre idealistiske retsteori (Frederik Vinding Kruse), der betragtede »retfærdigheden« som retsordenens idé og realiseringen af denne som retsapparatets vigtigste mål, men Ross kom til at skyde over målet. Nissen flyttede med. For at »forudsigelserne« og GR kunne være begrundede i andet end individualpsykologiske forhold (som den amerikanske »behaviorisme«), indførte Ross en »fælles dommerideologi« som retlig kilde, d.v.s. GR er identisk med denne, sådan som den får sit udtryk i dommernes *begrundelser* for deres afgørelser; heri udtrykker dommerne, hvad de »føler sig« forpligtede af. Ross kombinerer forudsigelser af en retlig adfærd med tolkningen af en retlig ideologi.

Ross' teori løber ind i en række principielle vanskeligheder. For det første er begrebet »fælles dommerideologi« et metafysisk begreb, idet det ikke har nogen »semantisk referens«. For det andet kan man ikke være sikker på, at dommeren ikke »besmykker« sin afgørelse med falske grunde, som Ross selv siger med henvisning til sin teori om vurderingernes manglende videnskabelighed. For det tredje forudsætter den logiske empirisme muligheden af en objektiv beskrivelse, hvad vi ikke kan fastholde med vor viden om sprogets og begrebernes pragmatiske karakter.

Vanskeligheden ved de »realistiske« teorier er desuden, at de ender med at blive retssociologi, hvorfor de ikke har nogen vejle-

dende værdi for retspraksis. Den dogmatiske retsvidenskabs opgave er ligesom andre »praktiske« videnskaber at vejlede den praktiserende jurist ved fortolkningen af retsreglerne og anvendelsen heraf til løsning af konkrete retskonflikter, men opgaven bliver derfor også at undgå retskonflikter ved at fremstille en systematisk og så vidt muligt udtømmende beretning om den »gyldige« eller »gældende« rets tilstand. I denne funktion kan retsvidenskaben ikke undgå at anvende vurderinger, idet beskrivelsen af virkeligheden på grund af sprogets hermeneutiske (teleologiske) karakter altid er tolkning. Da retsreglerne har en samfundsmæssig funktion i henseende til at tilvejebringe en adfærd i overensstemmelse med »politiske« mål, og da sproget i reglerne nødvendigvis er afpasset efter den »socialtypiske situation«, som er prototype for reglen, må de konkrete tilfælde afgøres gennem en »konkretisering« af den generelle norm, hvilket samtidigt indebærer en sproglig »kvalifikation« af de faktiske forhold. Herved må man søge vejledning i reglens formål og en vurdering af de konsekvenser, eventuelt forskellige tolkningsmuligheder vil have. Juristerne taler her om »reale hensyn« og »hensigtsmæssighed«, medens man tidligere talte om »forholdets natur«, »rimelighed« og »konkret retfærdighed« (aequitas, billighed). Det interessante er også, at man i danske retsafgørelser fra de seneste 20 år i stigende grad ser argumenter til begrundelse af afgørelsen af denne sidstnævnte type. Der synes blandt juristerne at være en regressiv bevægelse fra »hensigtsmæssighed« til »rimelighed«, fra en utilitaristisk mod en »realistisk« teori i den forstand, at man erkender vurderingernes nødvendighed (og dermed tilladelighed) i den dogmatiske retsvidenskab og retspraksis, der arbejder med samme »juridiske metode«, d.v.s. prioritering af hensyn til »retssikkerhed« og »hensigtsmæssighed«.

Den amerikanske retsteoretiker Lon Fuller har som omtalt kritiseret den positivistiske retsteori i dens realistiske og analytiske varianter og opstiller 8 etiske krav til retssystemet. Lon Fuller betragter disse etiske krav som *funktionsbetingelser*, ligesom Harts »minimum content«, snarere end som gyldighedsbetingelser, og afstanden er derfor ikke så stor, som den polemisk synes at være.

Når den nutidige amerikanske retsteoretiker Ronald Dworkin høster en vis berømmelse på at anfægte Harts positivisme, er det på et mindre velanalyseret filosofisk grundlag.

## *Pluralisme og juridiske principper*

Det er rigtigt, at Harts »rule of recognition«, ligesom Kelsens »grundnorm«, fører til den betragtning, at retten er et lukket og udtømmende system af regler med den konsekvens, at visse »hard cases«, der ikke er reguleret i systemet, overlades til dommerens (vilkårlige, *politiske*) skøn, jfr. den schweiziske lovbogs § 1, som siger, at dommeren skal sætte sig i lovgiverens sted, når han skal afgøre et retstilfælde, som ikke er reguleret i loven. Dworkin påstår omvendt, at der altid findes en »rigtig« løsning på »hard cases«, idet retssystemet suppleres af et sæt af *moralske* principper, som dommerne søger tilflugt i, hvilket Dworkin så påpeger i en vidtløftig analyse af dissenterende »opinions« i celebre sager.

Begge opfattelser er i virkeligheden begrundet i samme – forældede – sprogopfattelse, »normalsproget«, som udtryk for »common sense«, medens der ikke findes noget sådant som et »objektivt normindhold«, ligesom »common sense« er en rent intuitiv faktor som kriterium for en sproglig beskrivelse. Med en »hermeneutisk« analyse af sproget som redskab for en behandling af virkeligheden og med en »relationistisk« opfattelse af denne virksomhed er der ikke noget mærkværdigt ved den juridiske tolkning, der naturligvis må tage sit udgangspunkt i de *juridiske* principper, som ligger bag det retlige sprog. Alle retsregler er historisk og komparativt blevet til i en given kultur og med den opgave at regulere forskellige sider af samfundslivet. Oprindeligt var retten rent »refleksiv«, idet primitive – førststatslige – samfund kun har en »privatret«, d.v.s. regler, som regulerer forholdet mellem individerne, medens det er slægtens opgave at beskytte individerne og sikre den nødvendige orden, som i enhver henseende betragtes som en del af et kollektiv. Retten er sædvane, ofte en hellig sædvane; ligevægt og retaliation eller bøder er retfærdighedens, d.v.s. rettens, udtryk.

Med en stigende urbanisering og statsdannelse opstår offent-

ligret, der i højere grad er baseret på et autoritetsprincip og en vurdering af individernes indsats for samfundet, den uddelende retfærdighed. Med den stigende teknologisering og individualisering begrundes samfundet i staten som »demokratisk« system, hvorfor statsretten forankres i »menneskerettighederne«, og *lighedsprincippet* bliver fremtrædende i statsretten og forvaltningsretten, medens retsbeskyttelseshensynet bliver fremtrædende i strafferetten og procesretten. Man kan ikke »fortolke« eller anvende disse dele af retssystemet uden at tage hele kultursituationen med ind i fortolkningen, som derfor hverken bliver »politisk« eller »moralsk«. I og med at de politiske og moralske principper er indbygget i samfunds- og retssystemet, bliver de dermed *også retlige principper*, som derfor naturligvis indgår i den retlige tolkning eller argumentation. Problemet bliver i praksis, hvor langt denne tolkningsvirksomhed går, d.v.s. hvor langt dogmatikken kan gå i sine råd til domstolene (sententia ferenda), og hvornår man overskrider sin juridiske kompetence og argumenterer politisk (de lege ferenda, råd til lovgivningen). Den danske Højesteret har et par gange udtalt sig herom, mest utvetydigt i den såkaldte »Christianiasag«, hvori man udtalte, at afgørelsen af, om »fristaden« var et »socialt eksperiment«, hører under Folketingets og ikke domstolenes kompetence. Domstolene har intet politisk mandat, idet de er udnævnt og ikke valgt af befolkningen, og efter grundlovens § 3 er det derfor bestemt, at domstolene skal »rette sig efter loven« og altså ikke skabe ny ret. Naturligvis skaber domstolene i princippet ny ret ved deres afgørelser, idet man konkretiserer normerne, og naturligvis har domstolene i føderale stater, såsom USA og BRD, en videre »politisk« kompetence, idet de skal harmonisere enkeltstaternes lovgivning i relation til den fælles grundlov, men den principielle kompetencefordeling mellem produktion af generelle regler og konkrete afgørelser er naturligvis stadig gældende.

Man må også mod de analytiske retsteorier indvende, at de forudsætter, at retten er monocentrisk og altså kan udledes af en enkelt kilde, hvilket er urealistisk. Lovgivningen er i moderne tid en vigtig kilde især til forvaltningsretten og den offentlige ret – stats-

ret, strafferet og procesret – men *privatretten* er stadig i det væsentlige begrundet i privatautonomien og skabes gennem foreningsvedtægter, selskabsvilkår, almindelige og specielle kontraktvilkår og kollektive overenskomster. Denne del af den samlede masse af retsregler, som udledes af disse mangeartede kilder, er langt den mest dominerende, og afgørelserne i konfliktstilfælde er henlagt til privat voldgift, i arbejdsretten ifølge hovedoverenskomsten, i handelsretten ifølge almindelige og specielle kontraktvilkår. Store dele af erstatningsretten og ejendomsretten m.v. har udviklet sig gennem retssædvane.

Retten er altså ikke monocentrisk og »systematisk«, hvilket var illusionen i mange lande med almene kodifikationer i forrige århundrede, men *polycentrisk*. Naturligvis er det et ideal, at retten er systematisk, idet reglerne så vidt muligt ikke skal være modstridende, hvilket ville stride mod »retfærdigheden« (jfr. ovenfor Fuller). Men faktisk kan man leve med en betydelig grad af inkonsistens netop på grund af rettens polycentriske karakter, ligesom man kan leve med en høj grad af uoverensstemmelse mellem regel og adfærd, selvom »retfærdigheden« som nævnt ovenfor sætter en grænse for denne tolerance.

»Retfærdighed« er et argument, som har mange betydninger, men fælles for alle er tilsyneladende en appel til en form for »lighed«, men lighed i flere forskellige former. Ofte henvises til, at en fordel eller ulempe er »ufortjent«, og ligheden er her den holdsmæssige (kommutative: ydelse/vederlag, forbrydelse/straf). I andre henseender henvises til lighed i form af lighed med andre personer, enten sådan at man påberåber sig lighed for loven eller ligebehandling af alle mennesker. I første tilfælde gælder argumentet som en kritik af, at andre ikke drages til ansvar eller pådrager sig en ulempe, når man selv må finde sig i en sanktion for overtrædelsen eller ulempen. Menneskene kan, som Thukydides siger, finde sig i mange ulykker, men ikke i uretfærdighed fra magthavernes side. Vilkårlighed eller kadijustits er en utålelig form for »uretfærdighed«.

Det aristoteliske lighedsbegreb går ikke videre end hertil: At lige tilfælde behandles lige, idet menneskene har en forskellig sta-

tus og dermed en forskellig værdi. Samfundet må belønne borgerne i forhold til et andet lighedsbegreb: den distributive retfærdighed, efter fortjeneste. Dette aristokratiske retfærdighedsbegreb om ydelse efter fortjeneste kan gå på ydelse efter status eller ydelse efter indsats. Den førstnævnte forstand svarer til det naturaløkonomiske agrarsamfund, medens sidstnævnte hører til det urbaniserede samfund med arbejdsdeling og pengeøkonomi. I denne samfundsudvikling må retfærdighedsbegrebet udvikle sig sådan, at det pålægges de stærke at hjælpe de svage: de gamle og børnene, som ikke længere har slægtens værn og får en andel af det fælles udbytte.

Det gamle Testamente afspejler det gamle agrariske slægtsamfund med hævn og talion (øje for øje), til dels afløst af bøder, og slægtens omsorg for de gamle, som har en høj status, idet erfaringen i statiske samfund har en høj værdi, og for børnene, som repræsenterer den fremtidige forsørgelse, hvorfor mange børn – især sønner – er en prestige og en rigdom. Netop denne tradition er medvirkende til at forhindre en modernisering af især afrikanske og asiatiske samfund, idet befolkningstilvæksten forhindrer en økonomisk vækst, hvorved mistænksomheden mod samfundets evne til forsørgelse bekræftes. Der er tale om en ond cirkel, som de vestlige (europæiske) kulturer overvandt med renæssancens individualisering med bevidstheden om, at såvel den fysiske som den sociale omverden kan ændres af individerne, samtidig med at befolkningstallet blev holdt i ave i forhold til de økonomiske muligheder; men det var en langstrakt proces, som vanskeligt kunne implanteres i en traditionel kultur, som ikke kan regulere fødselstallet enten naturligt eller artificielt.

Det ny Testamente repræsenterer med sin radikale individualisme den nye mentalitet. Individerne er kun ansvarlige, hvis de er »skyldige«, d.v.s. hvis de har en ond vilje; de skal ikke hævne sig på fornærmeren, men vende den anden kind til. Hævnen hører henholdsvis kejseren og Gud til. Kejseren, d.v.s. samfundet, er ansvarlig for og har kompetence til at opretholde ro og orden, og Gud dømmer på den yderste dag alle levende og døde, idet de vejes på syndens og frelsens vægt ligesom de gamle ægyptere. Alle

medmennesker er ens »næste«, man skal elske alle medmennesker som sig selv, især de syge, de svage, de gamle og de små, som især hører Gud til.

Denne radikale individualisme harmonerer med den stoiske lære om menneskenes guddommelige lighed som parthaver i den evige fornuft. Det er den stoisk-jødiske/kristne individualisme, som kræver ligestilling af alle individer, der senere i renæssancen og oplysningstiden fører til menneskerettighederne og demokratiet. Hermed legitimeres den politiske ligestilling, der konkurrerer med de andre lighedsbegreber (jfr. ovenfor s. 20): ydelse mod ydelse og straf og belønning efter fortjeneste. *Suum cuique tributur!*, enhver skal gives »sit«, var den stoisk-romerske retfærdighedsgrundsætning, der suppleredes med den retlige *aequitas*, der skulle sikre rimelighed og billighed i retsforhold.

I nutiden er retfærdighedsbegrebet stadig knyttet til lighedsbegrebet eller -begreberne. For, som Erik Rasmussen rigtigt skriver (Lighedsprincipper, 1981), der er som nævnt tale om flere konkurrerende lighedsbegreber. Når man vil begrunde lønkrav med henvisning til retfærdigheden, benytter man skiftevis de forskellige lighedsbegreber: man taler om »lige løn for lige arbejde« og »lige løn for alle«. Den første er den proportionale lighed, den anden den individuelle lighed. Den mest radikale variant er den marxistiske, som sætter kravet på løn i forhold til behov og indsatsen i forhold til evne. En tillempeelse af dette (marxistiske) lighedsbegreb finder man i det progressive skattesystem, der pålægger »de brede skuldre« en forhøjet skat i forhold til de lavere indtægtsgrupper, der desuden modtager midler til tilfredsstillelse af deres behov fra samfundet, således at man opnår en større eller mindre udligning og dermed social ligestilling af individerne ved siden af eller afhængigt af den politiske.



## *Antropologi og politik*

I praktisk politik bliver det derfor et spørgsmål, hvordan man skal forvalte den politiske ligestilling (og retfærdighed), uden at det går ud over den økonomiske retfærdighed (ydelse efter fortjeneste). John Rawls' »Justice as Fairness« forsøger at afstemme disse to retfærdighedsbegreber gennem en »procesretfærdighed«. En moderne variant af samfundskontrakten sikrer, at »fornuften« ser sin fordel i en vis form for politisk »ulighed«, derigennem at ydelsesretfærdigheden beriger de stærke, når blot det gavner samfundets ringest stillede grupper. Rawls' socialdemokratisk orienterede samfundsmodel svarer til Viggo Kampmanns: Lad os spænde kapitalismen for samfundets vogn! Det gælder ikke om, at alle bliver lige fattige som i den »real eksisterende socialisme«, men at man benytter sig af menneskets følelse for ydelsesretfærdigheden til at øge den samlede velstand, når blot man politisk sikrer en optimal omfordeling af værditilvæksten. De senere års skattedebat viser, at der er en voksende forståelse for, at skattesystemet ikke er en velegnet regulator af den sociale retfærdighed, idet en progressiv beskatning opfordrer til skattetænkning, der neutraliserer progressionen og hæmmer aktiviteterne.

Derfor har vi også set en betydelig teoretisk og praktisk bevægelse for »deregulering«, idet nogle (Jürgen Habermas) i frihedens og fornuftens navn taler for deltagelse (nærdemokratiske styreformer, diskursive systemer). Andre argumenterer for »privatisering«, d.v.s. overladelse af mest muligt til privatautonomien (markedsmekanismen). I første tilfælde bliver essensen: Jeg bestemmer, I betaler!, i sidstnævnte tilfælde: Jeg bestemmer, jeg betaler!. Habermas med tilhængere står i gæld til antikkens og oplysningstidens tro på, at menneskets sociale natur vil føre fornuften til at vælge det gode, idet det »gode« i princippet er tilgængeligt for et fornuftigt valg. »Privatiseringsmodellen« er baseret på en egoistisk menneskeopfattelse: At mennesket tænker

på sig selv, før han tænker på andre, og at samfundet derfor må afstemme grænserne for individernes frihed. Denne menneskeopfattelse harmonerer med Kants sondring mellem erkendelse og vurdering, og dermed med behovet for en *normativ* etik. Hvis mennesket var et principielt socialt væsen, var der ingen behov for en *normativ* etik, der er et surrogat for de instinkter, som genetisk styrer den menneskelige identifikationsevne. Den rækker ikke meget længere end til den nærmeste familie eller til de små-familiegrupper, som var den sociale ramme om samler- og jæger-kulturens mennesker, hvortil vore gener er afpasset. Alt hvad der hører til »det store samfund«, som mennesket har opbygget i kraft af sin kulturskabende fornuft og sin tilsvarende instinkt-fattigdom, må læres og indoktrineres af en *normativ* etik og ret (Fr. Hayek).

Der er altså meget, der tyder på, at »retfærdighedsbegrebet« har sammenhæng med vor *antropologi*, og at der ligger en genetisk begrundet disposition til grund for vor spontane reaktion mod »uretfærdighed«, selvom indholdet i begrebet er varierende, og selvom der ikke findes et tilsvarende begreb i den asiatiske og afrikanske kultur. At begrebet ikke er formuleret dér er imidlertid ikke udtryk for, at realiteten heller ikke eksisterer.

Der synes at være en almenmenneskelig indstilling bag »ydelses- og gengældelsesretfærdigheden«. Selv i de mest primitive samfund »handler« grupperne med hinanden gennem udveksling af ydelser. Disse henlægges ofte på bestemte steder, og når der er tilbudt tilstrækkelige værdier for de ønskede ydelser, fjernes »vederlaget«, og »aftalen« er sluttet. Rituelle gavegivnings- og bytteceremonier er velkendte i de fleste kulturer med det formål at styrke gruppetilhørsforholdet.

Også hævn og retorsion er tilsyneladende et alment reaktionsmiddel i primitive kulturer, senere ritualiseret til et mere eller mindre udviklet kompositionssystem. Også religiøse offerritualer synes at være almenmenneskelige, baseret, som de er, på den forestilling, at de højere magter skal blødgøres eller formildes med gaver, og at ulykkerne er en straf for »forkerte« handlinger, der derefter sones.

Modstykket til retfærdighedsforestillingen må altså også søges i antropologiske forhold. Mennesket er et socialt individ, for så vidt arten ikke kan overleve, uden at nogen sørger for afkommet i meget lang tid, hvilket kræver en udstrakt social organisation og en vis arbejdsdeling. Det er derfor vigtigt, at individerne kan føle sig trygge ved en betydelig grad af *orden*, der forudsætter, at man kan stole på hinanden og på, at reglerne bliver overholdt. »Retfærdig« er den, som er disponeret for at følge retten i denne skikkelse.

At også biologiske forhold kan influere på retfærdighedsforestillingen antydes af en psykologisk analyse af kvinders og mænds opfattelse af »retfærdighed«. Medens der for kvindernes vedkommende syntes at være knyttet forestillinger om en konkret omsorg for andre til begrebet, syntes der for mændenes vedkommende i højere grad at være associationer til abstrakte og principielle overvejelser. (Kilde: Henrik Poulsen).

»Fair«, »gør ikke forskel«, »pålidelig«, »troværdig«, »upartisk«, »retsindig«, »saglig«, »uegennyttig«, »ubestikkelig« er forskellige synonymmer, der fremhæves som karakteristiske for den retfærdige hersker, den retfærdige dommer og den retfærdige fader. – Han »deler sol og vind lige«, som ordsproget siger, d.v.s. at alle får lige megen sol og vind til deres marker. »Gør din pligt og krævn din ret«, siger et andet moralsk/politisk fyndord. »Gøre ret og skel«, siger Ezekiel (33), ligesom Salomon vil træffe en salomonisk løsning ved deling af barnet. »Pax et justitia«, »justitia fundamentum regnorum« er en variant af Christian IV's valgsprog og viser, at fred og gudsfrygt er de mål, et samfund skal bygges op efter, retfærdighed er samfundets forudsætning. Men »summum ius, summa iniuria«, den højeste ret er samtidig den højeste uret, idet retten skal administreres efter »aequum et bonum« (ret og billighed), »equity«, »Treu und Glauben« (tro og love), »ret og rimelighed«. Den strenge retfærdighed er Pisos retfærdighed. Ifølge overleveringen dømte den romerske general Piso en soldat til døden for at have myrdet en kammerat og overlod ham til en kommandant, som imidlertid sendte den dømte og kammeraten til Piso, efter at kammeraten var dukket op. Piso

henrettede alle tre, soldaten fordi han var dømt, kammeraten fordi han var årsag til dødsdommen, og kommandanten fordi han ikke havde adlydt sin ordre, med ordene: »Fiat justitia, ruat coelum«, retten må have sin gang, selvom himlen falder ned.

## *Retfærdig krig og positiv ret*

*Justum bellum*, den retfærdige krig, er en aktuel variant af retfærdigheden. Læren herom går tilbage til Cicero, men det var *Augustin*, der i Romerrigets senere tid ønskede at forene den kristne afvisning af drab og krig i princippet med en ret til at føre krig under visse omstændigheder, som kunne *retfærdiggøre* krigsførelsen. Først og fremmest er det retfærdigt at føre en forsvarskrig, men selv en angrebskrig kan retfærdiggøres af dens mål, såsom at befri undervungne lande eller nationale grupper eller at sikre deres ret til selvbestemmelse; i det hele taget var en krig kun retfærdiggjort, når den havde til formål at skabe fred; *pax et justitia* var fyrstestatens formål over for gudstaten. En »lovlig« krig forudsætter også en vis procedure, ofte en krigserklæring. I FN's procedure indgår en vedtagelse i FN's Sikkerhedsråd.

Teorien er beslægtet med den naturretlige teori om en *modstandsret* mod en tyrannisk hersker og den moderne teori om »civil disobedience«. I denne debat har også teorien om den »positive diskrimination« været hævdet, en teori om, at det må være berettiget at diskriminere til fordel for de svage grupper: i USA til fordel for negre og andre etniske grupper, i Europa især til fordel for kvinder. Det er tvivlsomt, om retlige og etiske argumenter kan retfærdiggøre myndighedernes tilsidesættelse af den almindelige pligt til at anvende et formelt lighedsprincip i forvaltningen.

Oprindeligt betyder »retfærdig« altså: i overensstemmelse med »retten«. Denne betydning, som er naturlig for alle primitive samfund, hvor retten anses for at være en *guddommelig sæd-vane*, og som er i overensstemmelse med den gammeltestamentlige, den gammelgræske og middelalderlige europæiske, bliver tvivlsom, når og i det omfang retten ændrer sig og bliver et positivt *instrument for samfundsstyring*.

Med denne ændring af retsbegrebet kan der opstå en modstrid mellem den positive ret og naturretten, d.v.s. den moralske ret. I

den græske kultur opstår skismaet, efter at sofisternes positive og konventionelle retsbegreb konfronteres med den sokratiske og eftersokratiske etiske og antropologiske kritik. I den jødiske kultur ændres retfærdigheden med Jesu kritik af loven og senere med kirkens lære om retfærdiggørelsen som syndsforladelse i kraft af Jesu soning af menneskenes synd.

I den europæiske kultur ændres retfærdighedsbegrebet med anerkendelsen af en verdslig lovgivningskompetence ved midten af 1200-tallet og med den etiske censur, der følger med den katolske moralfilosofi og senere den rationalistiske naturret.

Det er klart, at retfærdighedsbegrebet, især i den politiske teori og praksis, let bliver til »de lysthavendes værdidomme«, idet retfærdigheden let identificeres med den talendes interesser. Derfor er det forståeligt, at den logiske empirisme og den realistiske retsteori forkastede begrebet som indholdsløst. Alligevel er det værd at diskutere begrebets indhold eller struktur.

Retfærdighedsbegrebet er nemlig ikke blevet brugt i flæng. Lige fra de ældste tider har det haft en vis struktur, selvom det har ændret indhold. Henvisning til »lighed« i en eller anden forstand har altid været en væsentlig bestanddel af begrebet, når det kan stå for en logisk analyse. Selvom ligheden betyder forskellige ting og henviser forskellige relationer til forskellige kriterier, er det vigtigt at fastholde denne lighedsbedømmelse som en fast bestanddel af begrebet. Det »isonomiske« fælles element i ret og retfærdighed, »lighed for loven«, fremhæves af demokratiets teoretikere (Perikles og Demosthenes), medens det »forholdsmæssige« (kommutative) fremhæves af mere konservative teoretikere (Aristoteles). Ligheden bedømmes i forskellige relationer, men den altafgørende lighedsbedømmelse er nok den, der understreger *det »regelmæssige« i modsætning til det vilkårlige*. Menneskene har behov for orden både i samfundet og i bevidstheden.

## *Reaktionsretten*

Erfaringerne fra de seneste generationers retspolitiske debat på reaktionsrettens område har vist, at fornuftsbestemte ordninger af strafferetlige og erstatningsretlige problemer har været uden succes, idet der tilsyneladende er et behov for at bevare *ansvaret* som begrundelse for såvel en strafferetlig som en erstatningsretlig reaktion mod forbrydelser og skadegørende handlinger.

På strafferettens område har den i første halvdel af århundredet udbredte specialpræventive teori spillet fallit. Ideologien var den udbredte opfattelse, som også deltes af den marxistiske teori, at forbrydelsen skyldtes ufuldkommenheder i samfundet eller hos individerne, som førte individerne ud i kriminaliteten. Det gjaldt altså om at ændre samfundet eller at behandle individerne, hvorved kriminaliteten gradvis ville forsvinde.

Der blev derfor indrettet forskellige former for behandlingsinstitutioner: sindssygeafdelinger, psykopatforvaring, arbejds hus, ungdomsfængsel m.v., alt med det formål at forbedre forbryderen i stedet for at straffe. Efterhånden viste det sig, at behandlingen var uden væsentlig effekt; i forhold til normal fængselsstraf forblev recidivet uforandret. Da samtidigt de »behandlede« anså anbringelsen som en straf, oplevedes den tidsubestemte anbringelse som uretfærdig.

Ordningen blev kritiseret både fra højre og fra venstre, idet begge fløje ønskede *ansvaret* genindført som begrundelse og kriterium for straffen. Den norske kriminolog Nils Christie talte ligefrem om »tyveri af ansvaret«, og den danske Alf Ross argumenterede i en bog for genindførelse af en nyklassisk strafferet baseret på skyld, ansvar og frihedsberøvelse i mangel af bedres havelse, selvom det var klart, at straffen ikke gavtede, og selvom der ikke var nogen sammenhæng mellem straffens strenghed og recidiv.

Også i erstatningsretten opstod i 30'erne både i USA og i Skandinavien en retspolitisk bevægelse, som tilstræbte at afløse er-

statningsretten, især for personskade, med forsikringsordninger, der skulle dække tabene og friholde skadevolderne for ansvar, medmindre de handlede forsætligt eller groft uagtsomt. Man kom også vidt ved gennem udbygning af arbejds-, ulykkes- og socialforsikring at kompensere de fleste arbejdsulykker med passende takstmæssigt fastsatte erstatninger. Hensigten var til gengæld at afskære erstatningskrav mod skadevolderne, men vi har set, at folkelige og politiske krav har ført til både særlovgivning og almindelig lovgivning, som supplerer disse ordninger med privatretlige erstatningskrav baseret på *ansvarsbetragtninger*.

Efter et par generationers kamp for »saglige« løsninger på væsentlige samfundsproblemer må man resignere og erkende, at menneskenes ansvars- og retfærdighedsforestillinger tilsyneladende er uudryddelige. Ingen skal slippe for ansvar, selvom skaden er kompenseret, og erstatning må man kunne kræve af nogen, når man er kommet til skade. Der må være nogen, der er ansvarlig!



## *Retfærdighed i litteraturen*

I litteraturen kan man finde illustrationer til de fire former for retfærdighed, som vi har omtalt. Ydelsesretfærdigheden illustreres af en fortælling, som jeg med tvivlsom føje har tillagt Halldor Laxnes, den isonomiske retfærdighed af en scene fra Alexandre Dumas' Greven af Monte Christo, billighedsretfærdigheden af Shakespeares Købmanden fra Venedig og den naturretlige retfærdighed i Sofokles' tragedie Antigone.

Den første historie, som jeg mente at have læst i Laxnes' Frie mænd, men som forfatteren ikke selv kan erindre, viser den materialretlige kontraktsretfærdighed, at modtagelse af en fordel eller påførelse af en ulempe skaber en forpligtelse til betaling af en modydelse eller erstatning. Quasikontrakt eller equity kaldes reglen. Men at princippet har en almen karakter, ved vi fra antropologien, og det illustreres som sagt af den følgende historie, som altså ikke med sikkerhed kan tilskrives Laxnes.

Et ældre ægtepar sidder i polarnatten og sulter og fryser i jordhytten. Da en notorisk troldkælling kommer forbi, inviterer den desperate mand hende indenfor, hvad hun afviser, hvorfor han griber hende og slæber hende ind. Hun tilbydes et fattigt måltid, men afslår også dette, hvorfor det desperate ægtepar tvangsfordrer hende, idet de derefter triumferende erklærer, at hun nu er forpligtet til at hjælpe dem i nøden. Troldkællingen er imidlertid lige så røget, som de er speget; hun går udenfor og brækker sig og forlader de skuffede mennesker med en triumferende latter, idet hun dermed har frigjort sig.

Dumas fortæller i et kapitel om, hvordan greven og hans ledsager på en rejse bliver vidne til en henrettelse. Han fortæller, at to dødsdømte gudhengivne sammen lader sig føre op på skafottet, og at én af de dømte her bliver benådet, hvorefter den anden desperat begynder at gøre modstand, idet han nu heller ikke vil slås ihjel.

Ligesom den første historie afspejler en primitiv mentalitets

retsstiftelse gennem objektive handlinger eller formularer, henviser Shakespeare i Købmanden til et primitivt retsinstitut, nemlig personalhæftelsen, der bestod i, at en debitor hæftede med sin person for sin skyld, således at kreditor kunne dræbe ham, gøre ham til slave eller som her skære et skålpund kød ud af ham. Den strikte ret er klar, og købmanden får medhold, men den humane dommer vender den strikte ret mod kreditor selv med forbeholdet: »Men ikke en dråbe blod«. Ved anvendelsen af dette trick humaniserer dommeren den strenge ret med en betingelse, som ikke kan opfyldes, og som derved fremstår dramatisk som en billighedsløsning.

I dramaet af Sofokles ser vi også, at den strenge ret, der gennemsyrrer den ældre Aischylos' tragedier, gennembrydes af en naturretlig idé. Antigone begraver mod kongens forbud sin dræbte broder og påberåber sig over for anklagerne – for at have trodset den positive ret – den overordnede evige, uskrevede gudelov, som påbyder slægtninge at begrave deres døde. Aristoteles benyttede senere i sin retorik denne scene som illustration af sin naturretslære.

Man kan altså ikke begrunde »retfærdighed« med henvisning til en eksisterende moralsk pligt til at handle retfærdigt mod andre eller mod Gud, idet henvisningen *forudsætter* eksistensen af en pligt. Moralen forudsætter begrebet »pligt«, idet pligten begynder, hvor tilbøjeligheden hører op. Det er derfor, en »realistisk« eller »naturalistisk« retslære er umulig, idet den forudsætter, at retten er en retlig adfærd eller en »følelse af pligt«, der er forudsætningen for en forudsigelse af adfærden. Efter en sådan teori er psykopaten altså ikke forpligtet, idet han hverken følger nogen konkret pligt til at følge en bestemt regel, der begrænser hans handlefrihed, eller pligten til i det hele taget at respektere retsreglerne.

## *Retfærdighed og pligt*

Det særlige ved »pligten« som normativt begreb er netop, at det er muligt at tale om en retlig eller moralsk »pligt«, selvom den enkelte ikke har lyst til at handle i overensstemmelse med »pligten«. Anarkisten anerkender ikke nogen pligt til at følge en regel, som han ikke har lyst til at følge, og kommer derved til at angribe grundlaget for et organiseret samfund, hvis goder anarkisten oftest vil være villig til at nyde, idet villigheden til at acceptere indskrænkning i den individuelle frihed forudsætter gensidighed. Det er det, vi har kaldt den isonomiske retfærdighed. Anarkistens eller psykopatens attitude kan altså ikke stå for universalitetsræsonnementet, idet den ikke kan danne regel for et samfund, medmindre individerne anerkendes som principielt sociale væsener, hvad de politiske og kriminalistiske erfaringer viser, at menneskene ikke er, i hvert fald ikke i forhold til »det store samfund«, som fornuften har skabt. Om mennesket ville være det i »naturltilstanden«, »det lille samfund«, der svarer til vore gener, er endda tvivlsomt på et hypotetisk plan. Mennesket er nemlig som forudsætning for den kulturskabende evne ekstremt instinktfattigt, således at man ikke kan være sikker på, at menneskene ville handle »socialt« i naturltilstanden, sådan som andre dyr, der beskyttes mod artsdestruktive tendenser i kraft af stærke instinkter. I modsætning til andre dyrearter er mennesket f.eks. i stand til at slå artsfæller ihjel; påstande om forekomsten af organiserede »krigsoperationer« eller dødelige fejder mellem chimpansegrupper er ikke overbevisende dokumenteret.

Man kan ikke uden videre bygge på eksisterende primitive kulturers sædvaner, dels må vore forfædre have adskilt sig fra individer i de eksisterende statiske kulturer, idet de ellers ikke havde igangsat en dynamisk kulturudvikling, dels er »sædvanerne« ikke helt statiske, men ændrer sig til stadighed, dels har selv de mest primitive kulturer haft forestillinger om, at deres sædvaner havde en magisk/rituel guddommelig og dermed »forpligtende« karakter.

Den samme ikke-empiriske (naturalistiske) begrundelse for moralen finder vi hos E. Hammershaimb, der begrunder udviklingen fra den gammeltestamentlige kollektive etik til den nytestamentlige subjektive etik netop i de kulturelle ændringer i samfundet. Med sammenbruddet af den nomadiske familiestruktur efter indvandringen i filistrenes kystbyer og den med arbejdsdelingen sammenhængende »bytteretfærdighed« blev de gamle og børnene værdiløse, hvorfor disse grupper, som tidligere havde en høj værdi, nu måtte beskyttes af en ny moral. De gamles erfaring er i en dynamisk kultur af mindre værdi, og børnenes værdi som fremtidige forsørgere svinder med muligheden for at opspare en »ubegrænset« formue i penge. Derfor, siger Hammershaimb, – altså fordi der ikke længere er en konkret interesse – må man etablere en abstrakt »pligt«, hvis samfundet skal kunne fungere.

Den samme tankegang udtrykkes i brødrene Westermarks værk om de moralske værdiers begrundelse og udvikling i samme antropologi og kultursyn. Deres tesis bliver derfor den, at da menneskenes genetisk begrundede sociale identifikationsfølelse er begrænset til den nærmeste familie, må mennesket »lære« gennem etiske principper at »elske« større og større grupper af mennesker, efterhånden som det større samfund integrerer stadig videre kredse i samfundet.

Man kan kalde moralske og retlige normer for surrogater for de instinkter, som holder andre dyrearter i social balance. Det er på den ene side forklaringen på den større og større identifikationsproces med den kristne radikale lære som yderpunkt, og på den anden side et memento om, at der er grænser for, hvor hurtigt og hvor effektivt en multikulturel integration kan finde sted. Det er ingen kunst at elske de smukke, de rige og de gode. Derimod må *moralen* kræve, at vi skal elske også de grimme, de fattige og de onde, som vi ikke har en konkret fordel af, idet det er en gammel erfaring, at den gensidige fordel er et socialt grundlag for et varigt venskab. Det var moralen i Carl Ewalds fabel om jomfruhummeren og søanemonen, der lever i symbiose. Da jomfruhummeren måtte skifte sneglehus, spurgte den forsigtigt, hvilken garanti den havde for, at søanemonen ved flytningen ikke fristedes

over evne til at delikater sig med dens blottede bagkrop? – Ingen! – svarede sønemonen, men hvilken garanti har jeg for, at du tager mig med på dit nye hus? – Ingen! – var svaret, men historien endte naturligvis godt, til fælles tilfredshed. Den »distributive« retfærdighed kommer i strid med den »kommutative«, når samfundet udvikler sig.

Det, som er det afgørende problem, er, at den øjeblikkelige fordel skal udbyttes med en fremtidig større fordel, og da den fælles fordel ved dette arrangement ikke er umiddelbart forståelig for alle til alle tider, må den kollektive bevidsthed understøttes af en abstrakt moralsk grundsætning. Det tilsvarende ræsonnement ligger bag den nye velfærdsteori, som med »prisoner's dilemma« illustrerer betydningen af den samfundsmæssige tillid, der forhindrer, at de enkelte individer, for at opnå den maksimale fordel for sig selv, dels forringer andre individers forhold, dels begrænser egen fordel.

Psykopaten driver udelukkende engangsforretninger, idet det for den etablerede forretningsdrivende er livsvigtigt at fremstå som en »moralisk« og »fair« handlende, hvis løfter står til troende, og som man i det hele taget kan stole på. Der er og må nødvendigvis være en nær forbindelse mellem fornuft og moral og ret, men hvor fornuften ikke slår til, må moralen og retten gøre deres pligt.

## *Symmetri og retfærdighed*

»Det er uretfærdigt, det har han ikke fortjent!«. Det er denne talefigur, som udtrykker den symmetriske struktur i retfærdighedsbegrebet, ligevægten mellem forbrydelse og straf, mellem ydelse og vederlag, mellem gerning og fortjeneste.

Den primitive retfærdighedstænkning er som nævnt objektiv, idet det er et forrykkende faktum, som udløser en harmoniserende effekt. Hævnret og hævnpligt er gruppens anliggende og udløses af et skadeligt faktum påført en af gruppens medlemmer og kan ramme et vilkårligt medlem af den krænkende gruppe. Talion er en begrænsning af hævnens til en lignende krænkelse; ikke en grusom straf, som eftertiden har villet se den, men tværtimod en civilisering.

Gengældelsen har et element af skæbne, sådan som det fremgår af græsk og nordisk mytologi. Moirerne og nornerne spinder, udmåler og klipper menneskenes livstråd i overensstemmelse med det, som skal være deres lod i tilværelsen. Retfærdigheden kommer først ind i individernes tilværelse, når denne guddommelige udmåling har fundet sted, idet de herefter har krav på at få tildelt ydelser i forhold til denne lod, enhver skal have sit!

Det er ikke noget tilfælde, at lod både betyder skæbnelod og vægtlod, idet al værdifastsættelse, før udmøntning blev almindelig, skete efter vægt. Mene, mene, tekel hentyder formentlig til miner og sekler, som var babyloniske vægtenheder, benyttet som værdimål ligesom »lod sølv« i de danske landskabslove fra 1100- og 1200-tallet. Den ældre romerret opbevarede i sine formler og ritualer mindelser om dengang, handlen foregik på torvet med afvejning af vægtlodder (per aes et libram).

I alle de mellemøstlige kulturer, fra de ægyptiske til de babyloniske, er vægten tillige symbolet på den guddommelige afvejning af individernes livsforløb. Baat afvejer den afdødes hjerte med en fjer; findes det for let, bliver det overgivet til dødens uhyre. Tilsvarende forestillinger breder sig til østsemitterne i Babylon og

påvirker muligvis senere den jødiske kultur, selvom der formentlig er tale om fællessemitiske myter. Det samme gælder de verdslige *kasuistiske* love med deres kompositionssystem, som findes helt tilbage i de hittitiske og babyloniske love fra 2. årtusinde f.Kr. og overtages af de ældre moselove ved siden af de *kategoriske* love med den guddommelige eller befalingsagtige karakter: Du må ikke ..., du skal ... o.s.v. Disse sidste afspejler som nævnt samfundets fundamentale funktionsbetingelser og er belagt med religiøse sanktioner i form af frelse eller fortabelse.

Den senere kristne omformulering er trods alt opbygget efter samme retoriske model, den symmetriske, selvom reaktionen er blevet den modsatte. Hævnen hører Vorherre (og kejseren) til, den krænkede skal dog vende den anden kind til. Det er vel ikke sådan, at retfærdiggørelsen sker ved den enkeltes gerning, men gennem Jesu lidelse og død. Arvesynden sones ved stedfortræder, på samme måde som Abrahams sønneoffer afløses af sydebukken. Strukturen er dog bevaret, det er synd og soning, skyld og retfærdiggørelse; samtidig bevares en fremtidig dommens dag, hvor de retfærdige skilles fra de uretfærdige. Denne *etiske* dualisme af senjødisk-kristen karakter er af tvivlsom oprindelse, selvom den er beslægtet med den persiske Zaratustra-religion.

En kendsgerning er det i hvert fald, at den persiske dualisme i 600- og 500-årene f.Kr. fik indflydelse på græsk tænkning, især pythagoræernes talsymmetri, som til dels blev overtaget af Aristoteles i hans kommutative retfærdighed. Samtidig fortsatte vægten med at symbolisere retfærdigheden, omend den kosmologiske forskydning førte grækerne til at anbringe vægten i jomfruens hånd, da jordaksen ved efterårsjævndøgn havde bevæget sig fra vægtens og ind i jomfruens tegn. Senere blev jomfruen Dike med sværdet til den romerske fru Justitia, som senere i barokken fik bind for øjnene, ikke for at symbolisere rettens blindhed, men dens upartiskhed.

Kombinationen af den kasuistiske ret med kompositionssystemet og ydelsesretfærdigheden omformedes af den kristne moral-filosofi i den europæiske middelalder til en skyldlære og subjektiv bevislære, der knyttede straffen til forsæt eller uagtsomhed og

den kontraktlige forpligtelse til den moralske vilje, der ikke kunne kræve mere end et retfærdigt vederlag (*justum pretium*). I den verdslige ret var det først ret sent, der blev kulturel mulighed for fuldtud at gennemføre den subjektive retfærdighedslære. Endnu i 1200-tallet må Anders Sunesen i sin latinske parafrase over Skånske Lov undskylde den verdslige, objektive ret med henvisning til det »fornuftige« ræsonnement, at smerten er lige stor, hvad enten den påføres med eller uden ond vilje. Først i 1700-tallet er culpereglen (skyldreglen) trængt helt igennem i europæisk erstatningsret efter indflydelse fra den rationalistiske naturretsteori. Den udviklede i 1600- og 1700-tallet den katolske moralfilosofi og lovgivningsteori til en generel subjektiv og moralsk viljes- og kontraktsteori, der forudsatte, at den *moralske* vilje krævede en retfærdig ligevægt: »Man skal ikke tage mere ind, end man giver ud!« (*quid pro quo*).

Teorien om det »retfærdige« vederlag går tilbage til den antikke teori om værdien som en materiel egenskab ved tingene. Denne teori fik sit grundskud af den empiristiske engelske filosofi, der med Humes naturretskritik og Adam Smiths markedsøkonomiske teori ophævede troen på, at værdien var andet end følelser af værdi hos den vurderende operatør på markedet, en værdi, som han *tillægger* tingen. Man må søge til andre midler for at sikre en retfærdig ligevægt i retsforholdene. Den utilitaristiske teori pålægger samfundet en moralsk forpligtelse til at beskytte de svage mod udnyttelse, medens andre har villet henvise til »den usynlige hånd« (Smith) eller den frie konkurrence. Erfaringen har vist, at disse mekanismer ikke af sig selv sikrer »retfærdigheden«. Den usynlige hånd var nok baseret på den naturretlige tro på menneskets sociale natur og markedsmekanismen på menneskenes lige strategiske position på markedet, hvilket ikke er en realitet efter den industrielle revolutions opdeling af menneskene i producenter og konsumenter. Lovgivningen prøver med ugyldighedsregler at sikre »retfærdigheden« gennem regler, som dels er en forlængelse af gamle billighedsregler: tvang, svig, vildfarelse, udnyttelse, og dels nye generalklausuler, som skal sikre individerne mod »urimelige« kontraktsvilkår, især de erhvervsdrivendes standardvilkår.



## *Retfærdighed som proces*

»Det er ikke gået retfærdigt til!« er en vending, som henviser til retfærdighedens procesorienterede variant. For at retfærdigheden kan ske fyldest, skal den påvises. Det nytter ikke at have ret, hvis man ikke får det.

I de ældste tider var »gudsdomme« midler til at nå frem til en retfærdig afgørelse. En tvekamp arrangeres i overensstemmelse med visse ritualer, hvorefter det overlades til Gud at bestemme, hvem der har ret. Også andre gudsdomme: jernbyrd, vandprøve m.v. har været en primitiv tids måde at få en retlig afgørelse på en politisk eller sagligt vanskelig sag. Gudsdommene afløses de fleste steder i vor del af verden af edsafklæggelse af den anklagedes slægt. De forsikrer, at den anklagede er en hæderlig person, men ikke at der er bevis for sagn. Edsbeviset har altså ikke karakter af et årsagsbevis, men er en religiøst underbygget objektiv forsikring og garanti for den anklagede.

Den kanoniske ret med den individualistiske teori bygger på gerningen og derfor på beviset for, hvad der faktisk er hændt, i første række gennem vidner, men også om muligt ved dokumenter og anden skrift. *Sandheden* bliver processens formål og ikke den *sikkerhed*, der er forbundet med saligheds ed. Den retfærdighed, som kommer ud af de to procesformer, er også forskellig, hvilket illustreres af Johan Falkberget i hans værk om livet i jernværkerne ved Røros på Christian IV's tid (Christianus Sextus). Her demonstreres tidehvert af en proces, hvorunder en kvinde sværges at have begået fosterdrab, medens en senere sagkyndig undersøgelse af en fysikus viser, at hun er jomfru. Befolkningen er delt over for de to former for retfærdighed, sikkerheden i det gamle edssystem og sandheden i det nye bevissystem.

Det menneskeretlige processystem bygger i øvrigt primært på grundsætningen: *Audiat et altera pars*. Enhver ved ligesom den politiske kandestøber, at den sidste ærede taler altid synes at have ret. En »fair trial« vil i de engelsktalende lande ofte være

forbundet med »de tolv gode mænds« afgørelse i form af en jury, medens dommerens funktion ofte har karakter af at være en slags kampdommers, der skal sikre, at spillereglerne overholdes, men som i øvrigt kun drager de retlige konsekvenser af juryens faktiske afgørelser. I den kontinentale verden, hvor jury er en undtagelse, har dommeren en betydelig bevisvurderende kompetence, og den *frie bevisbedømmelse* er et vigtigt retsprincip i forhold til primitive samfunds »legale bevisret«, hvor bestemte prioriteringsregler begrænser dommernes skøn.

Et vigtigt princip i retsplejen er dommernes *uafhængighed* af offentlige myndigheder og *habilitet* i forhold til egne interesser. Som nævnt har fru Justitia bind for øjnene for at understrege, at retfærdigheden er uden persons anseelse, hvilket er et ideal, som ikke altid – i hvert fald i tidligere stands- og classesamfund – har svaret til realiteterne. I totalitære samfund er dommeren et redskab for det politiske system, som det var tilfældet i »Det tredje Rige« og de kommunistiske stater. Uafhængige domstole var et absolut krav hos John Locke og Montesquieu til et demokratisk system baseret på den individuelle frihed og deraf flydende »menneskeret«. Magten korrumpere, hvorfor det er nødvendigt at skille den lovgivende, den udøvende og den dømmende statsmagt.

Dommer Lynch er den strenge, men retfærdige dommer, som dømmer sin egen søn til døden for et drab på trods af hustruens bøn om nåde. Denne morbide myte om den upersonlige retfærdighed modvirkes af de almindelige habilitetsregler, som skulle sikre parterne mod at få en dommer, som på grund af egen interesse eller personlig tilknytning til en af parterne ikke kan træffe en »saglig« beslutning. »Der bør ikke være tvivl om Cæsars hustrus dyd«, sagde kejseren, da han skilte sig fra sin kone, ikke fordi han anså hende for skyldig i gudsbespottelse, men fordi hun havde bragt sig i en situation, hvor der kunne rejses tvivl om hendes dyd.

Sokrates bøjede sig for en »uretfærdig« dom og tømte giftbægeret ud fra en gammelgræsk respekt for loven, ligesom sakserne ifølge Saxo bøjede sig for gudsdømmen i tvekampen mellem Uffe

og den saksiske prins. På samme måde har menneskene bøjet sig for edsbeviset og de kommunistiske ledere for partiets afgørelser i de berygtede Moskvaprocesser og senere processer i Østeuropa. Som troende partimedlemmer spillede man den udleverede rolle i partiets drejebog, eftersom dette var i overensstemmelse med den fælles ideologi.

Det er klart, at det er en forskellig slags retfærdighed, der fremkommer af de forskellige processystemer, men begrebet »fair trial« er utvivlsomt et begreb med en vis struktur, knyttet til det alment accepterede rets- og processystem. For os er begrebet uløseligt knyttet til den individualistiske og retsstatslige ideologi, som både tager afstand fra ældre og yngre teorier om statsræson og samfundsnytte som overordnet værdi. Individet har en retssfære, som ikke kan krænkes af administrationen eller lovgivningen, men kun kan afgrænses af en judiciel myndighed i en »fair trial«.

Knud Illums rektoratstale fra 1951 hed »Falske lodder i fru Justitias vægtskål« og var baseret på den grundtanke, at retsafgørelsen for at være »retfærdig« ikke blot skulle træffes af en dommer i overensstemmelse med de omtalte procesprincipper, men også begrundes på en overbevisende måde. »Falske lodder« er argumenter, som enten er overflødige eller selvmodsigende, eller som ikke har hjemmel i de »anerkendte« retskilder. Dommeren må ikke anvende »ugyldige argumenter« og tro, at han ved at anvende flere ugyldige argumenter kan komme til et gyldigt argument ( $0+0=1$ ). Dommeren må heller ikke »opfinde« regler, som ikke eksisterer, for dermed at kunne begrunde en af andre grunde ønsket afgørelse.

Disse advarsler skulle synes overflødige, men Illum viser i denne og i senere arbejder, at de ikke er det. Det er trods alt ikke det farligste, at dommerne har en fri bevisbedømmelse og en fri adgang til prioritering af det anerkendte retskildemateriale. Der findes naturligvis gode dommere og dårlige dommere, ligesom der findes gode og dårlige håndværkere og læger; den største fare er dog forbundet med den sproglige kvalifikation af de til bedømmelse liggende fakta. Vort sprog er et redskab for vore formål og kan ikke være objektivt, hvorfor det er misvisende og far-

ligt, når teorien taler om et »objektivt regelindhold« og lignende. Naturligvis er der et »intersubjektivt« indhold i sproget, idet det ellers ikke kunne fungere efter hensigten som kommunikationssystem. Ligesom sproget er retsreglerne »teleologiske«, idet de har til formål at regulere adfærden i samfundet, og reglerne må derfor »fortolkes« i henhold til deres formål og virkninger (teleologisk og pragmatisk tolkning). Men af hensyn til den retssikkerhed, som er en væsentlig del af vor forståelse af retfærdigheden som individbeskyttelse, må det være den »sædvanlige« sprogbrug, der er udgangspunktet for lovfortolkningen. Det er den forståelse, som adressaten har »føje til« at lægge til grund for sine dispositioner, der må være udgangspunktet, hvis ikke kravet om bekendtgørelse af love skal blive illusorisk. I tvivlstilfælde kan forarbejder og lovmotiver komme på tale som tolkningsbidrag, men i tilfælde af en klar uoverensstemmelse til borgernes skade må retssikkerheden føre til, at »ordlyden« lægges til grund. Samfundsnyttens og den politiske intention kan ikke – i et retsstatsligt samfund – have præference. Under opbygningen af velfærdsstaten, som betragtedes som borgernes »ven og velgører«, gik domstolene vidt i retning af at anerkende »blanketlove« og motiverne angivelse af lovgiverne hensigt og administrations praksis. I den nyeste tid, »højskattesamfundet«, »den korporative stat«, som uddelegerer magten til interessegrupper og deres konsensus i råd og nævn, er staten blevet en »fjende«, som det igen er domstolenes opgave at stække i forhold til de enkelte borgere. Derfor ser vi i stigende grad en tendens til at understrege retssikkerheden og betone ordlyden på bekostning af motiverne og den administrative praksis, som ikke kan ændres uden varsel. Især i skatteretten har man set en udvikling i denne retning, men også andre forvaltningsretlige delsystemer må finde sig i at blive korigeret med lighedsprincip, »magtfordrejningslæren«, »realitetsprincip« og »egnethedsprincip«. Henvisning til »rimelighed« og andre primære vurderinger anses ikke længere for at være utilladelig selv uden udtrykkelig lovhjemmel.

## *Habilitet*

I tilslutning til analysen af »fair trial« og den heri liggende forudsætning om en »lige« og »upartisk« behandling kan man erindre om den gamle regel, at man har krav på at blive dømt af sine ligemænd.

I det gamle standssamfund skulle gejstlige dømmes af gejstlige retter, adelige af adelsmænd, militære af militære domstole og studenter af konsistorium. Bønderne måtte henvende sig til herreds- eller birkeretten, men kunne nok ikke forvente megen »upartiskhed« i klagesager mod husbonden, som (ofte) havde kalderet til birkedommerembedet. Det fremgår dog af de offentliggjorte domme i de private domssamlinger, at bønderne faktisk kunne få ret over for herremænd, men det var nok ikke det normale.

Ifølge retsplejeloven gælder der da også særlige regler om inhabilitet, idet dommeren skal vige sit sæde, hvis han er beslægtet med en af parterne eller har andre stærke interesser. Menneskerettighedskommissionen har i den såkaldte »Hauschildtsag« fastslået, at en dommer, som i en verserende forundersøgelse har afsagt flere fængslingskendelser over en sigtet som følge af »en særlig begrundet« sigtelse, ikke kan lede domsforhandlingen, da han kan frygtes ikke at være helt uafhængig af sine tidligere dispositioner, og retsplejeloven er ændret tilsvarende.

I den offentlige forvaltning er det blevet vanskeligere at opretholde »habilitetskravet« som gyldighedsbetingelse, eftersom det i nutiden kan siges at være normalsituationen, at interessegrupperne befolker de politiske forsamlinger i byråd, amtsråd og folketing. I Folketinget er der tale om en lovgivning på grundlag af interesser, idet lovene kan siges at være mødestedet mellem de modstridende interesser. Det betænkelige ligger i, at lovgivningen kun medierer de aktuelle interesser og ikke afvejer dem mod almenhedens almindelige interesser.

Det er achilleshælen i demokratiet, at kravene til den offentlige

sektor formuleres af stærke interesser, idet offentlige udgifter altid er privat indtægt, medens almenheden kun er svagt repræsenteret. I den kommunale og amtskommunale administration er problemet mere påtrængende, idet der her træffes konkrete afgørelser om forhold, som direkte berører beslutningstagerne eller deres baggrundsgrupper. Derfor var det tidligere utænkeligt, at en skolelærer som byrådsmedlem kunne deltage i sagsbehandlingen af skoleforhold, men Steen Rønsholdt viser i en juridisk disputats fra 1987, hvorledes praksis har ændret sig, således at kun en stærk *konkret* interesse kan føre til ugyldighed, medens opretholdelsen af en regel om ugyldighed i tilfælde af en almen interessekonflikt ville gøre det kommunale styre umuligt, eftersom mere end halvdelen af befolkningen nu er ansat for eller afhængig af offentlige midler.

Især i ankesager er forholdene vanskelige, idet ansatte i primærkommunen som amtspolitikere vil være »sagligt kvalificerede« til at behandle klager fra den sektor, de selv er ansat i. Praksis har indsnævret inhabiliteten til kun at ramme personer, som aktivt har deltaget i sagens behandling, og ikke personer, som blot er ansat i vedkommende afdeling.

I universitetsadministrationen er det med det eksisterende medarbejderdemokrati en yderligere skærpelse, at beslutningstagerne i de styrende organer ikke alene er interesserepræsentanter, men for lærernes vedkommende – og de er det afgørende i beslutningsprocessen – er man både kolleger og konkurrenter. Den tid er forlængst forbi, da man i en sag om faglig bedømmelse kunne sige: »Jeg har med NN et så solidt fjendskab, at jeg altid kan være sikker på en fair behandling«. Det gamle tjenestemandssystem var baseret på en etos af faglig kvalitet og fagligt ansvar, som i hvert fald udelukkede de værste tilfælde af sammenblanding af faglige og andre (uvedkommende) kvaliteter.

## *Sagligt hensyn. Ret og politik*

For at man kan acceptere en afgørelse som retfærdig, må den altså ikke blot materielt stemme med visse normer, men proceduren må følge visse regler, idet man må skelne mellem *saglige og usaglige* hensyn. En retsafgørelse skal være uafhængig af parternes økonomiske, sociale og politiske status, deres køn og race, hvilket tilstræbes gennem habilitets- og procedureregler og kravet om en saglig argumentation. »Positiv diskrimination« må ligesom en »negativ diskrimination« være i strid med den formelle retfærdighed. Det ville være farligt at tilstræbe »materiel retfærdighed«, ligeløn mellem kønnene, lige arbejde for alle aldre og racer o.s.v. gennem diskriminationsregler, der kan føre til forvridning af mentaliteten. Som når der i miljødebatten anføres, at »miljøet skal have en chance«, således at en udgift er begrundet, medmindre det bevises, at den er overflødig. At svigte retsprincipperne i »det godes« tjeneste er det første skridt på vejen mod et totalitært samfund.

Erfaringerne har også vist, at det er farligt at tilstræbe sociale mål gennem skattesystemet, idet den hertil anvendte progression dels opfordrer til skattetænkning og »sort arbejde«, dels vender sig til sin egen modsætning, når det er normalindtægterne, som selv kommer til at betale dyrt for deres velfærd, bortset fra at en »prohibitiv« indkomstbeskatning hæmmer den økonomiske aktivitet. Skattesystemet burde kun være et offentligt finansierings-system og indrettes mest effektivt med dette formål, medens de sociale mål burde løses gennem socialpolitikken.

Den uendelige »tamilsag« viser ligesom »Christianiasagen«, hvor farligt for retfærdigheden det er, når det politiske system giver op over for sin egen uformåenhed og beslutter sig til i stedet at »retliggøre« problemerne ved at overlade dem til en domstol, en undersøgelsesdommer eller en kommissionsdomstol.

På den ene side bliver dommernes og rettens uafhængighed og prestige belastet ved at blive engageret i en politisk kamp. På den

anden side misbruges rettens autoritet til at smykke eller nedgøre visse politiske interesser eller handlinger, som dermed er »ulovlige« eller »uretfærdige«.

1960'ernes og 70'ernes kritiske ideologi havde et vist held med at opnå politiske fordele ved at benytte domstolene som redskab til samfundsforandring gennem påberåbelse af grundlovens forskellige retsgarantier. Især i USA og BRD, der er forbundsstater med kun én fælles konstitution og med en heraf følgende større politisk kompetence, lykkedes det at opnå mange partielle reformer gennem dom. F.eks. blev raceintegrationen gennemført på denne måde, men til sidst kørte bevægelsen fast, da domstolene sagde nej til at blande sig i placeringen af A-kraftværker. Her i landet sagde Højesteret nej til at tage stilling til, om »Christiania« var et »socialt eksperiment«. Her overskrides domstolenes kompetence, idet de ikke er valgt med et politisk mandat.

Retten kan altså benyttes både af og mod de politiske magthavere. Dels har man tidligere bekæmpet arbejderbevægelsen og »strejkeretten« med retlige våben (*T. Wanscher*, Fælledslaget, 1979), dels har fagbevægelsen i nyere tid benyttet »fysiske bloka-der« og andre »retlige« midler i den hensigt at opnå videregående politiske mål.

I disse tilfælde er der tale om »falske lodder i fru Justitias vægtskål«, idet retten ikke benyttes som begrundelse for aktiviteterne, men som påskud. Der er altså ikke tale om en »saglig« og »fair« proces, og den er derfor »uretfærdig«.



## *Rimelig og retfærdig*

Den usikre og svingende sprogbrug i forbindelse med anvendelsen af ordet »rimelig« afslører tilsvarende usikkerhed i den videnskabsteoretiske debat. Den almindelige sprogbrug er i det hele taget et destillat af en tidligere avantgarde-diskussion, på samme måde som aristokratiets vaner efterhånden synker ned og bliver småborgerlig efterligning. Det er en velkendt sag, at borgerskabets påklædnings- og boligvaner og dets ideelle kultur ved århundredets begyndelse i 20'erne og 30'erne blev mønstret for det småborgerlige socialdemokrati, der ikke tilstræbte en særlig »proletar-kultur«.

»Den skandinaviske realisme« i retslæren, der var nært beslægtet med den socialdemokratiske velfærdsteori og dens funktionelle opfattelse af retsbegrebet, tog imidlertid principielt afstand fra den borgerlige idealisme og det traditionelle pligtbegreb. Retsreglerne blev »fritstående imperativer« eller redskaber for »statens monopoliserede tvangsapparat«. Rets- og pligtfølelsen var ikke årsagen til, men følgen af den »positive« ret. Psykologiens, pædagogikkens og rettens formål var at tilpasse individerne til samfundet og ikke omvendt, idet individerne ikke kan have »rettigheder«, som kommer i strid med statens overordnede interesse i at forøge »samfundsnyttens«. Retsvidenskaben bliver til socialpsykologi eller retspolitik.

Under alle omstændigheder ophører vurderinger og vurderende udsagn med at have mening, idet de ikke beskriver egenskaber ved tingene, men den vurderendes følelser, eller de mangler »semantisk referens«, idet der ikke findes noget måleligt modstykke til den sproglige påstands semantiske indhold i den ydre omverden. Alf Ross var den mest konsekvente i accepten af den logisk-empiristiske videnskabsteori, som på den ene side forudsatte empiriske måledata, også for samfundsvidenskabelige beskrivelser, og som på den anden side forudsatte muligheden af en objektiv beskrivelse.

Da det sidste i princippet er udelukket med den antropologisk-hermeneutiske opfattelse af sprogets funktion, som er omtalt tidligere, er det første meningsløst. Især for retsvidenskabens vedkommende er det en urealistisk og uegnet teori, idet retsvidenskabens i lighed med humanistiske og teologiske videnskaber primært er en tolkende videnskab. Ligesom kunstværker og religiøse tekster skal retsreglerne tolkes, og ligesom de teologiske skal de tolkes som autoritative tekster, d.v.s. ud fra forudsætningen om, at denne autoritet skaber en forpligtende betydning; for retsreglernes vedkommende dog også ud fra en teleologisk (formålsbestemt) og en pragmatisk (virkningsbestemt) synsvinkel. Endelig må der for retssikkerhedens skyld tages hensyn til den forståelse, adressaterne »har føje til«.

Hvorom alting er, så var det en af den realistiske retslæres naturlige resultater, at en henvisning til »rimelighed« og »retfærdighed« afvistes med hån og foragt, en foragt, som vel afspejlede det ideologisk-politiske indhold i den foregivne neutrale »videnskabsteori«. Rimeligheden i denne antagelse bestyrkes af den efterfølgende »revolution«, der mange steder – men især i Kina – tog sit udgangspunkt i en debat om den »rigtige« videnskabsteori. Den marxistiske teori blev i vidt omfang brugt som politisk middel og i nogle år med en vis succes, fordi de vestlige lande efter 2. verdenskrig bevidst havde udryddet »ideologierne« belært af mellemkrigstidens erfaringer. Den logiske empirisme var selv et udtryk for denne bestræbelse.

De vestlige demokratier var i deres funktionalistisk-pragmatiske fremtrædelsesform blevet forsvarsløse over for nye ideologiske angreb, som udpegede dem som reaktionære og undertrykkende. Den manglende filosofiske træning, parret med en konstitutionelt protestantisk »dårlig samvittighed« over egen rigdom, lagde det »etablerede samfund« åbent for den »kritiske videnskab«, som havde til formål »ikke at fortolke, men at ændre virkeligheden«.

Den etablerede elite havde lært, at en handling ikke kunne være »rigtig«, »rimelig« eller »retfærdig«, men nok »korrekt« og »hensigtsmæssig«. Dermed var man allerede halvvejs slået af en

angriber, som kendte »sandheden« og derfor vidste, hvad der var »rigtigt« og »retfærdigt«, idet man var allieret med såvel formålet med udviklingen som den nødvendige og endelige åbenbaring af »sandheden«.

I mellemtiden var den videnskabelige konsensus sunket ned i almensproget, hvor det nu var en selvfølgelighed, »at smag og behag ikke kan diskuteres«, og hvor sprogbrugen i det hele taget ændredes fra »rigtig« til »korrekt« og »rimelig« til »hensigtsmæssig«. Den sidstnævnte formulering er naturligvis meningsløs, idet intet kan være hensigtsmæssigt uden hensigt. Sagen var den, at nissen var flyttet med, og at man intuitivt foretog sine (forbudte) vurderinger under dække af objektive udtryk.

Det er en ejendommelighed, at man altså anvender ordet »hensigtsmæssig« i en forkert betydning i stedet for »rimelig«, medens man i den senere sprogbrug er begyndt at anvende ordet »rimelig« igen, men nu også i en forkert betydning, idet den oprindelige og rigtige betydning er gået tabt. I det nyere dagligsprog anvendes ordet »rimelig« nemlig i en kvantitativ betydning: »rimeligt skidt«, »rimeligt stor« o.s.v. Samtidig er den »rigtige« betydning ikke blevet reetableret, idet dagligsproget altså har vendt op og ned på begreberne ved fortsat »fejlagtigt« at anvende udtrykket »hensigtsmæssig« i en kvalitativ betydning som udtryk for en primærvurdering og ikke en formåls/middel-bedømmelse, medens »rimelig« anvendes i kvantitativ betydning som udtryk for en komparativ vurdering.

Disse eksempler på »forkert« sprogbrug er ikke blot trivielle udtryk for en »udvikling« i et dagligsprog, der ikke kan være mere eller mindre »korrekt« eller »rigtigt«. Hvis man mener, at sproget er en komplementær del af vor bevidsthed, er det ikke en ligegyldig og konventionel sprogforskydning, men en ændring af bevidsthedens struktur, som kan få videregående konsekvenser for vort forhold til og beskrivelse eller håndtering af virkeligheden.

Hvis der bag denne videnskabsteoretiske debat ligger en politisk kamp, er det ikke ligegyldigt, om vi anerkender eller ikke anerkender meningen i begreber som »rimelig« og »retfærdig«.

Hvis det er rigtigt, at der hos de judicielle beslutningstagere findes et behov for og en tiltagende tendens til at anvende sådanne primærvurderinger som autoritative (normative) led i den retlige argumentation, er det en opgave at erkende dette behov og at give det udtryk i en »rigtig« sprogbrug.

## *Retfærdighed og naturret*

At henvise til retfærdigheden er ikke det samme som at henvise til naturretten, selvom begge begreber refererer til moralske krav til retten. Retfærdighed er for det første et videre etisk begreb, medens naturret er et snævrere juridisk (eller politisk) begreb, som heller ikke har sin rod i Aristoteles' etik, men i hans politik. For Aristoteles er naturret identisk med det, den fornuftige menneskenatur (zoon politikon) vil vælge som den bedste statsform, og for ham var det den græske polis.

Aristoteles' naturvidenskabelige eller antropologiske naturretsbegreb er socialt fremkaldt af den forudgående politiske udvikling, åndeligt inspireret af Platons – gennem fortællingen om Sokrates – formidlede kritik af det demokratiske Athens moral-løse behandling af sine forbundsfæller og admiraler under den peloponnesiske krig mod Sparta.

Kritikken gik både på den atheniensiske statsskik, som i princippet gik ud på, at den valgberettigede folkeforsamling i princippet både var lovgivende og dømmende organ, selvom der udvalgte et antal (op til 100) i visse straffesager. Det siger sig selv, at et sådant politisk system beforder retorik frem for etik eller retlig regelorienteret argumentation. Vi kender fænomenet fra amerikanske nævninge- eller jurysager, hvor den retoriske ad hominem argumentation (på personen og ikke på sagen) fejrer triumfer.

For det andet betyder den manglende sondring mellem generelle love og konkrete retsafgørelser, at afgørelserne bliver stemningsbetonede og uforudsigelige, samtidig med at de bliver genstand for hurtig forandring. At resultatet bliver vilkårlighed og »uretfærdighed« påstår Platon med henvisning til admiralerne, som blev henrettet, ikke formelt for at have tabt et vigtigt søslag, men for ikke at have opfyldt den religiøse pligt til at bjerge de faldne lig. Mest foragtelig finder Platon dommen over sin lærer Sokrates, som blev dømt til døden for at fordærve ungdommen

og for at spotte guderne. Platon mener, at man i begge tilfælde anvender »retten« til et »politisk« formål, idet krænkelsen af de religiøse pligter blot er et påskud, men et virksomt påskud over for en ophidset folkeforsamling.

Aristoteles kan vel ikke følge Platon i hans mislykkede forsøg på at grundlægge en samfundsorden på »filosoffens« suveræne fornuft, men han deler hans krav om »retfærdighed« i form af generelle love, som afstikker generelle regler for samfundslivet i form af et samfund reguleret ikke så meget af funktionelle love som af en »naturlig« organisation af samfundet. Han fastholder i modsætning til Platon – der nærmest tænkte sig det oplyste enevælde som den bedste statsform – en demokratisk styreform med den begrundelse, at der er bedre mulighed for, at alle interesser bliver varetaget, når alle har ret til at deltage i styret, idet man på denne måde realiserer »den fornuftige fællesvilje«.

Han mener dog, at det regelløse demokrati er et vulgærdemokrati, der er lige så farligt som tyranniet, idet demagogen i det direkte demokrati er lige så farlig som tyrannens smigrere!

Den gammelgræske rets- og statsform er som omtalt aristokratisk med en guddommeligt begrundet sædvaneret. Sofisterne vendte i 500-tallet f.Kr. op og ned på tingene, idet de sagde, at ligesom menneskene ikke er skabt af guderne, men omvendt, således er retten ikke skabt af guderne, men af menneskene selv, der i kraft af deres frie vilje har indgået en samfundskontrakt, som er rettens hjemmel. Retten er altså en *positiv* (konventionel) ret, selvom den har sin rod i en (fiktiv) samfundspagt.

Aristoteles accepterede forestillingen om samfundskontrakten som grundlag for et demokrati, men fandt som sagt, at menneskenes natur og fornuft kræver, at retten må udtrykkes i regler i overensstemmelse med retfærdigheden. Aristoteles' lighedsbegreb gik dog ikke videre end til mennesker af samme stand; han havde ikke noget mod slaveri og kvindediskrimination. I det hele taget var det *isonomien* (lige tilfælde behandles lige) og ikke et radikalt lighedsbegreb, som lå bag hans distributive retfærdighed, et aristokratisk begreb om belønning efter værdi og fortjeneste (»suum (cuique tribuitur)«, »sit«).

Det var den hellenistiske og stoiske lære om menneskene som lige individer i kraft af deres deltagelse i den guddommelige fornuft, der sammen med den kristne individualisme skabte den senere forestilling om menneskenes lighed, i den forstand at de skal behandles ligeligt uden hensyn til rang, stand og nationalitet. Det er sagt, at det var en lykke, at Grækenland (hellenismen) og Palæstina (jødedom og kristendom) samtidigt befandt sig inden for det romerske imperium og på denne måde kunne udbredes og blandes med de gammelromerske begreber som jus og justitia, aequum et bonum og almindeliggøres i kraft af den peregrine praetor, som udvidede den (fælles) romerske ret til at omfatte alle nationaliteter i riget.

Kirkens senere statsopfattelse med de to sværd afspejlede den smuldrende romerstats behov for magt og ret, og indtil højmiddelalderen var naturretten identisk med Herrens uransagelige vilje, idet menneskene som syndige væsener måtte tugtes af Vorherres kæp. I det hele taget var det Augustins af kirken accepterede lære, at retten er et resultat af syndefaldet, en opfattelse, som findes endnu hos Anders Sunesen i hans Hexaëmeron fra 1200-tallet.

Med Thomas Aquinas i midten af 1200-tallet genoplives den aristoteliske lære om den naturlige ret, begrundet i menneskets sociale natur (zoon politikon) og fornuft, der sætter menneskene i stand til at skabe positiv ret i form af en udfyldning af de naturlige principper. Medens Augustin skelnede mellem den guddommelige og den verdslige ret og ikke anerkendte nogen »modstandsret«, hvis kejseren overskred sine beføjelser, anerkendte Thomas en »modstandsret«, hvis den positive ret stred mod den guddommelige, men ikke hvis den blot stred mod naturretten, selvom den vel i så fald var »ugyldig«. Investiturstriden (striden om pavens eller kejserens ret til at udnævne biskopper) var overstået.

I de følgende århundreder udvikledes en mere vidtgående lære om menneskelig lovgivningskompetence (Marsilius) og suverænitet (Bodin), men det var 1600-tallets teoretikere, Grotius i Holland og Hobbes i England, der radikalt argumenterede for den

menneskelige lovgivningskompetence, støttet på den antikke samfundskontraktsteori. Medens Grotius fortsatte den katolske moralfilosofis lære om mennesket som et socialt og fornuftigt væsen, der af sig selv organiserer sig retligt, bestod samfundskontrakten hos Hobbes blot i en aftale om at overlade suveræniteten til fyrsten.

Medens Grotius ud fra sine positive erfaringer og en optimistisk mennesketro lagde grunden til en senere demokratisk samfundsteori, argumenterede Hobbes – ud fra ønsket om lov og orden under en truende borgerkrig – for en enevældig stat og var den åndelige inspirator for den danske kongelov i 1661.

De protestantiske monarkomakere havde i 1500-tallet argumenteret for en almindelig ret til »modstand« mod en uretfærdig fyrste, og de søgte en slags paradigma i middelalderens germaniske feudale relationer, som i princippet kunne opsiges som en kontrakt, en tankegang, som genfindes i den engelske Magna Charta og den danske håndfæstning fra 1200-årene. Teorien om en »modstandsret« overlevede i forskellige udformninger og indførtes i den nye tyske »Grundgesetz« (GG) efter krigen som hjemmel for at nægte at udføre ulovlige befalinger.

Dette begreb har været aktualiseret i den danske debat i den seneste tid, hvor man har villet sigte højerestående tjenestemænd for ikke at have nægtet at udføre »ulovlige« beslutninger. På den anden side har vi embedsmændenes loyalitets- og lydighedspligt, som er vigtig for et politisk system, der ikke skelner mellem en administrativ og en politisk forvaltning. Derfor vil en tjenestemand kun kunne nægte at udføre »åbenbart ulovlige« ordrer.

I øvrigt har retten til modstand ingen større retlig substans end »civil disobedience«, som udvikledes af amerikaneren Henry David Thoreau i forrige århundrede, og som i 70'erne påberåbtes af Marcuse som »retlig« begrundelse for ikke at følge regler, man ikke brød sig om.

Naturretsteorien blev i øvrigt forkastet af den kritiske filosofi og den historiske retsskole i slutningen af 1700-tallet og begyndelsen af 1800-tallet. Den positive retsteori som »naturhistorisk« fænomen eller kodifikationsteori beherskede hele det 19. år-



hundredes teknologiske opbygningsperiode. Minimalstaten begunstigede den frie vilje og den frie konkurrence. Med folkestyre og anerkendelse af menneskerettighederne er der ikke så stort behov for naturret og modstandsret.

I nyere tid har vi set eksempler på etiske retsteorier af forskellig art, som ikke blot angår rettens hjemmel i overordnede ikke-menneskelige kræfter. Med andre ord naturretsteorien angår andre anliggender end rettens formelle *gyldighedsproblem*. Den angår også rettens *indhold*, den materielle naturret og rettens *udfyldningsproblem*, d.v.s. reglens anvendelse i tilfælde af uklarhed. Det første spørgsmål angår rettens moralske indhold: Er retsreglerne ugyldige, hvis de strider mod moralen? I de katolske lande har den nythomistiske naturret i overensstemmelse med den katolske moralfilosofi hævdet, at retsregler i strid med den kirkelige morallære er ugyldige, og i nyere tysk teori har den tidligere positivistisk orienterede Gustav Radbruch i efterkrigstiden om Det tredje Riges ret skrevet, at den var »Unrecht als System«.

Andre teoretikere har med udgangspunkt i en fænomenologisk begrundet filosofi opstillet et »materielt værdihierarki« og argumenteret for en »apriorisk« naturretsteori, der kan føre til ugyldighed af et retssystem, som ikke respekterer dette intuitivt begrundede værdisystem (Alois Troller, Helmut Coing). Et vist slægtskab eksisterer med en nykantiansk relativ naturretsteori (A. Verdross, *Statisches und dynamisches Naturrecht*), der anerkender, at der er en logisk struktur i naturretsbegrebet, men et vekslende indhold afhængigt af den kulturelle situation. En anden kantiansk variant af den tyske retsteori (Marburgerskolen) lagde vægt på retfærdigheden som den idé, retten skulle tilstræbe at realisere.

Det tredje naturretsproblem, *udfyldningsproblemet*, har taget sit udgangspunkt i »*sagens natur*« som den figur, der logisk anviser en løsning på et konkret retstilfælde. Figuren stammer i sin moderne form fra Montesquieus relative naturretsteori, der vel hævdede, at retten havde en evig og uforanderlig karakter, men at den dog var afhængig af folkenes vaner og ydre forhold. Montesquieu anså det dog for givet, at der var en »nødvendig forbindelse

se« (rapport necessaire) mellem ret og samfund, og at denne nødvendige forbindelse gjorde det muligt at erkendelsens vej at finde den rette løsning på de praktiske problemer. Redskabet var »nature des choses«, i senere tysk teori »Natur der Sache«, som afspejler den idealistiske filosofis forsøg på at skabe forbindelse mellem norm og virkelighed, den kantianske teori ud fra en forestilling om erkendelsesapparatets evne til at projiceres ud i virkeligheden og den hegelianske ud fra en forestilling om virkelighedens logiske struktur. Begge varianter fandt altså forholdet mellem erkendelse og virkelighed, mellem norm og virkelighed uproblematisk. Man ophævede kløften mellem erkendelse og vurdering ved at reducere den til en sproglig »formulering« af de faktiske forhold i den konkrete situation.

Her i landet havde A.S. Ørsted knyttet sin »realistiske retslære« til Montesquieus fortolkningsbegreber, *esprit des lois* (lovenes ånd) og »nature des choses« (tingenes natur). Med dette praktiske begreb, som henviser til den almindelige snusfornuft, lykkedes det Ørsted at grundlægge en selvstændig realistisk retslære, som byggede på en gensidig påvirkning mellem retsdogmatik og retspraksis, idet han påbegyndte udgivelsen af systematiske domssamlinger.

I nyere retsfilosofi har man set tilløb til en materiel naturretsteori. Nordmanden Frede Castberg har i sin kritik af den nordiske positivisme forlangt, at retssystemet må respektere menneskerettighederne og begrebet »retfærdighed«, der dog ikke nærmere præciseres. Som vi har set, har den amerikanske Lon Fuller tilsvarende peget på de etiske krav til retssystemet, men som antaget er der her snarere, ligesom for Harts »minimum content«, tale om virkningsbetingelser end om gyldighedsbetingelser, etiske krav til retssystemet ligesom K.E. Løgstrups »spontane livsytringer« i forhold til etikken.

Naturret og retfærdighed er altså udtryk for etikkens krav til retten, men der er tale om forskellige krav. Naturretsteorien har især angået gyldighedsproblemet, medens retfærdighedskravet snarere har angået indholdet og proceduren. Retfærdighedskravet er imidlertid et krav med en vis struktur (forskellige typer

af lighed), medens moralen kan stille andre og mere diffuse krav til rettens indhold.

## *Retsmisbrug*

Forskellen mellem moral og moralisme er måden, hvorpå moralen anvendes som argument. En moralsk argumentation vil sige, at moralen anvendes som begrundelse for en afgørelse, medens moralistisk argumentation anvender moralen som påskud til at nå et resultat, som er ønsket af andre grunde.

En moralistisk argumentation er altså en uretfærdig argumentation, idet der ikke er en reel ligevægt mellem argument og motiv, på samme måde som »magtfordrejning« er en ugyldig argumentation i forvaltningsretten, når forvaltningen anvender en administrativ fremgangsmåde til at nå et administrativt mål, som ikke er tilsigtet med reglen eller egnet til formålet.

Også i privatretten kan man tale om magtfordrejning, når nogen vil anvende en retsposition til at opnå en uretfærdig fordel for sig selv eller en anden. Dette element af vilkårlighed, som kunne opstå, hvis nogen frit kunne bestemme, hvem af flere der skulle bære et tab, elimineres sædvanligvis ved et generelt princip om forholdsvis dækning af tab mellem flere skadevoldere gennem regresregler og regler om begrænsning i en valgret, f.eks. ved betalinger i flere skyldforhold eller realisation af »skæve panterettigheder«. Retsmisbrug kan forekomme på flere andre måder og imødegås i yderste fald med en chikaneregulering, som udtrykker den almindelige retfærdighedsgrundsætning, at der ikke må være falske lodder i fru Justitias vægtskål (se *Stig Jørgensen*, *Retsmisbrug*, Lov og rett, 1977, s. 177-85).

Det ville også være i strid med den almindelige grundsætning om ligevægt, om nogen var forpligtet i et »haltende retsforhold«, d.v.s. at en af parterne er forpligtet, uden at den anden part i et gensidigt retsforhold er forpligtet. Derfor er løftegiveren kun forpligtet i en kort periode (acceptfrist), indtil løftemodtageren har haft lejlighed til at afgøre, om han vil acceptere tilbudet, gør han det ikke, falder tilbudet bort (aftalelovens § 3). Derfor bliver den anden part i et gensidigt bebyrdende retsforhold frigjort, hvis den enes forpligtelse er ugyldig eller falder bort, jfr. myndighedslovens § 43 om ugyldighed af umyndiges løfter i gensidige aftaler.

## *Prioritet*

I den middelalderlige engelske kontraktsret udvikledes grundsætningen om »consideration«, hvilket betød, at en part var forpligtet og kun forpligtet – bortset fra forseglede dokumenter – hvis han havde modtaget en fordel eller pådraget sig en ulempe af økonomisk betydning (*quid pro quo*). I engelsk kontraktsret har det aldrig været idéen, at man er forpligtet, fordi man har afgivet et løfte, men fordi man har gjort en forretning.

Tilsvarende har det været en grundsætning (frembringelse/tilvækst), at den, der har udført et stykke arbejde, som regel også er ejer af resultatet. John Locke anvendte dette synspunkt som begrundelse for den private ejendomsret, idet den, som har dyrket et stykke land, også må have krav på at kunne høste resultatet, det vil sige at bevare herredømmet over jorden. Det er en almindelig erkendelse, at ejendomsret (til jord) i det hele taget ikke har interesse for samlere og jægere, og at »ejendomsretten« og arveretten først blev en retlig nødvendighed med agerbrugskulturen, hvor der akkumuleres værdier i form af dyrket jord, husdyr og stationære bygninger.

Allerede i jægerkulturen har det dog betydning at fastsætte prioritetsregler for interessekollisioner mellem flere konkurrenter, og det har her tilsvarende været den, som er først i tid, som er først i ret. Den, der har opsporet og nedlagt vildtet, er også berettiget til byttet; i det gamle grønlandske fanger- og jægersamfund var det vistnok den, som først havde set byttet, som var den berettigede.

Prioritetsreglen og reglen om privat ejendomsret må altså også ses i lyset af retfærdighedsgrundsætningen, samtidig med at den naturligvis også har en praktisk konfliktforebyggende funktion ligesom besiddelsesgrundsætningen. Også den almindelige bevisbyrderregel om, at den, der vil forandre en tilstand, må kunne påvise en begrundelse herfor, må ses i dette lys.

## *Konklusioner*

Konklusionen må være, at retfærdighed er et begreb, som står i forbindelse med primære menneskelige vurderinger og grundlæggende samfundsmæssige behov for orden.

Retfærdighed er et moralsk begreb, og det får selvstændig betydning for retten i og med, at retten, som i det primitive samfund opfattes som en guddommelig sædvane, overgår til at blive et samfundsmæssigt styringsmiddel. Medens ret og retfærdighed i det gamle samfund er to sider af samme sag, bliver retfærdigheden i det nye samfund et moralsk krav til rettens indhold og administration.

Retfærdigheden er ikke et almindeligt og ustruktureret moralsk krav til retten. Kravet refererer i alle betydninger til lighed i en eller anden forstand. Lighed er imidlertid ikke et enkelt begreb, idet der findes forskellige relationer og kriterier for sammenligningen.

I en oprindelig forstand refererer retfærdigheden til ligevægt: ydelse mod ydelse, øje for øje. Vægten er fra de ældste tider rettens symbol. Det skal såvel i livet som i døden gå mennesket efter fortjeneste. Der er tale om den forholdsmæssige (kommutative) retfærdighed.

I et urbaniseret samfund bliver der behov for en ny form for retfærdighed, den distributive, der er baseret på individets fortjeneste for samfundet. Det er den tankegang, som i sin yderste konsekvens fører til en utilitaristisk eller en socialistisk samfundsopfattelse, alt efter om frihed eller lighed betragtes som den overordnede værdi.

Retfærdighedsbegrebet indeholder en formel kerne: At lige tilfælde skal behandles lige, og er forsåvidt identisk med kravet om, at retten skal udtrykkes i regler i modsætning til vilkårlige befalinger.

Retfærdighedsbegrebet har i hvert fald så vidt et statisk indhold, som det materielle indhold i retfærdighedsbegrebet veksler med samfundets kultur.

Det vesteuropæiske retfærdighedsbegreb er udviklet i tilslutning til renæssancens individualisme, der opfatter individet som samfundets mindste enhed og bærer af rettigheder. Disse rettigheder beskytter individets frihed og integritet dels mod andre individers lige ret til frihed, dels mod samfundets indgreb.

De materielle retsprincipper, som ligger bag de enkelte dele af retssystemet, er ikke blot politiske eller blot moralske principper, men udgangspunkter for den retlige argumentation med rod i den materielle retfærdighed.

Dette rettighedsbegreb medfører, at afgrænsningerne heraf ikke kan ske med administrative, men kun i kraft af judicielle procedurer i overensstemmelse med almindelige procesprincipper.

Procesretfærdigheden afspejler princippet om den uinteresserede og »saglige« afgørelse, der angår beslutningstageren og de argumenter, som kan accepteres som »ægte lodder« i vægtskålen. Argumenterne skal ikke blot være gyldige normer, men skal også anvendes som begrundelse og ikke som påskud for en beslutning.

Retsmisbrug og chikane er eksempler på en usaglig anvendelse af ret og rettigheder. Prioritetsprincippet (først i tid, først i ret) står i forbindelse med tilegnelses- og ydelsesretfærdigheden, ligesom ejendomsretten og besiddelsesgrundsætningen og gensidigheden i kontraktsforhold.

Reglerne skal ikke alene anvendes ligeligt, de skal også håndhæves retfærdigt, idet ingen ønsker at tåle en indskrænkning i handlefriheden, uden at det samme krav stilles til andre.

Reglerne skal anvendes på konkrete situationer, hvilket giver anledning til det retfærdighedskrav, som kaldes billighed. Det er udviklet af græsk *epieikeia* og romersk *aequitas*, som betyder, at reglen skal anvendes ligeligt, men også med hensyntagen til det enkelte tilfældes konkrete omstændigheder (sagens natur).

Denne grundsætning har i nyere sprogfilosofi fundet bekræftelse i princippet om, at den konkrete situation ikke kan beskrives objektivt, men gennem tolkende sammenligning med reglens »socialtypiske« reguleringsmodel. Reglen er en sproglig generalisering på grundlag af den typiske situation, reglen har for øje, og

anvendelsen kræver derfor ikke blot en sproglig, men også en teologisk (formålsbestemt) og pragmatisk (konsekvensorienteret) tolkning.

Retfærdighed er altså ikke det samme som naturret, selvom begge begreber angår moralens krav til retten og har deres oprindelse i rettens adskillelse fra etikken. Retfærdigheden har sin særlige lighedsstruktur og sammenligningsproces, medens naturretten først og fremmest angår rettens hjemmel, gyldighed og individernes lydighedspligt (modstandsret, civil disobedience).

Retfærdighedsargumentet er ligesom retlige argumenter rettet tilbage mod en eksisterende pligt, men medens retlige argumenter er normative i den forstand, at de refererer til retsnormer, er retfærdighedsargumentet i første række orienteret mod primære vurderinger, omend med en vis struktur.

Det er et særligt spørgsmål, hvordan pligtargumenter kan virke overbevisende ved siden af formålsorienterede argumenter. Hvordan kan henvisning til en pligt overbevise stærkere end henvisning til en fordel? Sanktionselementet er naturligvis af betydning, hvorfor overtrædelser af retsreglerne skal sanktioneres.

Men ud over sanktionen kan pligtargumentet overbevise, hvis man kan have tillid til, at en øjeblikkelig fordel afløses af en (større) fremtidig fordel. Det organiserede samfundsliv kan ikke eksistere uden en retlig regulering, og den moralske pligt til at følge retten er en nødvendighed som erstatning for de instinkter, som sikrer funktionen af det lille samfund.

Den logiske empirismes kritik af retfærdighedsbegrebet var ikke tilstrækkelig. Den forudsatte, dels at begreberne kun var meningsfulde, hvis de havde en ydre side (semantisk referens), dels at det er muligt at beskrive denne ydre virkelighed objektivt. Hvis begge disse forudsætninger forkastes, falder denne kritik, hvilket følger af den hermeneutiske sproganalyse.

Det er en kendsgerning, at nyere retspraksis har frigjort sig fra den »realistiske« retslære, idet man tilsyneladende har erkendt et behov for at kunne udtrykke sine umiddelbare vurderinger i form af »rimelighed« og »billighed«, selv hvor der ikke i retskildematerialet findes udtrykkelige henvisninger til retfærdigheden.



## *Litteratur*

Foruden til litteraturlisten i Ret-færdighed og ret kan henvises til:

*Bock, Sisela, Løgn* (1979).

*Castberg, Frede, Forelesninger over rettsfilosofi* (1965).

*Christie, Nils, Som folk flest* (1978).

*Eckhoff, Torstein, Rettferdighet* (1971).

*Løgstrup, K.E., Den etiske fordring* (1956).

*Nørgaard, C.A. og Jens Garde, Forvaltningsret, sagsbehandling* (3. udg. 1988).

*Rasmussen, Erik, Lighedsbegreber*, (1981).

*Ross, Alf, Forbrydelse og straf* (1974).

*Rønsholdt, Steen, Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmernes inhabilitet* (1987).

*Wanscher, Torben, Forsamlingsfriheden og »Fælledslaget«* (1979).

Af egne arbejder fremhæves især:

*Skyld og ansvar* (red.) (1967).

*Symmetri i videnskaberne* (red.) (1975).

*Retspositivisme og naturret* (1977).

*Limits of law, Rechtstheorie, Beiheft 12* (1991).