

RETTE OG SAMFUNDET

Oplæg på Universitetet i Bergen
15. oktober 2010

A F PROFESSOR V A G N G R E V E

*The first part of the article describes and analyses the development of criminal law during the last 20 years. It is argued that criminal law and criminal procedural have changed in many countries since the beginning of the 1990s. A number of characteristic features have been introduced which contradict the principles of the Rechtsstaat as well as the fundamental values of the Welfare State. The new features are rather reminiscent of those found in a Police State. After listing a number of examples, it is argued that this development is due to the fact that we have become less tolerant and less concerned with criminological and other empirical facts when we make decisions about criminal policy. The second part of the article is dedicated to the development of scientific legal research and the fundamental values of the different disciplines of law. It is argued that each discipline has its own values and that these values too often conflict with one another. For example choices and proposals by a public international law lawyer could easily be unacceptable to a criminal law lawyer. It is argued that legal scholars should try to find common values on which all legal disciplines and legal research could be based.**

SAMFUNDETS UDVIKLING

Set fra vort juridiske udgangspunkt findes der fire s a m f u n d s m o d e l l e r :

G u d s s t a t e n , som den var hos os til omkring 1800, og som den stadig findes i f.eks. Iran, Israel og Texas.

R e t s t a t e n , som afløste den i midten af 1800-tallet.

S o c i a l s t a t e n , som siden slutningen af 1800-tallet har konkurreret med retstaten.

P o l i t i s t a t e n , som ikke er noget valg for os, men hvor vor udvikling alligevel præges af stadig flere politistatslige elementer.

Ældre tid

Under O p l y s n i n g s t i d e n i 1700-tallet skete det store spring fremad mod

* Title in English: Law and Society. Original in Danish.

vort samfund. Man erkendte, at alle mennesker har rettigheder, fordi – og blot fordi – de er mennesker. Børn og vanføre, kvinder og udlændinge, fattige, sindssyge og kriminelle blev nu til medmennesker, der har krav på at blive behandlet ordentligt. De var ikke længere udskud, som kunne behandles efter forgodtbefindende. Straffene kunne heller ikke længere være bestialske; de måtte være humane, fordi de skulle ramme medmennesker.

En naturlig konsekvens af anerkendelsen af menneskerettighederne var gennemførelsen af *r e t s t a t e n*. Det kendetegner en retstat, at statsmagten begrænses. Borgerne er de vigtige. Deres frihed kan kun indskrænkes gennem deres egne folkevalgtes love. Regeringen, politiet og andre myndigheder må kun gøre det, som de folkevalgte i rigsdagen har givet dem lov til at gøre. Enhver form for magtoverladelse skal være nøje afgrænset og kontrolleret af domstolene.

”Demokrati er så sandelig et værdifuldt gode; retstaten er imidlertid som det daglige brød, som vandet vi drikker, som luften vi indånder. Og det bedste ved demokratiet er netop dette, at kun demokratiet er egnet til at sikre retstaten.” (Radbruch 1946 s. 105). Men demokratiet gør ikke dette automatisk. Der skal hele tiden kæmpes – både for demokratiet og for retstaten.

Borgernes retstat var ikke en retfærdig stat for alle borgere. *T y e n d e*, andre lønarbejdere og *f a t t i g e*, som blev holdt udenfor, da retstaten blev gennemført, måtte snart erkende, at en retstat ikke nødvendigvis hindrer udsugning og undertrykkelse fra andre private. Hvad gavner det, at statsmagten ikke må undertrykke en, hvis arbejdsgiverne må? Arbejderne så meget klart, at deres liv, helbred og fysiske eksistens ikke blev beskyttet. Under sådanne forhold må 1ste maj være langt vigtigere end 17. maj. Det var for dem ikke et spørgsmål om at fejre det opnåede, men om at kæmpe for at opnå noget andet.

Arbejderne var villige til at opgive retstaten for at få et menneskeværdigt liv på andre måder. De ønskede ingen svag stat, men tværtimod en stærk stat, som kunne støtte deres kamp mod undertrykkerne og spænde et socialt sikkerhedsnet ud under de svage i samfundet. Staten er ingen fjende, men en ven. Myndighederne skal ikke begrænses i deres udfoldelse, men tværtimod have så frie tøjler som muligt, for kun på den måde kan de effektivt nå målene: tryghed og velfærd for alle. Retstaten som ideal blev erstattet af *s o c i a l s t a t e n* eller *v e l f æ r d s s t a t e n*.

Medens retstatens borgere er kyndige, autonome og viljestærke, er velfærdsstatens mennesker svage og i behov for vejledning, støtte og hjælp. Medens problemerne i retstaten løses fornuftigt af de berørte, som ser og analyserer situationen, er situationen anderledes i socialstaten. Her ved staten, hvad der bør gøres til borgernes bedste, også selv om borgerne ikke selv kan eller vil indse det. Den forbyder, understøtter og regulerer livsforholdene til fordel for det almene bedste.

R e t s t a t e n og *s o c i a l s t a t e n* er således principielt vidt forskellige.

Når vi analyserer den nye Lovgivning, finder vi mange træk, som peger i retning af retstatsbegrebet, f.eks. en voksende respekt for de klassiske menneskerettigheder, og mange andre, som peger i retning af socialstaten, f.eks. det tætte lovgivningsnet, som skal værne borgerne mod deres egne og andres dumheder.

Offerets plads

Lad mig illustrere den retstatslige tankegang ved at se på offerets plads i straffeprocessen og dets betydning for strafudmålingen:

Gennem Oplysningstidens samfundsdebat og filosofi blev de nordiske samfund seculariserede. Guds rolle i samfundet blev erstattet af en fiktiv samfundskontrakt. Sagt uendeligt kort var og er opfattelsen: Uden et retsvæsen er vi alle prisgivet andres overgreb. Menneskene skaber derfor et samfund med et retssystem for at opnå beskyttelse mod andre mennesker. De overdrager deres frihed til statsmagten mod til gengæld at få beskyttelse af den mod de andre. Som det udtrykkes i et af nordisk litteraturs bedst kendte og særdeles tænksomme værker, om end nærmest inden for norsk naturret: ingen i skoven må spise hinanden (Egner 1955).

Det passer for så vidt godt ind i dette mønster, at det var ved udgangen af 1700-tallet, at den danske strafferet blev en offentligtlig disciplin; indtil da havde strafferetten været en del af privatretten. I og med tilslutningen til den fiktive samfundskontrakt opgives den individuelle ret til at hævne sig på andre; det er fra nu af staten, der håndhæver loven. "Staatliches Strafrecht entsteht mit der Neutralisierung des Opfers." (Hassemer 1990 s. 72). "The justifiability of criminal punishment, and criminal law in general, is closely connected to the unjustifiability of our retaliating against those who wrong us." (Gardner 2007 s. 214). En ganske tilsvarende argumentation var også meget fremtrædende, da man i 1945 i Danmark diskuterede retsforfølgelse af forrædere og krigsforbrydere; man ønskede at undgå, at der kom en "de lange knives nat" og lynchninger; derfor overtog staten afstrafningen.

Statens håndhævede lov må nødvendigvis være en almen lov. Det kan ikke begrundes, at den forurettede skulle kunne kræve en anden og strengere strafferetlig reaktion mod lovovertræderen end den reaktion, som rammer alle andre lovovertrædere; det ville være en krænkelse af lovovertræderens medborgerlige ret til lige behandling. Både lovovertræderen og den forurettede er medkontrahenter i den fiktive samfundskontrakt. Kernen i retstaten, der blandt andet bygger på denne filosofi, er, at "straf" ikke er en individuelt bestemt hævnakt, men at den kun kan fastsættes af borgernes repræsentanter i parlamentet i generelle lovbestemmelser. Kriminaliseringen og strafpålæggelsen foretages af statsmagten i almenhedens interesse. I tilslutningen til samfundskontrakten ligger

således også en accept af, at straf skal bestemmes ud fra almenhedens interesser, ikke ud fra den konkret forurettedes opfattelse. Det er ”just tack vare rättsmaskineriets regelbundna fortgång, som människornas naturliga, på vedergällnings- och hämndekänslor vilande rättighets- och rättviseföreställningar med deras samhällsupplösande konsekvenser hållas i schack.” (Hägerström 1939 s. 32 f.). Staten forpligter sig til at beskytte almenheden, blandt andet gennem etableringen af et strafferetligt system, og den enkelte borger får ”kun” den samme beskyttelse, som alle hans/hendes medborgere har. ”That victims do not try, convict[,] sentence or punish criminal offenders, is not an accident of procedural history. It is, on the contrary, one of the main objects of the whole exercise.” (Gardner 2007 s. 238).

I denne forbindelse er det vigtigt at understrege, at disse regler følger af lovovertræderens naturlige menneskerettigheder, og at de skal beskytte ham/hende. Straffeloven er – som det er blevet sagt – forbryderens *Magna charta*. Den moderne stat har en ”special duty of humanity towards its people, which comes of its claim to authority and its associated role as servant of its people” (Gardner 2007 s. 233). Heraf følger, at det ikke er reaktionen (straffen), men alene den skærpede særeaktion, som måtte følge på offerets intervention, som er utiladelig. Sondringen mellem den lige behandling, den skærpede behandling og den milde behandling har blandt andet stor betydning, når man diskuterer benådning, mægling og *restorative justice*. Mildnende særbehandling krænker ikke den konkrete lovovertræder, og den er derfor som udgangspunkt acceptabel. Til tider anses reaktionerne, der følger på en overtrædelse, som beskyttelser af retssystemet og dermed mildheden som en krænkelse af lighedsgrundsætningen. Det er dog uholdbart. Det er ikke retssystemet, men borgerne, der skal beskyttes. En abstrakt lighedsgrundsætning skal beskytte mod uberettiget diskrimination, men med menneskelighed er ikke retsfordrejning.

Nyere tid

Efter 2 den verdenskrig blev arbejderklassen til middelklasse. Der er ikke længere en sultens slavehær, som føler, at den behøver statens sikkerhedsnet og hjælp. De personer, som for 100 år siden ville have været svage og udsatte, er det ikke i nutidens Norden. De behøver kun sig selv. Den gruppe, som tidligere krævede statens indgreb, afviser dem nu med en argumentation, som minder gevaldigt om borgerskabets for 150 år siden. Den århundredlange kamp mellem retstat og socialstat synes vundet af retstaten.

I første omgang manifesterer dette sig gennem en række lovændringer, hvor retstatsprincipper bliver ført ud i livet. Borgerne får aktindsigt hos

myndighederne; det er ikke længere en nåde at få mulighed for at kontrollere myndighederne. Ombudsmanden bliver meget mere aktiv. De svageste grupper beskyttes derved, at de ikke skal være i myndighedernes vold, men skal have klare rettigheder. Fattighjælp bliver et retskrav. Psykiatriske patienter beskyttes gennem en ny lov. Fangerne får en straffuldbyrdslov baseret på rettighedstankegangen. Fremmedpolitiet nedlægges og erstattes af civile myndigheder. O.s.v. O.s.v.

Men der er også *a n d r e t e n d e n s e r*. Medens lovgivningen i den klassiske retstat søgtes indskrænket til et minimum, skal socialstaten beskytte borgerne mod farer, og denne del af socialstatsideologien overlever i bedste velgående. Der synes at være et voksende følt behov for *b e s k y t t e l s e m o d a l l e f a r e r o g k r æ n k e l s e r*, af hvad art de end kan være. Eksempelvis krævede danske læger i 2009, at det skal gøres til en pligt for alle badmintonspillere at bære beskyttelsesbriller. 2010 rejstes der i det danske Folketing spørgsmålet om lovgivning om undulators siddepinde. Det *' a l m e n e b e d s t e '* defineres videre og videre. Borgerne vil ikke blot beskyttes mod skader, men også mod angsten for skader. Staten bliver en *a n g s t s t a t*. I nyere lovgivning beskytter man derfor borgerne mod enhver indtryk, som en eller anden kan tænkes at finde *u b e h a g e l i g t*.

Nutiden

For mig synes det åbenbart, at der i *b e g y n d e l s e n a f 1 9 9 0 e r n e* – altså længe før 9/11 – skete et markant skift. Det påfaldende er, at vi ser næsten samme udvikling i næsten *a l l e l a n d e*, hvad enten de har den ene eller anden farve regering. Vi ser også, at lande, der tidligere fremtrådte med vidt forskellige traditioner o.s.v., nu har ens udviklinger. Hvordan kan det forklares?

Politikernes *v a l g k a m p e* er siden da blevet baseret på, at vælgerne helt ureflekteret foretrækker *t o u g h o n c r i m e* frem for *s o f t o n c r i m e*. Det bliver ikke længere efterstræbt at få et menneskeværdigt system, som reducerer kriminaliteten og dermed antallet ofre i samfundet. *Tough on crime* har ført til opgivelse af en række fundamentale menneskeretlige og strafferetlige principper og samtidig af rationaliteten i systemet. Politikerne og *e k s p e r t e r n e* taler nu *f o r s k e l l i g e s p r o g*, for eksperterne finder fortsat deres hovedargument i forebyggelsen af kriminalitet.

Som sagt er der en række nyere lovændringer, som er gennemført i strid med fundamentale strafferetlige og menneskeretlige principper. De lader sig derfor ikke indpasse i en retstatslig lovgivning og også dårligt i en socialstatslig. Deres nærmeste nyere paralleller findes i *p o l i t i s t a t e r n e* – det være sig de nazistiske, fascistiske eller kommunistiske. Hvormed jeg selv sagt ikke påstår, at nutidens vesteuropæiske samfund er politistater – kun at disse træk i udviklingen fører i den retning.

Sanktionerne

I dag gøres fængselsstraffene længere og længere uden nogen saglig grund. Jfr. konflikten mellem den norske høyesterett og Stortinget/regeringen.

Landsforvisninger anvendes i stigende grad.

Formuekonfiskation anvendtes i den gamle dansk-norske ret, men blev afskaffet i 1824 i Danmark, bl.a. fordi den stred mod proportionalitetsprincippet. I Europa overvintrede den i Sovjetunionen. Den er nu efter norsk inspiration blevet genindført i Danmark og kan anvendes ved selv de mest bagatelagtige narkotikalovovertrædelser. Der er hjemmel til at konfiskere alt, hvad en person ejer, hvis den pågældende træffes med nogle få gram hash i lommen – det gælder sågar også ægtefællens ejendom. Det gælder, selv om anklagemyndigheden ikke kan bevise, at formuen hidrører fra handel med narkotika, og selv om den pågældende kan dokumentere, at han/hun har haft formuegoderne i mange år.

Enhver tvivl kommer borgeren til skade

Endnu grellere bliver det, når der foretages administrative indgreb mod formodet kriminelle, jfr. f.eks. optagelse på terroristlisterne og indefrysning af de pågældendes formuer. I første omgang var de sågar ledsaget af forbud, der var så vidtfavnende, at staterne ikke måtte udbetale socialhjælp til sådanne personer, så de kunne overleve. EF-Domstolen har underkendt sådanne stemplinger, som borgeren ikke kunne forsvare sig mod (C-415/05P *Kadi*). Det fik udenrigsministrene i EU til at diskutere, om de skal rette sig efter sådanne domme (Politiken 7.1.2009). Vi kan sammenligne vanskelighederne med at komme af FN's og EU's lister med de vanskeligheder, der har været i USA. Her var Nelson Mandela registreret som terrorist indtil den 26. juni 2008. Når FN kræver en stemme i det udvalg, der skal afgøre, om en person eller en organisation fortsat skal være på listen, har man helt åbenbart lagt sig fast på, at enhver tvivl skal komme borgeren til skade.

Hemmelige retsforhandlinger

Yderligere kaffask bliver processen, når borgeren ikke engang ved, hvad han/hun skal forsvare sig imod. Det gælder i de nævnte sager om optagelse på terroristlisterne. Politiets Efterretningstjeneste (PET) kan i Danmark endvidere uden at give nogen begrundelse nedlægge forbud mod indrejse, tildeling af opholdstilladelse og af statsborgerskab; den pågældende får ikke engang at vide, at afslaget skyldes PETs vurdering.

Der er gennemført ændringer i straffuldbyrdelsen, hvorefter fanger bl.a. udelukkes fra fællesskab og flyttes fra åbent til lukket fængsel, uden at man fortæller dem, hvad afgørelsen er baseret på og hvem der er fremkommet med de

oplysninger, som er lagt til grund. Et mindretal i Straffelovrådet kaldte dette en kafkask retstilstand.

O v e r v å g n i n g

EU kræver r e g i s t r e r i n g af alle borgernes s a m t a l e r med andre og k o r r e s p o n d a n c e r med andre i det omfang, det er teknisk muligt. Det er for mig ganske uforståeligt, at samfundet nu er blevet så paranoidt, at man gennemfører regler, som STASI ville have misundt os. Ingen retstat kan have en sådan overvågning af egne borgere. At systemet også er ganske uegnet til at nå det ønskede mål, er for mig egentlig mindre væsentligt. Den tyske forfatningsdomstol i Karlsruhe har behandlet dette og lignende spørgsmål kritisk – det er ofte den, vi må sætte vor lid til.

Justitsministeriet har i en redegørelse for terrorlovgivningen i 2010 oplyst, at man overvejer at udvide logningspligten. Det fremgår ikke hvordan. En logisk udvidelse ville være, at lade postvæsenet registrere, hvem jeg korresponderer med ved ”gammeldags” breve.

EU vil overlade USA informationer om alle EU-borgeres brug af k r e d i t k o r t , deres b r o w s i n g v a n e r og deres r e j s e r . Statewatch (11.9.2008) citerede: ”Every object the individual uses, every transaction they make and almost everywhere they go will create a digital record. This will ... create huge opportunities for more effective and productive security efforts.” ”Niemandwo werden aus vermeintlichen Absurditäten so schnell Normalitäten wie auf dem Gebiet der Inneren Sicherheit.” (Prantl 2008 s. 117).

O v e r v å g n i n g e r gennemføres også på andre områder uden respekt for borgernes privatliv og værdighed. Folketinget kræver, at fangerne i vore fængsler skal u r i n e r e , medens en betjent kontrollerer, at urinen kommer det rette sted fra. Antallet af prøver er fastlagt af Folketinget, og prøverne skal gennemføres, selv om der ikke er noget grundlag for at mistænke den pågældende for at have misbrugt narkotika.

88 af landets 98 kommuner bad i 2010 om hjemmel til uden dommerkendelse at gennemføre u a n m e l d t e b e s ø g i p r i v a t e h j e m , systematisk overvågning af boliger og biler samt til at indhente kontoudtog i banker fra formodede kærester eller samlevere til kvinder, der siger, at de er enlige forsørgere. (Ågerup 2010).

I England suppleres k a m e r a e r n e p å g a d e r n e nu med mikrofoner, der kan opfange almindelige samtaler på 100 m afstand (The Sunday Times 20. juni 2010).

U d l e v e r i n g

En af statens vigtigste opgaver er at beskytte borgerne mod overgreb, hjemme såvel som i udlandet. Fordi staterne skal beskytte deres borgere, har de traditionelt nægtet at udlevere *e g n e s t a t s b o r g e r e* til andre lande. Det betyder ikke, at kriminelle ikke kan straffes. Det betyder blot, at hjemlandet selv skal gennemføre straffesagen, når der er tilstrækkelig grund til det. Princippet er nu blevet opgivet. Det betyder også, at vi udleverer danske statsborgere til retsforfølgning i en stat som USA, selv om USA har det mest barbariske retssystem i den vestlige verden. Når man vælger at udlevere til et sådant retssystem, har man klart vist, at det afgørende ikke er *m e n n e s k e t*, der udleveres, men ønsket om at ”*s i g n a l e r e*” et politisk venskab mellem nationerne på bekostning af borgeren, skyldig eller uskyldig. UK, som har indgået en tilsvarende udleveringstraktat i terrorismebekæmpelsens navn, brugte den snart efter flere gange – alle gangene mod britiske forretningsfolk, der havde haft forretningsforbindelser med u.s.amerikanske virksomheder.

Dette er et af alt for mange eksempler på, at den *p o l i t i s k e d e b a t* om lovforslag handler om ganske andre forbrydelser og forbrydere end dem, som reglen senere anvendes på. UK anvendte terrorlovgivningen til at indefryse islandske borgeres penge i britiske banker efter den store bankerot. Det gælder i det hele taget, at vi igen og igen ser udhulinger af væsentlige retsprincipper gennemført under henvisning til sjældne og grove forbrydelser, og derefter hurtigt ser udvidelser såvel i praksis som i lovgivningen til andre områder.

B e t i n g e l s e r f o r i n d g r e b

De mest uklare begreber som *t e r r o r i s m e* og ’organiseret kriminalitet’ danner lovgrundlaget for meget alvorlige straffe og andre indgreb. Det er ubegribeligt, at Sikkerhedsrådet og EU kan stille krav om meget strenge straffe for terrorisme og samtidig erkende, at politikerne/staterne ikke er i stand til at definere de forbrydelser, som skal straffes med fængsel på livstid. Det er faktisk vanskeligt at definere terrorisme og terrorister. Når Ronald Reagan kaldte Taleban for Freedom Fighters (Information 22.12.2007), og når Amnesty International nægtede at betragte Nelson Mandela som samvittighedsfange (Downes et al. 2007 s. 355 f.), er det for eftertiden særdeles synligt, hvor vanskeligt det er at benytte sådanne begreber. Men en definition er nødvendig. Intet retsamfund kan sende folk i fængsel i masser af år for en forbrydelse, som det ikke har kunnet definere.

Myndighederne indfører og anvender regler, som gør *l ø s e s k ø n* til de afgørende kriterier, f.eks. ”hensynet til retshåndhævelsen”, som hverken er defineret eller dokumenteret. Eller, om handlingen efter myndighedernes skøn tjener et ”anerkendelsesværdigt formål”. Eller om ”den dømtes forhold taler derfor”.

Politiets ufejlbarhed

Helt centralt i retstatstankegangen er, at indgreb i borgernes frihed skal have klar lov hjemmel og gennemføres under domstolens kontrol; den bygger på erkendelsen af, at al magt korrupperer. ”Man behövar icke ha några personliga sadistiska böjelser för att bli en Robespierre. Man behövar endast ha hans statliga maktställning ” (Hägerström 1939 s. 89 f.). Kernen i politistaten er omvendt troen på, at politiet altid gør det rette og kan betros beslutningerne. Efter et modbydeligt knivdrab på en turist i København skabtes der hjemmel for, at politiet kunne kropsvisitere personer i ”visitationszoner”, selv om de ikke er mistænkte. Den daværende integrationsminister havde ret, selv om det ikke var det, han mente, da han skrev om, ”hvor ringe betydning det får for almindelige fredelige borgere” (Weekendavisen 6.2.2004). Men det får alligevel betydning – også for de såkaldt almindelige, fredelige borgere. Der er ingen tvivl om, at Folketingets og politiets behandling af udlændinge skaber en særdeles letforståelig bitterhed og aggressioner med alt, hvad det kan føre til og faktisk har ført til.

Da loven blev vedtaget, sagde justitsministeren, at beføjelsen skulle anvendes i særlige gråzoneområder, på de ”bestemte steder”, ”hvor strafbare handlinger ... erfaringsmæssigt finder sted”; snart blev hele København og hele Odense gjort til visitationszoner, hvormed politidirektørerne uden videre suspendede meget væsentlige dele af strafferetsplejelovgivningen. ”Dermed kan alle, der befinder sig i København, visiteres uden mistanke ...”, sagde politiets talsmand helt korrekt. Det er en formulering, som fortjener at læses to gange - - -

Under klimatomødet blev et stort antal mennesker tvunget til at sidde i timevis på den kolde asfalt og tisse i bukserne, fordi der havde været enkelt ballademagere. Bagefter blev de indsat i små bure. Ikke fordi de havde gjort noget, men fordi politiet mente, at dem, der gik langsomt i en demonstration, eventuelt kunne finde på at gøre et eller andet grimt.

Vi har oplevet, at fodboldfans på vej til en kamp er blevet stoppet og pålagt at klæde sig af, holde genitalierne til side, så politibetjenten kunne forvise sig om, at der ikke var noget gemt, og alt sammen synligt for andre. Det blev bagefter beklaget, men det er alligevel en klar demonstration af behovet for præcise regler.

Der er i de senere år sket en fuldstændig ændring af politiretten. ”[D]ie Schlüsselbegriffe heißen nicht mehr unbestimmter Rechtsbegriff, Ermessen oder Verhältnismäßigkeit, sondern Implementierbarkeit, Effizienz oder Regulierung ... ” (Volkman 2009 s. 217).

Hvordan kan sådanne regler gennemføres?

Det må undre, at vælgere og folketingsmedlemmer tillader, ja sågar ofte kræver, at deres egne hårdt tilkæmpede rettigheder begrænses? Svaret ligger i, at men-

neske- og grundrettigheder kun indføres og styrkes, når magthaverne har en klar erindring om overgreb mod dem selv, og når de endnu frygter for igen at blive udsat for sådanne. Tilsvarende vælgerne. Det store flertal i Danmark har ingen klar erindring om myndighedsovergreb, og det frygter ikke for at blive udsat for sådanne. Undersøgelser har vist, at Danmark er et af de lande, hvor borgerne har størst tillid til politiet – også selv om den har været faldende på det seneste. Nazismen og fascismen har samme plads i bevidstheden som slaget ved Dybbøl (1864) – eller skulle man sige slaget ved Svold (1000)? Kommunismen er også brudt sammen og føles ikke længere som en trussel. Det er helt andre farer, som med eller uden grund opleves som realiteter. Det er helt andre trusler, som er gode fjender (med Christies og Bruuns udtryk), som statsmagten kan påberåbe og bruge som støtter for ændringer, som af andre grunde ønskes. De andre trusler føler borgeren med eller uden grund rettet mod sin egne eksistens og sit eget liv. De kommer ikke fra statsmagten eller fra kapitalen, men – reelt eller tilsyneladende – fra minoriteter, som af befolkningen af en eller anden grund føles truende. Det kan være narkomaner, rockere, pædofile eller terrorister; eller det kan være unge eller alle udlændinge.

Folk, som med eller uden grund føler sig truede, er villige til at opgive traditionelle, hårdt tilkæmpede menneskerettigheder, som de ikke længere gør sig klart, hvor kostbare er. Forudsætningen for opgivelsen af rettigheder, som begrænser magthavernes handlemuligheder, er, at magthaverne kan overbevise hovedparten af vælgerne om, at disse rettigheder ikke har betydning for dem.

Det er det argument, vi hører, når man vil indføre ransagninger eller andre indgreb: Hvis man ikke har noget at skjule, behøver man ikke at være bange for politiets undersøgelser. Hvis man opfører sig ordentligt, behøver man da ikke at frygte for overvågning. Med andre ord, hvis indgrebet opleves som kun rammende nogle, man ikke kan lide, er der ingen grund til at protestere. Tidligere var lovbrydere medmennesker; nu er de udskeude. De opfattes ikke længere som medborgere, men som udlændinge. De er blevet dænder.

Da nazisterne hentede kommunisterne,
 tav jeg;
 jeg var jo ikke kommunist.
 Da de spærrede socialdemokraterne inde,
 protesterede jeg ikke;
 jeg var jo ikke arbejder.
 - Da de hentede mig,
 var der ikke flere, der protesterede.
 (Martin Niemöller [1946?])

Hvordan er vi kommet i den suppedas? Et tentativt svar kan findes ved at se på to almene træk ved den nyere udvikling:

Afvisningen af kendsgerninger

For nogle tiår siden blev lovforslag typisk baseret på grundige kommissionsudredninger og de dertil knyttede høringssvar fra andre sagkyndige, i dag er det undtagelsen. Vor (daværende) justitsminister afviste i 2008, da han tiltrådte, direkte at basere sit virke på realiteterne og faktisk viden. Han sagde, at han var ligeglad med, hvad ”de der flotte og fine kriminologer og professorer siger”, for han vidste bedre (Dansk Politi 2008:10). Politikerne vender sig i stedet til de berettiget eller uberettiget angste vælgere og spørger, hvad de ønsker. Eller rettere: de foregiver at gøre det; for politikerne undersøger faktisk ikke, hvad borgerne vil. Og når det dokumenteres, hvad borgerne faktisk vil; og det klart vises, at borgerne ikke vil drakoniske straffe, men kriminalitetsforebyggelse, følger politikerne ikke op på det, men gennemfører alligevel strafskærpelser.

Ændringen i holdninger

Ord, der betyder noget

Regler er uudværlige. Uden dem ville vi leve i et hobbesk samfund uden kultur, ret og moral. Men hvor meget skal vi regulere med hvilke typer regler? Og hvordan bør vi reagere på de uundgåelige normbrud? Gennem historien har vi set, hvordan ’tolerance’ står over for ’rettroenhed’. De er diametralt modsatte holdninger til det mest basale i tilværelsen; de farver alle væsentlige mellemmenneskelige forhold.

’Tolerance’ og ’rettroenhed’ er så værdiladede og følelsetunge, at det er vanskeligt at finde neutrale sproglige udtryk for dem. Ordbrugen i dagens debat viser meget tydeligt, hvor stærke følelser der er knyttet til disse holdninger. De ’tolerante’ kalder sig selv humane, menneskelige, forstående og medfølede. De andre – de ’rettroende’ – beskriver de ved hjælp af ord som fundamentalister, overtro, autoritetstro, dogmatiske, vanetænkning, hjerteløse, rethaveriske, regelryttere, diskrimination, juristeri, ordkløvere og kulsvietro.

De ’rettroende’ beskriver sig selv som personer, der fuldt og helt, 100 %, gør det rigtige; med ord som lov og orden; nultolerance; konsekvens og ansvar. De andre – de ’tolerante’ – beskriver de afhængigt af sammenhængen med ord som vantro og kættere eller som naive, pladderhumanister, øllebrødsbarmhjertighed og sødsuppementalitet.

Med så stærke følelser og så tungt ladede ord er det klart, at det er særdeles vanskeligt at føre dialoger og at nå til enighed – eventuelt i form af kompromiser – mellem mennesker, som hører til på forskellige sider. ”Metaphors do not just

embroider language or rational conceptual arguments, they have powerful emotional force as calls to action and operate in clusters to structure our thought and understanding of social relationships” (Stenson 2000 s. 217).

H i s t o r i k

Rettroenhed og tolerance er ikke ”blot” abstrakte begreber; de bestemmer vore handlinger på mangfoldige områder. En retroendes holdninger kan i bogstavelig forstand betyde l i v o g d ø d for andre mennesker; medens tolerance omvendt kan redde menneskers eksistens. V o r h i s t o r i e b o g er fuld af beretninger om grufulde overgreb på anderledes troende og tænkende i alle perioder og overalt i verden. Men annalerne viser også, hvordan forskelligheder er blevet accepteret, og hvordan normer er blevet diskuteret, opblødt og ændret. Blot nogle få illustrationer: Jesus udviste en for tiden ufattelig stor tolerance over for syndere, toldere og samaritanere – en tolerance, som er vanskeligt forenelig med meget af det farisæiske, som en del af hans senere tjenere har præket og levet efter. Romerretten fastslog *minima non curat praetor*, d.v.s., at retten ikke skal tage sig af bagateller. Omkring Middelhavet sameksisterede jødedom, kristendom og islam i mange århundreder; i det mauriske Spanien brugte jøderne moskeen om lørdagen og de kristne om søndagen. Senere blev tolerancen kernen i Oplysningstiden.

Ligesom vi kan pege på en række forkæmpere for tolerance, kan vi alt for let pege på m o d s a t r e t t e d e t e n d e n s e r i alle dele af verden. Og vi behøver ikke at gå tilbage til postreformationen og enevælden eller til fascismen og kommunismen. Forfølgelser af religiøse, nationale, etniske, seksuelle og andre mindretal er spredt over kloden. California og andre u.s.amerikanske enkeltstater forkastede proportionalitet som grundlaget for samfundets strafudmåling og indførte livstidsfængsel for bagatelagtig kriminalitet (*three strikes and you're out*) – også selv om det påviseligt fik drabstallene til at stige kraftigt. New Yorks politi tilsluttede sig en ny kriminologisk skole, der så s m a d r e d e r u d e r og andre bagateller som roden til al ondskab. De først publicerede resultater syntes at vise, at man ved at fjerne bagatellerne kunne hindre det alvorlige. Kriminologer kunne dog hurtigt dokumentere, at udviklingen i New York svarede til udviklingen i andre storbyer, hvor politiet fortsatte med at prioritere arbejdsindsatsen på anden måde. Det stoppede ikke politikerne i at udnytte zero-tolerance, f. eks. i det engelske valg i 1997 og det tyske i 1998.

Som på så mange andre områder er det første store hjemlige navn L u d v i g H o l b e r g . Lad mig blot nævne et enkelt træk: Der er ingen grund til at betvivle Holbergs kristne ståsted; men hans kirkehistorie fremhæver adskillige steder muhamedanerne for de kristne. Han hævdede også, at de islamiske selvmordsterrorister havde lært af tempelridderne (epistel 270).

I de følgende århundreder kan en række af de store navne i vor historie ses som søgende ånder, der udfordrer de etablerede sandheder og kræver frihed for sig selv og andre til at tænke, tro, tale, skrive, trykke og handle på egne vilkår.

Medaljens anden forside

Sideløbende med den netop skitserede udvikling findes der modsat rettede tendenser. Og de er langt fra svage eller svækkede; retroenheden har igen og igen vist sig stærkere end tolerancen. Struensees trykkefrihed blev i 1799 afskaffet med den såkaldte trykkefrihedsforordning, der skulle hindre ”tøilesløs Frækhed ... [der] undergraver Statens Grundstøtter”. Mange, som i dag kun kan ses som samfundsstøtter, blev sat under censur, fordi deres skrifter var samfundsfarlige, f.eks. A.S. Ørsted og N.F.S. Grundtvig. De samfundsmæssige konflikter i 1800-tallets slutning må ses som baggrunden for straffesager mod folk, der havde citeret Kierkegaard eller sagt, at Bibelen var vrøvl. Tidens største danske strafferetlige navn, C. Goos, foranledigede, at den senere nobelpristager Henrik Pontoppidan blev frataget sin finanslovsydelse, fordi han i en avis havde skrevet en munter historie, hvor Adam beder Gud give ham lige så mange kvinder, som han havde ribben. I 1930'erne kriminaliseredes antisemitiske udtalelser og i slutningen af århundredet (1971 og 1987) racistiske og antihomoseksuelle ytringer. Vi ser gennem århundrederne en lang række udslag af den opfattelse, at der er værdier, som er så fundamentale, at de ikke må betvivles eller kritiseres.

I de seneste årtier har der været to meget synlige faner, som de rettroende har kæmpet under. Den første var *lov og orden*. Den nyeste fane er *nultolerance*. I dag er det et klart plusord, som de følgende eksempler fra internettet illustrerer:

Begrebet bruges ofte af myndighederne: Undervisningsministeriet kræver nultolerance over for skoleelevers sprog (vejledning april 2006); Ministeriet for Ligestilling over for partnervold (8.3.2002); Sundhedstyrelsen over for stoffer ved ungdomsfester i Århus og Nordjylland (18.3.2003); politiet i Vejen praktiserer nultolerance over folk, der ikke opfører sig ordentligt (9.12.2006); og Århus Sporveje over for passagererne (2007).

Myndighederne bakkes op af politikere: socialdemokratiske politikere kræver nultolerance på prostitutionsområdet (28.12.2005); venstrepolitikere på udlændingeområdet og over for gadebander (Lars Løkke Rasmussen 29.3.2005) samt graffiti (Søren Pind 5.12.2006); konservative over for rockere (Helge Adam Møller 20.1.2003), doping (Carina Christensen 19.5.2009) og ”over for dem, der træder ved siden af” (Lene Espersen 15.2.2008).

Holdningen påberåbes også på andre områder: Danmarks Lærerforening har nultolerance over for eleverne (31.3.2008); Køge Cykel Ring over for doping (22.11.2006); entreprenørfirmaet HHM over for dårligt sprog i skurvogne (20.11.2009); Landsforeningen for Bøsser og Lesbiske over for reggaesangere (12.7.2006); Hilton har en nultolerance over for prostituerede – dog operationaliseret til, at regningen for værelset bliver ændret til dobbeltværelsepris (14.11.2006); i Sverige rejste fodboldorganisationerne en sag mod en målmand, der sparkede til målstolperne for at gøre målet mindre (Pol. 25.9.2009).

I dag er intolerance i form af nultolerance således en særdeles fremtrædende del af det officielle og private Danmarks erklærede ideologi. Det er imidlertid ikke nok: Pia Allerslev (Venstre) vil have ”mere nultolerance” (12.11.2009); Søren Pind (Venstre) ønsker konsekvent nultolerance (26.3.2008); fødevareminister Eva Kjer Hansen (Venstre) ”absolut nultolerance” (7.9.2009); og i februar 2007 sendte justitsminister Lene Espersen (Kons.) et lovudkast i høring med rubrikken ”Skærpet nul-tolerance i fængsler over for blandt andet narko”.

I det foregående har jeg stillet de to grundholdninger over for hinanden. Det virker nok underforstået, at man ved hjælp af dem kan gruppere folk på en måde, som de selv kan godkende. Så simpelt er det imidlertid ikke. Den daværende statsminister Anders Fogh Rasmussen fremhævede sin og Danmarks tolerance i forbindelse med Muhammed-tegningerne; jeg nærer ingen tvivl om, at han på andre områder stolt vil erklære sig nultolerant. Grundholdningerne er altså ikke blot et kriterium for sorteringen af mennesker; det er også et kriterium betinget af det aktuelle område.

Mundsvejr eller realiteter

Ord og kategoriseringer binder ofte tanken. De betyder noget; men realiteterne burde dog være afgørende, kan man synes. Det er det krav til magtudøvere, som i dag ofte fremføres under betegnelsen kundskabssæret (kriminal) politik. En skomager tager mål af foden, før han laver skoen (Holberg: *Moralske Tanker* s. 439). Og her skulle man tro, at de rettroende og tolerante kunne mødes – jeg undtager de mest ortodokse religiøse.

Et problem er imidlertid, at de to grundholdninger lægger vægt på forskellige arter af fakta. Mest markant gælder dette selvfølgelig for en ortodoks religiøs, som opfatter Thoraens, Bibelens eller Koranens krav som det eneste afgørende; det gør det umuligt for både den troende og for andre at diskutere. Det var derfor, at den ægte dialog, som er forudsætningen for demokratiet, først kunne føres, da samfundet var blevet så sekulariseret, at man i det mindste accepterede en vis ligestilling mellem forskellige trosretninger, og at man accepterede, at også

den religiøse sandhed måtte underkaste sig den demokratiske proces, før den kunne blive til en del af samfundets almene regelværk.

I denne forbindelse må man også advare: Jurister tror, at de kender virkeligheden, når de har læst nogle domme om den.

Hvorhen?

Selv om der er mange gode grunde for, at man skal være forsigtig med at generalisere, og selv om grundholdningen er så afhængig af det drøftede område, drister jeg mig alligevel til at gøre det. Jeg har vanskeligt ved at se udviklingen i de seneste tyve år som andet end en række landvindinger for rettroen på bekostning af tolerancen. Vi ser skiftet på mangfoldige områder, f.eks. i diskussionen om folkeskolens pædagogik, i rygerexorcismen og i nypuritanismen blandt de unge. Sidst, men langt fra mindst ser vi det inden for kriminalpolitikken. Nils Christie har i et interview i 2005 udtrykt det således: ”Danmark er på få år blevet et land, hvor liberalt frisind er blevet erstattet af ligegyldighed, ekspertvælde og kontrolliderlighed.”

Hvad sker der, hvis denne udvikling fortsætter og tolerancen i endnu højere grad må vige? Et svar kan hentes hos Alf R o s s , der med vanlig skarphed analyserede demokratibegrebet og demokratiets forudsætninger i 1946: ”Kompromisset ... er Demokratiets Væsen. Villigheden til Kompromis forudsætter en kompliceret psykisk Indstilling, der ikke er let at definere. Der indgaar heri Tolerance, Respekt for andre Mennesker, Villighed til at give efter og vente, Værdsættelse af Forstaaelse og Fred fremfor Underkastelse og Kamp samt en Tro paa noget fællesmenneskeligt, der forener og som er stærkere end det særlige, der adskiller. Det væsentlige i Kompromissets Aand hænger sammen med *Respekten for andre Menneskers Autonomi*. Uanset hvor overbevist jeg er om mit eget Standpunkts Rigtighed, uanset hvor ivrig jeg er for at indrette Verden i Overensstemmelse hermed, saa erkender jeg, at den afgørende Forudsætning for mine Ideers Virkeliggørelse maa være, at det lykkes mig at faa andre Mennesker til at give deres Tilslutning til dem.” (S. 206 ff.).

På lignende måde pegede Holberg for 250 år siden på intolerancens baggrund: ”Og intet er falskere *Principium* end dette, at ... Fred og Enighed ikke kand have Sted udi de Lande, hvor Samvittigheds Frihed tillades: Thi det er klart, at Uroligheder og indbyrdes Krige reyse sig lige saa lidt af *differente* Meeninger i Religionen, som af *different* Smag udi Mad og Drikke, men de reyse sig aleene af Forfølgelser, og deraf, at den eene Borger vil tvinge den anden, til at have Smag udi det, hvori han haver naturlig Afsmag ... ” (Epistel 78).

Uanstændigheden

Vi er nu i den situation, at danske politikere kan stråle mod medierne, når de taler om at gøre tilværelsen utålelig for vore medmennesker (Venstres politiske ordfører Inger Støjberg, Horsens Folkeblad 28.10.2008). Den tidligere omtalte justitsminister udtalte ved sin tiltræden, at han ønskede at blive kendt som *B a r s k e B r i a n* (Dansk Politi 2008 nr. 10). Mange flere eksempler kunne være nævnt.

I 1963 blokerede Alabamas guvernør adgangen for negre til statens universitet. Præsident *K e n n e d y* gik på fjernsynet og holdt sin berømte tale om borgerrettigheder. Han sagde, at de sortes rettigheder ikke var et politisk tema. Heller ikke et juridisk tema. Det var et moralsk spørgsmål, der kun kunne besvares med, at der ikke var andenrangsborgere i USA. Det, vi savner i Danmark, er en tilsvarende forståelse af, at retspolitik er et spørgsmål om anstændighed.

RETSVIDENSKABENS UDVIKLING OG VÆRDIGRUNDLAG

Indledning

Juraens funktion

Det er en del af juraens selvforståelse, at den er en væsentlig forudsætning for skabelsen og opretholdelsen af et menneskeligt samfund. Alle regler kan i og for sig skabe retssystemer; men det er ikke alle *r e t s s y s t e m e r*, der er ”*r e t f æ r d i g e*”. Nogle regler tilsigter direkte at skabe et samfund, som mange af os finder uanstændigt. Det gælder ikke blot i diktaturstater; det gælder f.eks. også dele af den danske *u d l æ n d i n g e l o v g i v n i n g*. Nogle regler fremtræder på overfladen som velmente og velmenende, men er i deres latente virkninger dybt skadelige; det gælder i dagens samfund i udpræget grad på *n a r k o t i k a - o m r å d e t*.

Konflikterne kan være af mange arter. I det følgende vil mit tema imidlertid være *j u r a e n s i n t e r n e k o n f l i k t e r*. De er ikke mindst vigtige, fordi de kan umuliggøre gennemførelsen af juraens harmonibevarende og harmoniskabende mål. *E n s p l i t t e t j u r a k a n a l d r i g o p f y l d e s i n e f u n k t i o n e r*.

Retsvidenskabernes værdigrundlag

Tilbage i det mytiske år 68 handlede en af de mest futile diskussioner om *videnskabernes objektivitet*. På den ene side stod en forstokket *p o s i t i v i s m e*, som bestred, at der overhovedet indgik værdivalg i den sande objektive videnskab. På den anden side stod en lige så *n a i v* opfattelse, som gik ud på, at når der kunne påvises ikkeobjektive elementer i den videnskabelige proces, f.eks. blot i valget af forskningssemne, så fandtes der ikke nogen objektiv

videnskabelig sandhed. I dag er denne diskussion heldigvis passé. Der er næppe nogen, der i dag vil forfægte hverken det ene eller det andet af de ekstreme synspunkter.

En konsekvens var dengang, at man meget tydeligt stillede spørgsmålet: *Whose side are we on?* Den klarhed findes ikke længere, men det gør det ikke mindre begrundet at stille spørgsmålet. Det bliver det da også i nutiden, men, som det vil fremgå af det følgende, på en *a l t f o r u k l a r* og *u n d e r f o r s t å e t* måde. Eller man burde måske snarere sige, at den opmærksomme læser kan se, hvad svaret ville have været, hvis spørgsmålet var blevet stillet.

Når man læser retsvidenskabelige fremstillinger, er det let at se, at de er baseret på en række valg, og at der er visse grundlæggende værdier, som er eller gøres afgørende. Det er derimod *a l t f o r s j æ l d e n t*, at værdidiskussionen tages *e x p l i c i t*. Værdivalgene stikker ofte hovedet frem i argumentationerne, men mere som truismer end som bevidste, argumenterede valg. Obligationsretten taler om omsætningens sikkerhed, tingsretten om beskyttelse af formuen, familieretten om barnets tarv, forvaltningsretten om den offentlige administrations effektivitet og folkeretten om verdensfreden. Flottest er EU-rettens gallske fanfarer om harmoni, frihed, retfærdighed m.m. I udpræget grad findes åbenheden om værdigrundlaget i de juridiske discipliner, som direkte er søsat for at fremme bestemte gruppers interesser, f.eks. forbrugerretten og kvinderetten. Alle disciplinerne synes baseret på positive, pæne og agtværdige værdier. Og de kritiseres lige så sjældent som *Mom and Apple Pie* kritiseres i U.S.A. – dette er dog mindre rigtigt ved forbrugerretten og kvinderetten, som selv søger konflikten. Det er vel kun strafferetten, der på en meget suspekt måde falder helt ved siden af, fordi den er fikseret på bevidst at pine mennesker. Det er nok årsagen til, at strafferetsfolk beskæftiger sig meget mere med de fundamentale værdier og de etiske spørgsmål, end de fleste andre retsforskere gør det – den anden mulige forklaring er selvfølgelig, at vi er bedre mennesker.

I denne forbindelse er noget meget afgørende imidlertid, at de fundamentale værdier er *f o r s k e l l i g e*. Hver retsvidenskabelig disciplin har sit sæt af grundlæggende værdier. At der ikke er fælles værdier, hindrer ikke, at de hver for sig kan fungere *i n d e n f o r d e r e s e g e n* disciplins rammer, lige så vel som man i fysikken samtidigt og givtigt kunne arbejde med en teori, der forudsatte, at lys er bølger, og en anden, der forudsatte, at lys er partikler. De forskellige værdigrundlag gør således ikke nødvendigvis de enkelte discipliner ”forkerte”, men diskrepanserne er dog åbenbare udtryk for, at retsvidenskaben ikke er én enhed, men netop er disciplinopdelt og dermed *f r a g m e n t e r e t*. En følge af dette er, at der meget let kan ske et sammenstød mellem retsvidenskaberne, når de af en eller anden grund ikke behandles isoleret, men møder hverandre.

Dermed tænker jeg på *to problemkrede*. Den ene aktualiseres, når der skal træffes en *konkret afgørelse* (i dette ords vide forstand), som disciplinært hører til i mere end én disciplin. Disciplinerne overlapper med andre ord og giver eventuelt forskellige løsninger på det foreliggende problem. Dette er en særligt nærliggende risiko, hvis/når man opgiver den fælles retskildelære.

Den anden aktualiseres, når der skal udformes en regel i en disciplin – det være sig i loven eller i retsvidenskaben – og man i den forbindelse *anvender et princip*, som er udformet i en anden disciplin.

Disciplinernes sammenstød

Problemstillingen med disciplinernes forskellighed kan illustreres af en artikel, som Gorm Toftegaard Nielsen publicerede i festskriftet til Claus Haagen Jensen. Artiklen drejer sig om *ombudsmandens beføjelser* i forhold til *ministrene*, når disse fungerer politisk og ikke som administrationschefer. I denne forbindelse tillader jeg mig – alt for firkantet – at sammenfatte artiklen i, at ombudsmanden har disse beføjelser, hvis man argumenterer forvaltningsretligt, medens han ikke har disse beføjelser, hvis man argumenterer forfatningsretligt.

Sådanne konflikter må overvindes, hvis man som dommer eller administrativ beslutningstager skal træffe en afgørelse i en *konkret sag*. For så vidt rammer den velkendte dommer Herman hovedet på sømmet, når han fastslår, at begge har ret, hver på sin måde (Den politiske Kandestøber 5,3). Og at skabhalsene bør forliges (s.st. 5,2). Det er dog sjældent en nærliggende mulighed at vente på et forlig, når en sag skal afgøres. På samme måde som en dommer må vælge, hvilket lands retssystem der skal anvendes ved en afgørelse, må han/hun også foretage et valg mellem de eksisterende discipliner og deres løsningsforslag inden for national ret. Et af problemerne er, at der ikke eksisterer en facitliste for hans/hendes lovvalg af den art, han/hun har i den interlegale privatret.

Tilsvarende problemer opstår, når man overvejer at *lovgive*.

Et af de klassiske problemer i folkeretten er, om den danske lovgiver kan forbyde en franskmænd at *ryge på gaden i Paris*. Det har givet anledning til hed debat. Inden for strafferetten har det fra gammel tid helt selvfølgelig været en betingelse for i Danmark at straffe en person, som har begået en forbrydelse i udlandet, at den danske straffelov også gælder for handlinger begået i det pågældende udland. Det er et internationalt set særdeles udbredt princip. På den baggrund er det vanskeligt for en strafferetsperson overhovedet at forstå, at kyndige folkeretsfolk kan se det som et problem, at en stats love gælder for handlinger begået på en anden stats territorium.

På samme måde som i ombudsmandseksemplet er en sådan forskel umiddelbart mindre væsentlig, så længe, men også kun så længe, man behandler folkeret-

lige henholdsvis strafferetlige spørgsmål intradisciplinært. I samme øjeblik man opgiver denne dualisme, får man et eksistentielt problem og må vælge. Blandt andet af den grund er det foruroligende, at så mange inden for folkeretten, menneskeretten og EU-retten synes at opleve det som problemfrit at kræve, at national ret skal undere sig de internationale retssystemer, og selvsagt ikke mindst, hvis det skal ske uformidlet, f.eks. gennem antagelse af *Drittwirkung*.

I eksemplerne gælder det, at de konkurrerende systemer hver for sig er konsistente og velbegrundede, og at man gennem sin beslutning (valget af det ene af de konkurrerende systemers løsning) kan skabe omfattende ravige i store dele af det fravalgte system. Endvidere kan ringene sprede sig fra dette konkrete område, påvirke store dele af systemet og dermed have vanskeligt overskuelige konsekvenser.

I de nævnte situationer kan de eksisterende discipliner i og for sig leve videre med juraens sædvanlige inertie, hvis de negligerer fravalget eller hvis de eskapistisk indkapsler en konkret domstolsafgørelse som urigtig.

Dette forekommer mig åbenbart uholdbart. Vi burde vel være lige så dygtige til at løse vore egne konflikter, som vi er til at løse andres? Min diagnose er, som det høres, at konflikterne for en stor dels vedkommende skyldes, at disciplinerne har forskellige grundlæggende værdier. Når værdierne ikke er fælles, er det ikke underligt, at reglerne bliver forskellige. Hvis man skal bøde på det konfliktfyldte, må man tage fat i disciplinernes grundlæggende værdier og samordne dem. Dermed advokerer jeg på ingen måde for en tilbagevenden til fortidens naturretlig legitimitetssøgen. Som dybt troende rossianer ligger det mig meget fjernt at tænke i den slags baner. Hvis vejen til overensstemmelse og enighed om retssystemets hjørnestene findes, er den ikke på naturretens vejkort.

I en periode søgte man gennem opstilling af den såkaldte 'nordiske retstridighedslære' at finde det fælles element i de ulovlige handlinger. Det måtte af mange grunde opgives, og tanken er med særdeles gode grunde kulet ned. Hvorfor skulle alle forbudte handlinger have et fælles materielt moment eller kendetegn? Men det er jo heller ikke det, som jeg efterlyser. Jeg søger ikke det fælles i de uønskede handlinger, men i reaktionerne mod de uønskede handlinger. Er det muligt at finde en fælles struktur i retten?

For mig er konflikterne udtryk for, at gældende ret er skizofren. Denne skizofreni skyldes i hvert fald delvis – tror jeg – at retsvidenskaben ikke har magtet at gennemføre den nødvendige analyse. Og jeg har svært ved at se opdelingen som noget positivt som f.eks. polycentrikere og pluralister gør det. I tysk ret er udgangspunktet, at der eksisterer en *Einheit der Rechtsordnung*. Engisch kaldte i sin tiltrædelsesforelæsning (1935) de problemer, som jeg har behandlet her, for *Prinzipienwidersprüche*. For ham og andre synes svaret at

have været, at en bedre retskildelære eller retsfilosofi ville fjerne problemerne, som netop er skinproblemer, fordi retsvidenskaben ikke har tænkt dybt nok.

Tankegangen om retsordenens enhed er ikke begrænset til teorien. Eksempelvis kan begrundelsen i den tyske *f o r f a t n i n g s d o m s t o l s* velkendte dom over den europæiske *a r r e s t o r d r e* ses som udtryk for nødvendigheden af retsordenens enhed. (Juristenzeitung 2005.464). Den fremtrædende münchener-professor Bernd Schünemann har (2007 s. 532) karakteriseret den eksisterende retstilstand på området for den europæiske arrestordre m.m. således: ”Det er ingen neutral handling, men en art statterrorisme, når en stat indespærre en borger, der efter statens egen vurdering ikke har begået noget forkasteligt; denne strafferetlige magtanvendelse, som strider mod ultima ratio princippet, kan ikke legitimeres.” Sagt på en anden måde: det er svært at forstå, at den danske statsmagt finder det helt i orden, at en dansker udfører en bestemt handling i Danmark, men anholder og udleverer ham/hende til afstraffelse, hvis en ganske tilsvarende handling er foretaget i udlandet.

P å h v i l k e t g r u n d l a g s k u l l e e n s å d a n a n a l y s e g e n n e m f ø r e s ?

I dansk strafferet påpegede Sv. Gram Jensen (1958), at den strafferetlige teori bør adskille

- den retsdogmatiske analyse,
- det politiske valg af straffens formål,
- den empiriske, kriminologiske beskrivelse af virkeligheden og
- den etiske justification af systemet (retsgrunden).

For mig er svaret, at løsningen på det her rejste problem skal findes i det sidste led. Vi har ikke gjort os værdierne tilstrækkeligt klart. Jeg tror, at Goos havde ret, da han sagde: Der er behov for en *e t i s k r e t s f i l o s o f i*, som netop er værdifuld, fordi den kan udstrække sin behandling til hele retsordenen (s.st.s. 8). Uden et fælles værdisystem kan diskrepanserne ikke overvindes.

K o n s e k v e n s e r a f v æ r d i a n a l y s e r n e

Kortlægningen af de eksisterende værdier vil meget vel føre til *æ n d r i n g e r* i såvel disciplinerne som i retssystemet. Når man f.eks. opdager, at vore incestregler faktisk er begrundet i en racehygiejne, som ellers er forladt, må man enten ophæve bestemmelserne eller gøre som man plejer, d.v.s. finde en anden og mere tidssvarende begrundelse uden at ændre reglen. Inertien er jo som regel den væsentligste retskilde. Retssystemerne overlever jo næsten altid selv revolutioner og omkalfatrede grundlove (Olivecrona 1940 s. 68 f.).

Man vil også blive i stand til at se de større strukturer. Skal f.eks. tyveribestemmelsen beskytte samfundets økonomiske struktur, eller skal den beskytte ejerens interesser. Sådanne diskussioner er velkendte i tysk strafferets analyser af straffebestemmelsernes beskyttelsesinteresser (dens Rechtsgut-diskussioner). Derimod er tankegangen fjern for danske domstole, som alt for sjældent inddrager bestemmelsens grundlag i fortolkningen.

En erkendelse af værdistrukturerne vil være et nødvendigt grundlag for harmoniseringen af og mellem disciplinerne. Dette er selvsagt ikke ensbetydende med, at alle betingelser skulle være identiske for alle reaktionsarter. Men en bredere baggrund vil kunne føre til en bedre forståelse og et retfærdigere system – hvis jeg må bruge det fyord.

En ny fællesdisciplinær retstridighedslære i form af en konsistent værdistruktur ville kunne være et væsentligt skridt i retning af afskaffelse af konflikter i juraen. Den ville måske også kunne blive et udgangspunkt for den stadige kamp, der bør føres mod politikere, der i disse år lovgiver på tværs af basale principper til fordel for symbol- og signallovgivning. Den første betingelse for at føre en meningsfuld dialog er, at man erkender sit eget grundlag.

Hvilke værdier?

Men hvilke værdier skal være de fælles? Dette – det væsentligste spørgsmål – må jeg lade ligge – og desværre ikke blot af tidsgrunde. I det foregående har jeg dels peget på nogle proceduremæssige værdier (kravet om legitimitet) og nogle almene principper (f.eks. proportionalitet og skyld som betingelse for ansvar). De proceduremæssige er måske de letteste at få bred accept for. Et mere åbent spørgsmål er, om det er muligt at anvende materielle kriterier, enten som begrundelse for indgreb eller som begrundelse for korrektioner i nugældende ret. Kan man f.eks. tænke sig en ny almen retstridighedslære grundet på kriterier for de retligt modarbejdede handlinger, f.eks. 'socialskadelig adfærd', og kriterier for udformingen af reaktionerne? Også det spørgsmål må jeg lade hænge i luften.

Litteratur

Nils Christie & Kertil Bruun: *Den gode fiende*, Narkotikapolitikk i Norden, Oslo 1985.

David Downes et al.: *Crime, Social Control and Human Rights*, Cullompton 2007.

Thorbjørn Egner: *Klatremus og de andre dyr i Hakkebakkeskoven*, 1955.

Karl Engisch: *Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg 1935.

John Gardner: *Offences and Defences*, Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, Oxford 2007.

- Sv. Gram Jensen: Straffens grundproblemer, *Juristen* 1958 s. 250 ff.
- Winfried Hassemer: *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München 1990.
- Lud. Holbergs *Moralske Tanker*; Tom. II, Kiøbenhavn 1744.
- - - *Epistler; Befattende Adskillige historiske, politiske, metaphysiske, moralske, philosophiske, Item Skiemtsomme Materier*; Tomus I & III, Kiøbenhavn 1758 & 1765.
- - - : *Den politiske Kandestøber*; 1722.
- Axel Hägerström: *Socialfilosofiska uppsatser*, Stockholm 1939.
- Christa Møllgaard-Hansen: Mistænkt for terrorforbindelse, *Politikens kronik* 27. juli 2010.
- Karl Olivecrona: *Om lagen och staten*, Lund 1940.
- Heribert Prantl: *Der Terrorist als Gesetzgeber*, München 2008.
- Gustav Radbruch: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1946 s. 105.
- Alf Ross: *Hvorfor Demokrati?* København 1946.
- Bernd Schünemann: Europäischer Sicherheitsstaat = europäischer Polizeistaat? *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik* 2007 s. 528 ff.
- Kevin Stenson: Some day our prince will come, Zero-tolerance policing and liberal government; Tim Hope & Richard Sparks (Eds): *Crime, Risk and Insecurity*, Law and order in everyday life and political discourse, London 2000, s. 215 ff.
- Gorm Toftegaard Nielsen: Må statsministeren være politiker eller er han altid bare forvaltningschef? – Om ombudsmandens kompetence; Erik Werlauff & Sten Bønsing (Red.): *Festskrift til Claus Haagen Jensen*, København 2007.
- Uwe Volkmann: Polizeirecht als Sozialtechnologie, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2009 s. 216 ff.
- Martin Ågerup: Er alle under mistanke? *Politiken* 16. oktober 2010.