

Refleks og dynamik

i moderne europæisk retsfilosofi

INDLEDNING	2
PROBLEMFORMULERING OG METODE	7
HABERMAS	10
KAPITEL 1 - UDVIKLINGS- OG IDEALTYPISK ARGUMENT FOR RET OG MORAL.....	12
KAPITEL 2 - RETSSYSTEMET.....	18
KAPITEL 3 - RETSSTATEN	28
KAPITEL 4 - HABERMAS' MODEL.....	47
DYNAMISKE MODELLER.....	50
KAPITEL 5 - MACHIAVELLI.....	50
KAPITEL 6 - LOCKE	57
REFLEKSIVE MODELLER.....	65
KAPITEL 7 - MONTESQUIEU	65
KAPITEL 8 - ROUSSEAU	75
KOMBINATION OG INTEGRATION	85
KAPITEL 9 - KANT.....	85
KAPITEL 10 - HEGEL	94
HABERMAS OG HISTORIEN	113
KONKLUSION	118
LITTERATURLISTE	123

Indledning

Dette er en idéhistorisk læsning, der på én gang repeterer kendte pointer fra den moderne europæiske retsfilosofis historie og samtidig søger at vise, at retsfilosofiske positioner med fordel kan forstås ud fra begrebsparret 'refleks og dynamik'. Begreberne bestemmes med udgangspunkt i en metafor om retten som en 'model', og ambitionen er at vise, at et sådant blik på retsfilosofien er frugtbart både bagudrettet (idéhistorisk), i aktuelle konkrete retsfilosofiske analyser såvel som i en fremadrettet retsfilosofi. Idéhistorisk kan retsfilosofiske positioner således *katalogiseres* ud fra begreberne om refleks og dynamik, aktuelle retlige problemer og deres løsninger kan *analyseres* ud fra begreberne om refleks og dynamik, og endelig kan den forventede virkning af retlige strategier *planlægges* ud fra begreberne om refleks og dynamik. Vægten ligger på den idéhistoriske katalogisering, mens den konkrete analyse af et aktuelt eksempel og de fremadrettede overvejelser groft sagt optræder som illustrationer i henholdsvis indledning og konklusion.

Retten som model

Terminologisk har jeg valgt at benytte metaforen 'model' om den enkelte retsfilosofiske vision af to grunde. Dels for at undgå forvirring ved at bruge 'system' med dets konnotationer til især *systemteori* og ord som 'retssystem'. Men også fordi jeg mener, begrebet om en model har en række substantielle fordele i en specifik retsfilosofisk sammenhæng.

For det første, er lovmæssigheder i en model netop 'modellerede' og svarer derfor til den intuition (eller illusion om man vil¹), at menneskeheden opstiller sine egne love. Hegelianere kan passende tænke på Hegels begreb om 'idéen' som fornuftens forsoning med virkeligheden². En sådan forsoning er en model, der på én gang er en idealisering, men samtidig er konkret og virkelig og derfor aldrig perfekt (skråplanet i faldlovseksperimenter er aldrig *helt* glat, men vi forudsætter det). Dette svarer også intuitivt til positive retsreglers status, som på den ene side er idealiseringer

¹ Det er naturligvis altid muligt at rejse den skeptiske indvending: Din selvlovgivning er i virkeligheden determineret af din omverden eller dine forudsætninger i én eller anden forstand.

² Måske er det netop med skyldig arv til Hegel, at Habermas benytter udtrykket 'retstatens idé' - et udtryk det er nærliggende at fortolke à la Hegel som: Vort abstrakte begreb om retfærdighed 'forsonet' med den konkrete virkelighed i retstaten.

formuleret om tænkte idealsituationer, mens de på den anden side hele tiden som konkrete regler må imødesee deres imperfektion i praksis³.

Udarbejdelsen af en model kan desuden lignedes med rettens historiske udvikling: En arkitekt⁴ kan dreje sin model, for at se hvordan lyset faktisk falder, inden han placerer et vindue, og tilsvarende justerer vi i praksis vore retsregler i lyset af virkeligheden - efter hvilken effekt reglerne faktisk viser sig at have.

Endelig har modelmetaforen også betydningen 'forbillede', i de tilfælde hvor vi tilsigter at manipulere virkeligheden i modellens billede (for eksempel ved at bygge et hus). Også dette svarer godt til i hvert fald én intuitiv forståelse af, hvad det vil sige at formulere retsregler: At forsøge at virkeliggøre et bestemt ideal om interaktion ved at forbyde nogle handlinger og tillade andre.

Kort sagt er modelmetaforens styrke, at den kombinerer to overordnede perspektiver på retsfilosofien, fordi *modeller er virkelige og ideelle på én gang*. Derfor skal de tilpasses virkeligheden (med lim og saks og så videre), men hensigten med dem er i sidste ende omvendt: Nemlig at tilrettelægge virkeligheden efter modellen (når huset skal bygges).

Modelmetaforen er især inspireret af Habermas' *Faktizität und Geltung*, der skelner mellem et filosofisk og et sociologisk perspektiv på retten. Fra det filosofiske perspektiv søger filosofen at afklare, hvad ret *ideelt* set er, og ikke hvad der tilfældigvis gælder som ret. Sociologen slipper på den anden side ethvert ideal om retfærdighed og interesserer sig i stedet rent empirisk for, hvad retfærdighed *virkeligt* er - hvad der gælder.

Refleks og dynamik – beboelighed og bæredygtighed

Det er mit naive håb, at modelmetaforen netop i kraft af sin dobbelthed mellem ideal og virkelighed kan gøre det muligt at diskutere retten på et mere ideologi-neutralt grundlag. En tankevækkende anvendelse af modellen som metafor findes i videnskabsteoretisk sammenhæng, hvor videnskabelig forklaring og praksis af nogle⁵ groft sagt beskrives som fremstilling af modeller ('blueprints') af

³ Nogle gange kan prisen for retfærdighed for eksempel synes at være uretfærdighed, som når Shylock forlanger sin pant i Shakespeares *Købmanden i Venedig*. Eller når han nægtes den...

⁴ Faktisk indførte Valdemar II Sejr metaforen "retten er et hus" i det danske sprog, da han indledte Jyske Lov (1241) med ordene "Med lov skal man land bygge". Citatet pryder indgangspartiet til Københavns Domhus.

⁵ F.eks. Cartwright, Nancy, *The dappled World*, Cambridge: CUP, 1999 eller

såkaldte ‘nomologiske maskiner’, der er karakteriseret ved at producere de samme resultater igen og igen. Planetsystemet er et eksempel på en nomologisk maskine. Det karakteristiske for modellerne er på den anden side, at de må ‘afskærmes’ mod virkelighedens vilkårlighed (eller kaos) for at kunne producere den ønskede regelmæssighed. Eksempler på sådan *teoretisk* afskærmning er for eksempel henholdsvis epicyklisk og elliptisk astronomi. Et eksempel på en *praktisk* afskærmet model er en skyskraber med en 400 tons betonklods på taget, der i blæsevejr forskydes som kontravægt i lejer af olie og således holder bygningens balance⁶.

Overført til retsfilosofien kan den slags modellering sammenlignes med den realpolitiske tænkning hos Machiavelli, der i sit mest kendte værk *Fyrsten* (1513) er optaget af magtens bevarelse eller stabilitet. Machiavelli konkluderer, at fyrsten uafsladeligt må tilpasse sig omgivelserne på bekostning af alt andet - herunder moralen. Hvis det kan fremme styrets overlevelse, er det faktisk fyrstens pligt at praktisere dobbeltmoral - målet helliger midlet.

Moralen her er følgende: Et stabilt design i vilkårlige omgivelser, det være sig et højhus eller et fyrstedømme i Firenze, forudsætter afskærmning. Afskærmningen kan fra designerens side betragtes på to grundlæggende måder. På den ene side er afskærmningen en *dynamisk eksklusion* - blæsevejret får ikke sin ret. På den anden side er ‘prisen’ en *refleksiv inklusion* - der skal stå en betonklods på taget. Ikke alle løsninger er imidlertid lige kompatible med designets formål. Kontravægten kan i praksis blive så dominerende i modellen, at der ikke er plads til beboerne. Er der så stadig tale om et hus? Realpolitikken kan tilsvarende æde sig så langt ind på retfærdigheden, at der kun med god (ond) vilje er tale om et retssystem. I begge tilfælde balancerer designet mellem beboelighed og bæredygtighed.

Med dette udgangspunkt kan forholdet mellem retten og dens subjekter i en givet model beskrives som mere eller mindre refleksivt eller dynamisk, idet et refleksivt forhold bestemmes som et inkluderende selvforhold, mens et dynamisk forhold bestemmes som et ekskluderende omverdensforhold. Den partikulære retlige afgørelse kan tilsvarende beskrives som enten ekskluderende eller inkluderende, i sin vurdering af om et partikulært subjekts handling er retmæssig eller ej.

Christiansen, F.V./Rump, C., *Nomological Machines in Science and in Engineering*, København: Københavns Universitet, 2004 (Under udgivelse).

⁶ Bygningen er Citibanks 59 etagers hovedkvarter i New York fra 1976.

Et eksempel

Mordet på den kontroversielle hollandske filminstruktør Theo van Gogh⁷ blev herhjemme anledning til en kortvarig debat om Danmarks grundlovssikrede ytringsfrihed. En dansk muslim af pakistansk oprindelse og medlem af Københavns Borgerrepræsentation for Det Radikale Venstre, Tanwir Ahmad, sagde rent ud i DR's Nyhedsmagasinet, at filmen efter hans mening var anledning til at genoverveje ytringsfriheden. Reaktionen i den danske offentlighed varierede fra entusiastisk forargelse ("Hør selv, hvor sindssyge de er!") til overbærende skuldertræk ("Herregud, det kommer de ingen vegne med").

I efterklngen af den første ophidselse blev den danske blasfemiparagraf, der yder religiøse overbevisninger beskyttelse mod verbale overgreb, også diskuteret. Mere eller mindre folkelige modernister talte for en ophævelse af denne beskyttelse, mens eksperter erindrede om paragraffens gavnlige beskyttelse af jøderne under det nazistiske propagandatryk.

Begge parter i denne diskussion har intuitioner på deres side. De gamleuropæiske mainstreamere læner sig med god ret og stor autoritet op ad ytringsfrihedens moderne succeshistorie i både teori og praksis. På den anden side synes det, at man skal være hårdhjertet for at underkende de muslimske bønner, om at islam ikke uden videre bør kunne underkastes enhver form for foragt og forhånelse i offentligheden. Hvad er imidlertid den retsfilosofiske diagnose i tilfældet van Gogh, og hvad er kuren?

To diagnoser

En *banal diagnose* lyder, at et individ groft og åbenbart har tilsidesat retten, og konklusionen ligger lige for: Mordet er symptomet, gemingsmanden er patienten, og kuren er straf⁸. Således retfærdiggjorte kan vi trygt fuldbyrde straffen og gå til ro.

Men kan vi det? Desværre viser erfaringen, at selvom straffuldbyrdelse ganske vist tilfredsstillende borgernes retsfølelse, er den præventive effekt begrænset. Dette rejser to fundamentale og beslægtede retsfilosofiske spørgsmål. For det første: *Hvorfor* har vi loven? For at sove bedre om

⁷ Theo van Gogh blev knivdræbt på åben gade i Holland i efteråret 2004. Morderen var en islamist, der fandt van Goghs film 'Submission' blasfemisk, fordi den viste en blottet kvinde i muslimsk bøn og koranvers skrevet på en nøgen kvindekrop.

⁸ Jeg ser her bort fra straffens helbredende eller ikke helbredende virkning på *forbryderen* og tænker i stedet på *fællesskabets* helbredelse.

natten (at fremme retsfølelsen) eller for at motivere og demotivere bestemte typer adfærd (mord for eksempel)? Det mest nærliggende svar på dette enten-eller er et både-og: Vi må faktisk tilstræbe adfærdsregulering, for at trygheden i vore soveværelser i det mindste ikke skal være en falsk tryghed. Loven skal med andre ord virke både inden- og udenfor soveværelset for at give mening. Dette leder frem til det andet og måske mest fundamentale retsfilosofiske spørgsmål: *Hvordan* virker loven? Hvorfor overholder vi loven, når vi i øvrigt er uden for lovens rækkevidde?

Hvis dette spørgsmål vendes om, således at retssubjekternes tilbøjelighed til at respektere og overholde loven af egen drift betragtes som målestok for rettens helbredstilstand, ledes vi frem til den *alarmerende diagnose* i tilfældet van Gogh: Retsvæsnet virker ikke! Symptomet er fortsat mordet, men nu er det retten, der er patienten, sygdommen er dødelig, og vi har ingen sikker kur. Det obligatoriske spørgsmål i tilfældet van Gogh bliver da: Hvilke retlige omstændigheder kunne have fået Theo van Goghs morder til at handle mindre ulykkeligt for både hans offer og ham selv? I denne fortolkning af mordet på Theo van Gogh, er både Theo van Gogh *og* hans morder ofre for et retsvæsen, der ikke virker.

Emnet her er derfor ikke ytringsfrihed, men derimod spørgsmålet om hvilken medicin vi skal tage for at undgå Theo van Gogh-scenarier (Eller: Hvordan genopretter vi balancen i 'retsbygningen'?). Et typisk bud på en sådan medicin er Rousseaus refleksive forfatter-adressat tanke, hvor alle retssubjekter samtidig opfatter dem selv som lovgivere. I den Rousseau'ske utopi ville morderen således have været sin egen politibetjent, og mordet ville ikke have fundet sted. Spørgsmålet er, om moderne europæisk retsfilosofi kan udfylde et sådant refleksivt begreb om retten? Det seneste vægtige bud på en samlet vision foreligger i Habermas' *Faktizität und Geltung*, og en væsentlig del af det følgende er derfor en redegørelse for Habermas' retsfilosofi.

Problemformulering og metode

Det efterspurgt er således:

Hvad karakteriserer forholdet mellem refleks og dynamik i Habermas' model af retten i 'Faktizität und Geltung'? Hvorledes står hans model på dette punkt i forlængelse af tidligere modeller i moderne europæisk retsfilosofi?

Besvarelsens disposition

Det følgende består primært af en redegørelse for Habermas' egen model og dernæst redegørelser for et udvalg af tidligere moderne modeller. Hvert kapitel afsluttes med et delkonkluderende afsnit, der søger at aflæse træk ved kapitlets model som mere eller mindre refleksive eller dynamiske.

Det kan synes omvendt, at læse Habermas først og derefter hans forgængere, men indholdsmæssigt burde det ikke gøre nogen forskel. Og da enhver læsning er indfarvet af filosofiske forudsætninger på tidspunktet for læsningen, mener jeg, det er både sundt og redeligt at indlede med at fremlægge kalejdoskopet - Habermas - og først siden rette blikket mod historien.

Jeg bør desuden bemærke, at konklusionen falder i to dele, hvoraf den første del, kapitlet 'Habermas og historien', i det væsentlige indeholder svaret på det kursiverede idéhistoriske spørgsmål herover. Som sådan er dette kapitel mit bud på en bagudrettet applikation af begreberne om retsfilosofisk refleks og dynamik. Derefter følger kapitlet 'Konklusion', der søger et filosofisk svar på det praktiske integrationsproblem Theo van Goghs tragedie eksemplificerer. Dette kapitel er på én gang mit bud på en analyse af et aktuelt retsfilosofisk problem, der drager begreberne om refleks og dynamik i anvendelse, og samtidig et forsøg på at antyde et retsfilosofisk valg mellem alternative, fremadrettede strategier ud fra samme begreber.

Det idéhistoriske udvalg

Udvalget af historiske positioner begynder med Machiavelli, der slår den moderne tone an med sine betragtninger om statsapparatet som et styretøj uafhængigt af højere magter. Som sådan er Machiavelli retsfilosofiens første modelbygger. Dernæst repræsenterer Locke den angelsaksiske kontrakt- og naturretsmodel. Jeg har udeladt Hobbes til fordel for Locke, fordi Lockes begreb om naturlige rettigheder i særlig grad repræsenterer den første af polerne i den spænding mellem menneskerettigheder og folkesuveræniteten, som Habermas senere sætter sig for at overvinde. Lockes

naturretsbegreb er det mest oplagte eksempel på en dynamisk præmis, der stiller individ og kollektiv i et gensidigt ekskluderende forhold.

Montesquieu er taget med, fordi han i *Lovenes Ånd* skelner ret og moral i en række sammenhænge, der bidrager til at definere den moderne republikanske retsmodel som en struktur, der er uafhængig af moralen. Med sin distance til både det traditionelle monarki og kirken understreger Montesquieu desuden det borgerlige retsbegreb, der hos Rousseau bliver til folkesuverænitet og statsborgerskab uafhængigt af naturen. Som talsmand for en rendyrket folkesuveræn 'samfundsret' udgør Rousseau således Lockes modpol i spændingen mellem menneskerettigheder og folkesuverænitet. Rousseaus statsborgerbegreb og deraf følgende rettigheder er skoleeksemplet på en refleksiv præmis.

Kant overtager siden Rousseaus statsborgerbegreb, men vil (i lighed med Locke) samtidig fastholde en retskilde ved siden af det konkrete fællesskab - nemlig moralen. Kant er således et godt eksempel på et forsøg på at *kombinere* refleksive og dynamiske præmisser. Endelig er Hegels retsfilosofi Habermas' mest nærliggende forbillede på en række områder. Hegel skelner ligesom Habermas mellem fællesskabets politiske og økonomiske rationaler, og afviser fuldstændigt, at løsrevne, individuelle egeninteressers dynamik har politisk (og dermed retlig) gyldighed overhovedet. Ikke desto mindre anerkender både Hegel og Habermas egeninteressen som et nødvendigt faktum, og begge designer derfor modeller med henblik på at *integre* refleks og dynamik i én struktur. Hegel er altså medtaget som det første eksempel på en integrerende model med helt fundamental arv til Habermas.

Om citaterne

Teksten indholder en del citater, hvor af nogle findes i danske oversættelser, mens andre kun foreligger på originalsproget. Hvad de franske og italienske tekster angår, har jeg forladt mig hundrede procent på andres oversættelser. For de tyske og engelske citaters vedkommende benytter jeg som hovedregel foreliggende, men også egne oversættelser. Hvor jeg har benyttet egne oversættelser, skyldes det enten, at der ikke foreligger en dansk oversættelse, eller at jeg foretrækker et andet ordvalg, end den foreliggende oversættelse foreslår⁹. Et par steder har jeg af forskellige grunde fraveget hovedreglen om at oversætte. Det drejer sig blandt andet om Michelman i afsnittet 'Frihed og fællesskab' i kapitel 2, hvor jeg ikke kan nænne at ødelægge rytmen i de tre gange fem

⁹ I Claus Bratt Østergaards oversættelse af Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* er jeg desuden stødt på en meningsforstyrende fejl i oversættelsen - se afsnittet 'Artikuleret og pædagogisk repræsentation' i kapitel 10.

stavelser på originalsproget. Der udover har jeg i fire væsentlige citater fra *Faktizität und Geltung* bevaret Habermas' originale tyske formulering. Dette skyldes, at de pågældende steder ikke foreligger i oversættelse, og at jeg i hvert enkelt tilfælde fandt, at den konkrete oversættelse kunne løses på flere måder. Derfor har jeg valgt at give læseren direkte adgang til den originale kilde. De fire citater optræder alle i kapitel 2 og 3.

Habermas

Med sin doktorafhandling *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1961) leverede Jürgen Habermas (f.1929) en elegant og fængende teori om de moderne vestlige demokratiers selvlegitimerende struktur. Habermas formåede i den grad at sætte begreber på retsstatens selvforståelse, at afhandlingen siden udgivelsen (Hermann Luchterhand Verlag, 1962) ikke har været til at komme uden om i politisk filosofi. Modellen, der groft sagt udlagde samfundet som en kombination af to systemer, et offentligt-politisk og et privat-økonomisk, med hver sit legitimerende rationale (argumentet og prisen), passede som fod i hose på en række områder. Individet forstås for eksempel villigt sig selv som skiftevis økonomiske privatpersoner og politiske statsborgere, ligesom retssystemernes inddeling i offentlig og privat ret synes at konkretisere tvedelingen.

Analysen har en positiv og kritisk side. På den ene side forklarer den, hvorledes demokratiske retsstaters love forekommer statsborgerne legitime i kraft af politiske argumentationer og valg handlinger, og derfor i vid udstrækning overholdes uden korporlig håndhævelse. På den anden side sætter *Strukturwandel der Öffentlichkeit* begreber på fornemmelsen af, at kampen om materielle goder i det økonomiske system har en tendens til at invadere og korrumpere det politiske system. Af frygt for at de besiddelsesløse masser skal bruge statsapparatet til at rage til sig, kan kapitalen fra sin side forsøge at tvangsstyre det politiske system ovenfra. Denne styring eksporterer således det økonomiske rationale til det politiske system og er derfor *illegitim*. Masserne kan på den anden side gøre, hvad de kan for at rage til sig i kraft af deres antal og deraf følgende *legitime* indflydelse. Habermas havde intuitionerne (ikke mindst de marxistiske) med sig. Tankegangen i 'Strukturwandel der Öffentlichkeit' er i store træk materiel og i udpræget grad rationalistisk (jf. de to systemers rationaler).

I en lang række skrifter siden har Habermas elaboreret på sin rationalistiske analyse af det menneskelige fællesskab. Særligt monumentalt er hovedværket *Theorie des kommunikativen Handelns* (Suhrkamp, 1981), hvor Habermas rendyrker en pragmatisk rationalisme inspireret af talehandlingsteoretikere som britiske John Langshaw Austin (1911-1960), amerikanske John R. Searle (f. 1932) og østrigske Ludwig J.J. Wittgenstein (1889-1951) i kombination med sociologer som tyske Max Weber (1864-1920) og franske Emile Durkheim (1858-1917). Teorien udfolder en taksonomi for sprog handlinger, ifølge hvilken ytringer fordeler sig i tre overlappende kategorier med hver deres verdensrelation og deraf følgende gyldighedskriterier. Ytringer er således enten

konstative, normative eller ekspressive og relaterer til en objektiv, normativ eller subjektiv verden som enten sande, rigtige eller sandfærdige. Vigtigst med henblik på politisk-filosofiske spørgsmål om legitimitet er imidlertid Habermas' sondring mellem forståelsesrationaler og strategiske (og instrumentelle) rationaler. Habermas argumenterer for, at sprogbrug overhovedet forudsætter forståelse, og at strategiske rationaler i sprogbrug derfor må betragtes som parasitære i forhold til forståelsesrationalet.

30 år efter *Strukturwandel der Öffentlichkeit* præsenterer Habermas endelig i 'Faktizität und Geltung' (Suhrkamp, 1992) en decideret retsfilosofi, der munder ud i et mindre materialistisk og mere nuanceret billede af legitim ret og magt, end den oprindelige dikotomi mellem økonomi og politik lagde op til. På én gang fastholdes det overordnede billede af samfundets struktur fra 'Strukturwandel der Öffentlichkeit', men samtidig integreres både egne og opponenteres bidrag eller kritik i én model. På trods af den høje detaljeringsgrad er resultatet igen en stærk model af den retlige virkelighed, og atter rummer modellen både en positiv og en kritisk side. Et håb og en diagnose. Dels udfoldes den vision, at retlige standarder kan legitimere sig hos alle retssubjekter på tværs af specifikke moralske forestillinger – for enden af denne vision lokker i yderste konsekvens den fredelige, globale multikulturelle sameksistens. På den anden side advares fortsat mod det strategiske rationales fremmarcherende korrumpning af legitimeringsprocessen. Resultatet er kaos. I artiklen 'Der europäische Nationalstaat – Zu Vergangenheit und Zukunft von Souveränität und Staatsbürgerschaft' fra 1996 beskriver Habermas skræks scenariet således:

"I forsvindingspunktet ser vi det fuldstændigt decentrerede verdenssamfund, der falder fra hinanden i en kaotisk mængde af funktionssystemer, som reproducerer og styrer sig selv. På samme måde som Hobbes' personer gør det i deres naturtilstand, udgør disse systemer hinandens omverdener. De har ikke længere noget fælles sprog. Uden intersubjektivt at deles om et fælles univers møder de hinanden på grundlag af gensidige iagttagelser og er i deres indbyrdes forhold styret af selvopholdelsens imperativer."¹⁰

For at undgå dette 'tilbagefald' skal Habermas' positive vision, en 'deliberativ demokratimodel', aktiveres. Denne model prætenderer at videreføre både republikanske og liberale retsparadigmers styrker uden at arve deres mangler. Mere præcist skal den republikanske legitimeringsproces, der

¹⁰ Habermas, J., 'Den europæiske nationalstat', København: Gyldendal, 2001, p.275. (*Die Einbeziehung des Anderen*, 'Der europäische Nationalstaat', Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p.150.).

indebærer, at rettens subjekter samtidig er lovgivere, parres med en versionering af det liberale begreb om individets rettigheder. I praksis kommer det til at betyde, at *borgerligt autonome* retssubjekter som lovgivere kollektivt skal sikre deres individuelle ret til en ikke-reguleret *privat autonomi*. I modsætning til de traditionelle republikanske og liberale paradigmer, der hver især har tenderet til at favorisere det ene af disse autonomi-begreber, mener Habermas, at *en legitim retsorden nødvendigvis må bygge på autonomiernes gensidige forudsætning*.

I den forbindelse er det helt centralt, at indholdssiden af vort autonomt udfoldede private liv *ikke* har noget at gøre hverken som kilde i legitimeringsprocesserne eller som genstand for de færdige paragraffers regulering. Dette gælder for eksempel religiøse, moralske eller æstetiske præferencer.

Kapitel 1 - Udviklings- og idealtypisk argument for ret og moral

Habermas' distinktion mellem ret og moral er central for hans samlede teori om samfundet. Retlige spørgsmål knytter sig til specifikke samfund og dets borgere i disse samfunds offentligheder. Man kan sige, at retlige spørgsmål er den fællesnævner, der definerer og fastholder *konkrete fællesskabers forpligtende karakter* på tværs af borgernes private anliggender. Moralske spørgsmål er på den anden side universelle og gælder derfor relationer mellem alle mennesker, uafhængigt af om de tilfældigvis tilhører samme retlige fællesskab. Hvor retten er knyttet til offentligheder i specifikke samfund, er moralske anliggender knyttet til *universelle værdier*, der kan deles eller ikke deles af mennesker på tværs af landegrænser. Moralske spørgsmål overskrider således grænserne for menneskers offentlige anliggender, som medlem af retlige fællesskaber eller borgere i specifikke retsstater.

Kategorierne ret og moral har således på den ene side forskellig rækkevidde, da enhver ret gælder en afsluttet personkreds, mens moralen er universel og gælder alle. På den anden side er moral og ret komplementære begreber i den forstand, at de udtømmer mængden af gyldige begrundelser for handlinger; Enten handler jeg i overensstemmelse med en moralsk værdi, som jeg tilslutter mig, eller også handler jeg i overensstemmelse med den ret, som jeg og mine medborgere i et givet fællesskab har forpligtet sig på.

En væsentlig forskel er de *mål*, hvert af begreberne relaterer til. Retten i det enkelte samfund antages at være i overensstemmelse med, eller befordrende for, *konkrete* fælles mål i netop det aktuelle samfund. Moralens antages til gengæld at være i overensstemmelse med *abstrakte* mål relativt til enten universelle værdier eller det enkelte individs vision om et godt liv.

I sin distinktion mellem ret og moral såvel som i argumentationen for det rette samfund trækker Habermas på teorier og empiri fra henholdsvis psykologien og sociologien. De to kilder giver anledning til to mere eller mindre analoge argumenter for hans eget synspunkt. Den psykologiske vinkel giver anledning til et ontogenetisk argument for individets gradvise udvikling af en *stadigt mere rationel bevidsthed* om ret og moral gennem opvæksten. Den sociologiske vinkel giver anledning til et fylogenetisk argument for menneskets kollektive udvikling mod *stadigt mere rationelle samfund* gennem historien. I det følgende fremstilles de to argumenter hver for sig.

Moralens ontogenese

Habermas benytter George Herbert Meads (1863-1931) teori om bevidsthedens udvikling¹¹. Mead selv trækker på den amerikanske pragmatiker Charles Sander Peirces (1839-1914) begreb om 'tegnet' som medie mellem subjekt og objekt. 'Tegnet' dækker over symboler og sprog, hvorfor den foreløbige konsekvens af tegnets funktion bliver, at erkendelse er social eller kollektiv. Med henblik på at afdække tegnets funktion sammenlignede Mead koopererende adfærd hos dyr og mennesker. Således kom han frem til et skel mellem to typer tegn, 'gestus' og 'signalsprog', hvoraf reaktionerne på den ene type er særligt karakteristisk for mennesker.

På den ene side kan situationer mellem både dyr og mennesker beskrives med et begreb om 'naturlig mening'. Denne type mening referer til stimulus-respons mønstre, som optræder, når afsender og modtager for eksempel reagerer på hinandens bevægelser (gestus) med modbevægelser. Mead nævner eksempler som hundeslagsmål eller boksning. Pointen er, at afsender og modtager ikke tillægger samme gestus samme mening og derfor reagerer forskelligt.

På den anden side kan tegn optræde som signaler. Konkret kan der for dyr være tale om farve- eller lydsignaler, mens mennesker benytter for eksempel brandalarmer. Det er her, den kardinale forskel mellem dyr og mennesker viser sig. Dyr kan ikke vælge ikke at reagere på de pågældende signaler. Deres reaktion er *adfærd*. Mennesker derimod forstår signalernes betydning i kraft af deres evne til at sætte sig i afsenderens sted – 'taking the attitude of the other' med Meads udtryk - og deres reaktioner kan derfor katalogiseres som *handlinger*.

På denne baggrund udvikler Mead et udviklingsargument for sproglig betydning, der hævder, at evnen til at sætte sig i den andens sted forudsætter *gensidig justering af betydningskonventioner*.

¹¹ Mead, G.H., *Mind, Self and Society*, Chicago: University of Chicago Press, 1934.

Refleks og dynamik i moderne europæisk retsfilosofi

Denne forudsætning tager Habermas op og hævder, at justeringen endvidere forudsætter fælles standarder for *korrekt* sprogbrug og således har en *normativ karakter*.

Ifølge Mead gennemgår menneskets bevidsthed en udvikling, hvor tilpasning til omgivelserne tvinger denne til i stigende grad at sætte sig ud over sig selv. På det første trin i udviklingen sker der således en internalisering af omverdenens forventninger. For at undgå straf må jeg undgå ulydighed, hvor ulydighed er givet ved bestemte konkrete handlinger, der på sin side er defineret ved at udløse straf fra 'den anden'. På andet trin bliver jeg i stand til at generalisere sammenhængen mellem ulydige handlinger og straf og udvikler en ny fornemmelse for kontinuitet i form af generaliserede forventninger. Ved siden af den konkrete anden optræder således en 'generaliseret anden'. Min verden består nu af tre slags forventninger: Mine egne, den andens, og den generaliserede andens. Den tredje 'neutrale' kategori er kilden til normative eller moralske forestillinger: generaliserede forventninger om forløbet af egne og andres bidrag til interaktion. Psykologen Lawrence Kohlberg (1927-1987) har siden udviklet en 6-trins model af denne udvikling med udgangspunkt i Meads teori, og nedenstående tabel fremstiller endelig en tilpasning til Habermas' begreber om diskurs, handling og verdensrelation.

Udviklings-trin	Moralsk bevidstheds-niveau	Interaktionsform	Talerperspektiv	Verdens-perspektiv	Præmisser for rigtig handling	Udgangspunkt for retfærdigheds-opfattelse
1	Præ-konventionelt	autoritets-/interessestyret handling	jeg-du-relation	indre/ydre	tilpasning til eksterne forhold	komplementaritet
2						befaling/lydighed
3	konventionelt	kommunikativ/strategisk handle	system af første, anden og tredje person	tre-verdenssystem	internaliserede adfærd-forventninger	symmetrisk kompensation
4						rollekonformitet
5	Post-konventionelt	diskurs	proponent/opponent	Reflekteret/hypotetisk	rationel indsigt	normkonformitet
6						retfærdigheds-principper
						procedurer for normbegrundelse

Figur 1 – Moralkognitive udviklingsstadier¹²

¹² Bearbejdet efter Eriksen, E.O./Weigård, J., *Kommunikativt Demokrati*, København: Hans Reitzels Forlag, 2003 (Oslo, 2002), p.98.

For Habermas er det centralt, at modningsprocessen forklares med evnen til at indtage forskellige perspektiver. På hvert enkelt niveau er det gensidigheden i relationerne, der determinerer, hvad der er rigtigt.

Retdens fylogenes

Habermas' fylogenetiske perspektiv på retdens udvikling tager udgangspunkt i den franske sociolog og filosof Emile Durkheims (1858-1917) teori om moralens oprindelse i det sakrale. Ligesom Mead og Kohlbergs psykologiske udviklingsteorier om *individets* moralske bevidsthed, argumenterer Durkheim for, at der gennem historien sker en tiltagende differentiering og abstraktion af det menneskelige *fællesskabs* moral som handlingskoordinerende funktion. Mest oprindelig er funktionen i traditionelle samfund, hvor koordineringen varetages af den religiøse forestilling om det sakrale. Durkheim opregner en række lighedspunkter mellem religiøse og moralske holdninger. Disse ligheder omfatter blandt andet orientering mod det kollektive og upersonlige, forsagelse af individuelle interesser, overindividuel magt og endelig respekt. Overordnet har moral og religion særligt det til fælles, at religiøs og moralsk autoritet begge har en evne til at fremkalde både frygt og glæde hos subjektet. Dette kan forklare hvorfor normer, hvad enten de er religiøse eller moralske, også forfølges af individer udenfor eventuelle sanktioners rækkevidde. Dette skyldes individets evne til at opleve skyld- og skamfølelse. Autoritetens oprindelse er således ikke 'udvendig' straf alene, men også internalisering af de relevante normer hos individet.

I sin analyse af det traditionelle samfund kommer Durkheim blandt andet frem til tre væsentlige funktioner for religiøse symboler og ritualer:

- Videreførelse af verdensforståelse ved opretholdelsen af skel mellem profant/sakralt og tilladelser/forbud
- Videreførelse af kollektiv identitet/socialt sammenhold
- Den kollektive identitets bidrag til medlemmernes individuelle identitet

Habermas' påstand er nu, at der i overensstemmelse med Durkheims teori om en gradvis sprogliggørelse af det sakrale kan opstilles en udviklingsmodel, således at ritualerne afløses af diskursen og overtager disse funktioner. Resultatet er en opsplittning i henholdsvis uformel moral og formelle lovbestemmelser.

Ligesom individets trinvis udvikling kan også de menneskelige fællesskabers udvikling således fremstilles som et fremadskridende hierarki.

Moralske bevidsthedsniveauer	Social-kognitive grundbegreber	Etik	Retstyper
Prækonventionel	Partikulær adfærdsforventning	Magisk etik	Åbenbaret ret
Konventionel	Norm	Lovetik	Traditionel ret
Postkonventionel	Princip	Sindelags- og ansvarsetik	Formel ret

Figur 2, retsudviklingens niveauer¹³

I analogi til modellen for individets moralske udvikling er de senere retstyper mere rationelle end de første. Hvor sanktioner indenfor et samfund, der praktiserer åbenbaret ret, ikke er underkastet noget rationelt princip overhovedet, må den traditionelle rets sanktioner begrundes med henvisning til kendte gældende normer. Gammeltestamentlige forestillinger om symmetrisk gengældelse er et første skridt i retning af den formelle, postkonventionelle ret, der bygger på rationaliserede principper.

Ret og moral

I Habermas' 'færdige' model af den moderne retsstat indtager den uformelle moral og den formelle ret hver sin plads, men disse udgør *ikke* et indbyrdes to-trins hierarki. Det er præcis her, Habermas søger at lægge kursen om i forhold til tidligere samfundsteorier. Særligt vil Habermas differentiere sin teori i forhold til både det liberale og det republikanske paradigme for retsstatens legitimeringsprocesser. I det liberale paradigme henlægges rettens kilder overvejende til begreber om individuelle rettigheder *før* det retlige fællesskab. I det republikanske paradigme ligger rettens kilder derimod *i* selve fællesskabet. Hver især har de, ifølge Habermas, således en tendens til at overspille henholdsvis det individuelle og det over-individuelle aspekt. Begge tendenser risikerer at forstyrre de integrerende ydelser retten gerne skulle videreføre fra tidligere tiders sakrale autoritet.

I stedet argumenterer Habermas for et tredje *deliberativt* paradigme, hvor én af de væsentlige pointer er de henholdsvis private og offentlige autonomiers *co-originale* status. Det fuldt udviklede individ i det fuldt udviklede samfund er således i stand til at indse, at det både er forpligtet og ikke-forpligtet af fællesskabet, men på forskellige områder. Moralske spørgsmål er således på én gang privat-autonome spørgsmål om valg af værdier, der ikke er underkastet det retlige fællesskabs regulering, samtidig med at det karakteristiske for moralen er dens universelle karakter. Retlige spørgsmål er på den anden side offentligt-autonome spørgsmål om gensidige forpligtelser indenfor

¹³ Bearbejdet efter Habermas, J., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997 (1981), bd. 2, p.260.

fællesskabet. Som sådan overskrider de retlige spørgsmål på én gang individuelle præferencer, samtidig med at de ikke er moralske og derfor universelle, men derimod retlige og kontingente. Skellet mellem privat og offentlig autonomi er altså et skel mellem to forskellige selvlovgivningsforhold: På den ene side individets frie valg af en moralsk overbevisning som kode for vurdering af private handlinger, dette er udfoldelsen af den private autonomi; på den anden side individets frie deltagelse i den offentlige tilrettelæggelse af retsfællesskabets love som kode for vurdering af offentlige handlinger, dette er udfoldelsen af den offentlige autonomi.

Det er essentielt, at begge forhold er *selv*forhold. Ligesom jeg selv vælger mine handlinger, moralske eller umoralske, lovlige eller ulovlige, således vælger jeg ideelt set også den moralske eller retlige kode efter hvilken mine handlinger skal bedømmes. I det private tilfælde er valget individuelt og det personlige ansvar abstrakt-universelt. I det andet tilfælde er valget kollektivt og det personlige ansvar konkret-regionalt.

Fra dynamik til refleks

Der stilles væsentlige krav til individets fatteevne i Habermas' univers. Det er således almindeligt at kritisere Habermas ved at hævde, at den menneskelige forstands mekanik ganske enkelt ikke opererer på disse abstraktionsniveauer, og at samfundet derfor ikke kan forudsættes at virke, som Habermas hævder. På den anden side har modellen en stærk intuitiv appel – abstraktionerne synes at fange noget essentielt.

Det er en anden almindelig kritik, at den fylogenetiske model af de menneskelige fællesskabers udvikling frem mod den moderne postkonventionelle retsstat er etnocentrisk og lægger et vesteuropæisk-amerikansk perspektiv til grund. Da det er et faktum, at traditionelle konventionelle samfund eksisterer side om side med moderne postkonventionelle samfund, følger det, at nogle samfund er 'bagud', mens andre er disse overlegne. Modellen paternaliserer altså de mere eller mindre traditionelle samfund.

Problemet med rangordningen af samfundstyper efter udviklingsniveauer kan på den anden side også fremhæves som en fordel, der vaccinerer teorien mod relativisme: Det er ikke lige meget, hvordan vi organiserer vore samfund! En samfundsteori eller retsfilosofi skal jo netop angive, hvorledes og hvorfor én styreform eller lovgivningsproces er legitim i modsætning til andre. Anklagen om paternalisering kan således besvares reflektivt: Hvordan skulle en retsteori overhovedet kunne undgå at udpege nogle retsordener som bedre end andre?

Udviklingsmetaforen i det ontogenetiske argument synes desuden at indebære en påstand om, at menneskeheden netop nu er i den historiske slutfase af en modningsproces. Når et menneske er voksent, er det voksent. Der er ganske vist en række kriser i et menneskeliv, også efter det har gennemgået Mead-Kohlbergs udviklingsfaser, men de moralske og retlige kapaciteter prætenderes at være fuldbrugte. Når denne metafor overføres på de menneskelige fællesskabers verdenshistorie med de vestlige demokratier på det øverste og sidste trin, synes det at følge, at menneskeheden netop nu står ved fuldbyrdelsen af sit ultimative potentiale for social integration. Ligesom faren for etnocentrisme synes dette billede at rumme faren for en historisk centrisme, der underkender fremtidens potentielle udviklingsmuligheder eller i bedste fald reducerer dem til momenter af den demokratiske retsstats selvreferentielle kriser i et voksenliv. Habermas' procedurale model i hans egen retsfilosofi indebærer da også, at den færdigudviklede retsstat er udviklingsduelig og fortsat evaluerer sig selv gennem deliberationer.

Som en tilføjelse til disse relativt almindelige overvejelser af Habermas' argumentation, mener jeg desuden, at de to argumenter har yderligere et fællestræk: De beskriver begge en *udvikling fra dynamik mod refleks*. I Meads oprindelige udviklingsmodel er barnets udgangspunkt en overvejende dynamisk relation til omverdenen, der fortolkes som atomiserede reaktioner på aktioner fra handling til handling - et stimulus-respons forhold. Senere i modellen forstår individet derimod i stigende grad omverdenens reaktioner som andre bevidstheders viljesakter rettet mod egen vilje. Individet forstår sig selv som én (egen) forventning i en horisont af andres (egne) forventninger - omverdensrelationen er blevet refleksiv. Habermas' brug af Durkheim til at beskrive en udvikling fra ritual til diskurs kan læses på samme måde. Enten er forholdet mellem individ og kollektiv dynamisk: Du overholder ritualen, eller også gør du ikke. Eller også er forholdet refleksivt: Du kan argumentere, eller også kan du ikke. Jeg foreslår altså, at det er muligt, at læse begge udviklingsteoretiske argumenter for ret og moral, som beskrivelsen af en udvikling af forholdet mellem individ og omverden fra overvejende dynamisk til overvejende refleksiv. Det være sig onto- eller fylogenetisk.

Kapitel 2 - Retssystemet

I overensstemmelse med det retsfilosofiske hovedspørgsmål, Habermas adresserer i Faktizität und Geltung, bruger han to af værkets kapitler på en 'rekonstruktion' af retten. Kapitlerne 3 og 4 behandler således henholdsvis retssystemet og retsstaten. Og spørgsmålet er, *hvorledes en model*

for legitim ret kan tilvejebringes. Det vil sige love og lovgivningsprocesser, der står i det rette forhold til sine retssubjekter og omvendt. Her, som alle andre steder i Habermas' filosofi, spiller gensidighed eller intersubjektivitet den altoverskyggende hovedrolle. Love og stater kan således hverken undfange dem selv eller udtænkes af geniale enkeltindivider, hvorefter de legitimt påtvinges retssubjekter og borgere. Forudsætningen for både legitim ret og legitim retshåndhævelse (magt) er derimod en vekselvirkning mellem ret og magt på den ene side og retssubjekterne på den anden side. Den legitime ret består derfor af et indbyrdes forhold mellem et retssystem og en retsstat (-magt). Først retssystemet.

Frihed og fællesskab

Habermas' udgangspunkt for begrebet om et retssystem er ”de rettigheder, som borgere må tilkende hinanden, hvis de vil regulere deres fælles liv med den positive rets midler”¹⁴. Som udgangspunkt for virkeliggørelsen af dette projekt har de moderne retsstater lænet sig op ad det negative frihedsbegreb, der kan genfindes i menneskerettighedserklæringens artikel 4 (1789):

”Friheden består deri, at kunne gøre alt der ikke skader andre. Således har udøvelsen af et menneskes naturlige rettigheder kun de grænser, som sikrer, at andre medlemmer af samfundet kan nyde samme rettigheder”¹⁵.

På den anden side bygger moderne ret på princippet om folkesuveræniteten eller demokrati. Den fælles lovgivningsproces eller vilje skal således sikre frihedsrettighedernes indbyrdes kompatibilitet.

Traditionelt opfattes folkesuveræniteten derfor netop som kilden til de grænser, menneskerettighedserklæringen omtaler.

Præcis hvor den legitime grænse mellem fællesskabets loves autoritet, som de udtrykkes gennem demokratiet, og individets autoritet udtrykt i menneskerettighederne går, frembyder imidlertid en klassisk retsfilosofisk konflikt. Ifølge Habermas skyldes dette, at forholdet mellem subjektiv og offentlig ret er forblevet uafklaret, hvorfor menneskerettigheder og folkesuveræniteten er kommet til at stå i et misforstået indbyrdes konkurrenceforhold.

Habermas mener, at en af de mest grundlæggende misforståelser er opfattelsen af menneskerettigheder som før-sociale eller naturlige. Han citerer i den forbindelse F. Michelmans *Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World* (1986):

¹⁴ Oversat fra Habermas, J., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992, p.109.

”A right, after all, is neither a gun nor a one-man show”¹⁶.

Citatets hensigt er at demonstrere subjektive rettigheds *intersubjektive* betydning, ved at påpege at begrebet om subjektive rettigheder forudsætter *retsfæller* og derfor hverken giver mening eller kan betjenes i ensomhed. Jeg kan ikke stå alene i junglen og påkalde mig rettigheder i forhold til naturkatastrofer eller vilde dyr. Habermas’ argumentationsstrategi ligger i tydelig forlængelse af den sproglige vending¹⁷, og han konkluderer, at subjektiv og offentlig ret følgelig er lige oprindelige eller måske snarere har *samme* oprindelse (’gleichursprünglich’). På dette grundlag mener Habermas at kunne forklare både naturretens og retspositivismens angivelige fejltagelser.

Naturretsfilosofien (for eksempel T.Hobbes: *Leviathan*, 1651) mente, at subjektive rettigheder i kraft af et naturligt moralsk indhold kunne påberåbe sig en højere legitimitet end den politiske lovgivningsproces. Da dette legitimerende indhold af samme grund per definition befinder sig udenfor en retsteoretisk begrundelses rækkevidde, bliver enhver efterfølgende positiv rets legitimitet nødvendigvis utilstrækkelig, da den potentielt når som helst kan undermineres af den ’højere’ naturret. Legitim ret bliver således umulig. Habermas benytter et *reductio* argument mod Hobbes: På den ene side antager Hobbes, at individerne i hans naturtilstand er i stand til at tage et socialkognitivt perspektiv¹⁸, hvor de indser, at indsættelsen af en suveræn er til ’det fælles bedste’. På den anden side er resultatet et system af velordnet egoisme, der forudsætter, at enhver er sig selv nærmest. Hobbes færdige system kan, mener Habermas, i virkeligheden ses som en moderne borgerlig samfundsmodel, men naturretsmetaforen må altså forkastes for at undgå selvmodsige antagelser om individernes kognitive habitus.

Retspositivismen, der omvendt subsumerer subjektiv ret under objektiv ret, kan til gengæld ikke forklare, hvordan den positive ret kan legitimere sig i forhold til retssubjekterne. Heller ikke denne opskrift kan således muliggøre legitim ret i den ønskede betydning.

¹⁵ Ibid., p.109.

¹⁶ Citeret fra *Faktizität und Geltung*, p.117.

¹⁷ Her særligt den sene Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, 1953.

¹⁸ Ifølge George Herbert Meads (1863-1931) udviklingsmodel for den moralske bevidsthed forudsætter et individs begreb om ’det fælles bedste’, at det har gennemløbet en kognitiv udviklingsproces, der udelukker tilbageskridt til blind egoisme. Se afsnittet ’Moralens ontogenese’ i kapitel 1.

Modernisering af republikanismen

Habermas' kur er at give lidt til begge sider – menneskerettigheder og folkesuveræniteten – ved at rekapitulere den republikanske tradition. Kant var efter Habermas' opfattelse inde på noget af det rigtige i sin kritik af Hobbes, hvor Kant hævder, at Hobbes ikke har forstået forskellen på samfundskontrakter og private kontrakter, for så vidt "samfundskontrakten ikke har noget specielt indhold, men i kraft af sig selv fremstiller modellen for samfundsmæssiggørelse under retsprincippets herredømme"¹⁹.

Denne model indebærer, at samfundskontrakten er et system af rettigheder legitimeret ved moralsk autonome borgeres forenede viljer. Moral og ret forenes således som moralsk begrundede menneskerettigheder (til lige subjektive friheder), der finder tilslutning efter folkesuverænitetsprincippet. Kant, der står i væsentlig gæld til Rousseau i denne sammenhæng, opnår således den indsigt, at det er *retsprincippet*, der formidler forbindelsen mellem moral og demokrati, mellem begreberne om menneskerettigheder og folkesuveræniteten. Men både han og Rousseau mangler ifølge Habermas fortsat for alvor at afklare *konkurrenceforholdet* mellem menneskeret og demokrati.

Denne konkurrence eller 'spænding' mellem rettighedsprincip og demokratiprincip svarer, mener Habermas, delvist til det moderne skel mellem moralske og etiske spørgsmål. Uden religionen som manual må individet både frit definere (bestemme) og derefter (moralisk) realisere sig selv gennem handlinger, og det samme må fællesskabet. Individet må spørge sig selv: "Hvad gør mig lykkelig? Hvilke midler kan jeg forsvare overfor mig selv at tage i anvendelse?" og fællesskabet må spørge sig selv: "Hvilke fælles mål har vi? Og hvordan kommer vi derhen i enighed?". I modsætning til den aristoteliske etik, ifølge hvilken moral og lykke følges ad, er moralske handlenormer (selvrealisering) og etiske mål (selvbestemmelse) med andre ord skilt ad i en moderne kontekst. Den moderne ret må derfor bringe sig i overensstemmelse med begge aspekter for at kunne legitimere sig.

Habermas skelner her mellem to tilsvarende retsfilosofiske tendenser. På den ene side en moral-kognitiv tendens i den liberalistiske tradition, der lægger vægt på rettighedsbegreb og selvbestemmelse. På den anden side en etisk-volitiv tendens, der lægger vægt på statsborgerlig selvrealisering gennem begrebet om folkesuveræniteten. Begge tendenser betjener sig af universaliserende begrundelser i det modernes fravær af højere principper fra religion eller tradition.

¹⁹ Oversat fra *Faktizität und Geltung*, p.122.

Her konstaterer Habermas, at Rousseaus og Kants veje, der begge bestræber sig på at bringe privat og politisk autonomi i overensstemmelse, skilles. Kant vil skride fra subjektets autonome moralske status til ret, således at den universaliserende moral²⁰ overordnes retten. I denne forstand har Kant en liberal tendens på trods af hans distance til Hobbes, idet han antager en autoritativ retskilde udenfor eller 'før' det retlige fællesskab. Rousseau hævder derimod, at rettigheder er indskrevet i selve folkesuverænitetetsprincippet og ikke giver mening uden for det konkrete fællesskab eller det 'Großsubjekt'²¹, som Rousseau med Habermas' ord kommer til at postulere i skikkelse af en autoritativ almenvilje. Denne tendens hos Rousseau ligger yderst på den republikanske fløj. Begge filosoffer begår ifølge Habermas den 'subjektfilosofiske' fejl at de, på trods af skellet mellem politisk og privat autonomi, fortsat forener fornuft og vilje i ét subjekt som grundpræmis. Rousseau beslutter sig for sit 'Großsubjekt' med fare for at tvinge individet, mens Kant prioriterer det individuelle subjekt og således amputerer fællesskabets autoritet. Konklusionen er, fastslår Habermas igen og igen, at den private autonomi hverken må over- eller underordnes borgerlig autonomi og vice versa. Når dette imidlertid hele tiden sker alligevel, som hos Rousseau og Kant, skyldes det, mener Habermas, at moderne fornuftsretstænkning har overtaget den traditionelle naturrets distinktion mellem positiv ret og naturret. Konsekvensen er angiveligt en fejlagtig fordobling af retsbegrebet, der samtidig forvirrer forholdet mellem ret og moral. Den rette forståelse af forholdet mellem disse to begreber kræver, at det i stedet lægges til grund, at moral og ret er opståede ved en *samtidig* udspaltning fra traditionen (det sakrale), og derfor korrekt skal forstås som *gensidigt kompletterende* typer handlingsnormer. Det er dette komplementære forhold, der efter Habermas' opfattelse gentager sig mellem privat og politisk autonomi og deres respektive principper: moralprincippet (der kommer til udtryk i begrebet om menneskerettigheder og privat autonomi) og demokratiprincippet (der kommer til udtryk i begrebet om folkesuverænitet som retskilde for politisk autonome borgere).

Habermas udelukker ikke, at retten kan have et moralsk indhold, som når menneskerettigheder findes indskrevet i den demokratiske selvbestemmelsesret (politiske autonomi), men i det øjeblik de optræder som *juridiske* rettigheder, er de ikke længere produkter af privat autonom anvendelse af et moralprincip, men derimod af politisk autonom anvendelse af demokratiprincippet. Forpligtelsens

²⁰ Det kategoriske imperativ.

²¹ *Faktizität und Geltung*, p.132.

karakter skifter følgelig samtidig fra moralsk til retlig. For at kunne *legitimere sig*, må retten dog være i overensstemmelse med moralen. Dens politisk autonome forfattere er nemlig samtidig moralske, privatautonome adressater, der som sådanne ikke samtidig kan tænkes at forfatte en retskode, der forpligter dem på amoralske handlinger.

Afledning af moral- og demokratiprincipperne fra diskursprincippet (D)

Habermas understreger, at forholdet mellem de to typer handlingsnormer, moralske regler og juridiske regler, ikke må forstås som en afbildningsrelation. Der er i stedet tale om en *forgrening* i to forskellige typer konkrete handlingsnormer ud fra ét overordnet princip for handlingsnormer overhovedet - diskursprincippet.

(D): "Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten"²².

Dette principps normative indhold (upartiskhed) er, i modsætning til konkrete moralske og retlige normer, abstrakt og derfor neutralt i forholdet mellem ret og moral. (D) forgrener sig derefter i moralprincip og demokratiprincip, der yder hver deres indhold. Moralprincippet relaterer til et universelt (ideelt) auditorie, hvor normer udelukkende kan begrundes ud fra hensyn til lige interessepleje. Demokratiprincippet relaterer til gengæld til 'vores' fællesskab og specificerer normer i retlig form, der *både* kan begrundes pragmatisk, etisk-politisk og moralsk. Dette indebærer, at en regional opdeling af moral og ret efter for eksempel private og offentlige handlingsområder ikke lader sig gøre, da moralens universelle krav forplanter sig overalt. De to principper fungerer imidlertid på to forskellige *planer* ('ebene'), man fristes til at sige universelt og regionalt, selvom de har virkninger på samme områder. Habermas lægger vægt på to forskelle. De to planer fordeler sig således på den måde, at hvor "moralprincippet opererer på et argumentations-spils *interne* forfatnings område, forholder demokratiprincippet sig til området for den *ydre*, det vil sige handlingsvirksomme institutionalisering af den ligeberettigede deltagelse i en diskursiv menings- og viljesdannelse"²³.

Forskellene viser sig i de forskellige handlingsnormer, principperne hver især er anledning til. Hvor moralprincippet afleder 'naturlige interaktionsregler', resulterer demokratiprincippet i 'kunstige' retsnormer.

²² Ibid., p. 138.

Retten aflastning af moralen

Hvor de moralske normer regulerer forholdet mellem naturlige personer, regulerer retsnormerne forholdet mellem retsfæller og aflaster derved den moralske agent på tre punkter. For det første aflastes agenten i det forhold, at begrundelses- og anvendelsesprocedurer i konkrete sammenhænge overskrider den enkeltes kapacitet. Moralprincippet yder nemlig kun en abstrakt *procedure* til upartisk bedømmelse, men ikke en substantiel liste over pligter eller normers indbyrdes hierarki. Parlamentets lovgivning yder således retsadressaten en *kognitiv aflastning* med henblik på ret og uret. For det andet fordrer moralprincippet, at agenten mobiliserer vilje til at sætte sig ud over sin egeninteresse og således indlader sig på en krævende diskursiv overvejelse. Her yder retsnormerne den enkelte en *motiverende aflastning*. Den diskursive og selvtilsidesættende overvejelse erstattes af en forventning om, at alle andre også følger retsnormerne eller i modsat fald sanktioneres af systemet. Dette har desuden den vigtige effekt, at adressaternes motiver fritstilles. Normkonform handling i henhold til retsnormer behøver således ikke at være moralsk motiveret eller begrundet. For det tredje indebærer moralprincippets universalistiske krav nogle positive pligter overfor *den anonyme næste*, der ligeledes er uoverkommelige for den enkelte. Habermas nævner som eksempel den rige verdens forpligtelser overfor den tredje verden. Her har moralprincippet brug for et regelsystem, der kan finde disse pligters adressater.

Retssystemet fuldstændiggør ('ergänzt') på denne måde moralprincippet ved både at være videns- og handlingssystem – forholdet er komplementært. Hvor moralprincippets rækkevidde på den ene side er universel og netop derfor uoverkommelig at applicere, supplerer retssystemet med regionale og kunstige, men *endelige* løsninger.

Rettighedernes genese

For at udfylde sin funktion forudsætter retsmediet imidlertid et begreb om rettigheder, der definerer retspersoner som bærere af disse rettigheder. Dette leder tilbage til det oprindelige problem med frigørende subjektive friheder på den ene side og de samme friheders begrænsning på grund af kravet om deres indbyrdes kompatibilitet på den anden side. Her griber Habermas tilbage til sine talehandlingsteoretiske resultater i *Theorie des kommunikativen Handelns* og definerer de subjektive friheders karakter som den enkeltes frigørelse fra en forståelsesorienteret indstilling, der

²³ Oversat fra *Faktizität und Geltung*, p.142.

kræver, at alle parter har *samme* rationelt motiverende grunde. En distinktion mellem *samme* og *forenelige* begrundelser skal her kaste lys over forholdet mellem privat og offentlig autonomi - mellem menneskerettighedsbegreb og folkesuverænitet.

Den private autonomi knytter sig nemlig til den subjektive frihed forstået på den måde, at sammenfaldet mellem mine og andres grunde her er uden betydning. I udøvelsen af min private autonomi er jeg fritstillet i forhold til forståelsesorienterede begrundelser. Udfoldelsen af autonomien skal på den anden side være kompatibel med andres udfoldelser. På begrundelsesniveauet betyder dette, at selvom grundene ikke skal være sammenfaldende, skal de være *forenelige*. Dette krav om forenelige, men potentielt forskellige, begrundelser svarer til legitimitetskravet til den positive ret og indeholder netop den betydning af 'autonomi', som Habermas vil frem til. Hvor Kant ved at sætte moralen *før* eller *over* retten afskar sig selv fra at gøre rettens subjekter moralsk fri i forhold til retten, vil Habermas netop adskille ret og moral, således at retssubjekterne både som adressater og forfattere fritstilles moralsk. Selvlovgivning finder således sted på to niveauer: *Moralsk* for enkeltpersoner eller ikke-retlige fællesskaber og *borgerligt* for borgere i retsfællesskaber. På dette grundlag opstiller Habermas en model for *rettighedernes logiske genese* (givet diskursprincippet anvendelse på retsmediet). Modellen består af følgende 5 abstrakte kategorier af grundrettigheder, der må tilfalde og definere retspersoner²⁴:

1. *Den størst mulige mængde lige subjektive handlingsfriheder*, der følger af en politisk autonom beslutningsproces.
2. *Medlemsstatus i et frivilligt retsfællesskab*, i overensstemmelse med en politisk autonom beslutningsproces.
3. *Klagemuligheder og retsbeskyttelse*, som de følger af en politisk autonom beslutningsproces.
4. *Politisk autonomi* sikret ved lige muligheder for deltagelse i menings- og viljesdannelsesprocesser, hvorigennem borgerne fastsætter, hvad der er legitim ret.
5. *Opfyldelse af livsbetingelser*, der sikrer lige adgang til 1-4.

Punkterne 1 og 4 er at betragte som de umiddelbart vigtigste i en teoretisk sammenhæng, mens punkt 5's indhold og rækkevidde primært relaterer til materielle forudsætninger. Punkt 2 og 3 er korrelerer til punkt 1 i den forstand, at 1 mangler at definere et *bestemt* retsfællesskab, hvorfor der

²⁴ Oversat og bearbejdet fra *Faktizität und Geltung*, p.155ff.

må suppleres med 2, og 1 mangler at tage højde for én eller anden form for regres, i tilfælde af at et medlem af dette fællesskab ikke finder 1 opfyldt, hvorfor der må suppleres med 3. I denne sammenhæng er det altså forholdet mellem på den ene side 1-3 og på den anden side punkt 4, der er mest relevant.

At Habermas beskriver 2 og 3 som *korrelater* er på én gang udtryk for hans afstand til naturretstænkning og hans videreudvikling af Rousseaus og Kants versioneringer af republikanismen. I modsætning til naturretstænkningen kan den subjektive frihed (1) således ikke tænkes uden eller før et konkret fællesskab (2), i modsætning til Rousseaus republik må det enkelte subjekt balanceres i forhold til et 'großsubjekt' (3), ligesom de almene loves legitimering skal hentes ved appel til/fra det konkrete fællesskabs medlemmer (igen jf. 3) og ikke, som hos Kant i universelle morallove. Tilsammen sikrer 1-3 således den private autonomi, men *uden* den liberale forståelse af dette begreb (jf. 2) og *med* en refleksiv opfattelse af begrebet om retlige adressater (jf. 3).

Punkt 4, der specificerer den politiske autonomi, understreger begge disse pointer ved (netop som Habermas har varslet) at danne gensidig forudsætning til 1-3. Menneskerettighedsbegrebet, abstrakt specificeret i 1-3, forudsætter nemlig i hvert enkelt punkt folkesuverænitetetsprincippet, abstrakt specificeret i 4. Det karakteristiske og altafgørende ved denne grundrettighed er dens abstrakte og *refleksive* karakter. Både i forhold til 1-3 og til sig selv. Virkningen er, igen i modsætning til særlig liberalistisk naturretstænkning og Kants moralske rekurs, at det habermasianske rettighedssystem undgår destabiliserende korrektiver 'udefra' i sine legitimeringsprocesser. Hvert af punkterne 1-3 indeholder i Habermas' formuleringer således en reference til den politiske autonomi i 4, der igen *peger tilbage på 1-3 som kilde til deres konkrete indhold i det konkrete retsfællesskab*. Habermas benævner således 1-3 som 'umættede' ('ungesättigt') *retsprincipper*, som grundlovgivere må orientere sig efter, når de i overensstemmelse med 4 producerer konkrete love. Habermas skriver, at med 4 skifter perspektivet fra teoretisk til praktisk anvendelse af diskursprincippet (D)²⁵.

Hvis man skal forsøge en kortfattet metafor om Habermas' tankegang her, er det nærliggende at sige, at det først er med virkeliggørelsen af 4, at systemet 'træder i karakter'. Habermas skriver selv: "Borgerne opnår således først autonomi *som* retssubjekter i det, de samtidig forstår og aktiverer sig selv som forfattere til de rettigheder, som de vil underkaste sig som adressater"²⁶.

²⁵ *Faktizität und Geltung*, p.160.

²⁶ Oversat fra *Faktizität und Geltung*, p. 160.

Heri ligger samtidig kernen i 4's reflektive karakter, da borgerne selv beslutter hvorledes (D) konkret skal udmøntes i et retligt demokratiprincip, der samtidig er i overensstemmelse med 1-3. Adgangen til denne beslutningsproces benævner Habermas som en 'politisk grundrettighed' til fri menings- og viljesdannelse, og her er det værd at bemærke to forhold.

For det første aktiverer Habermas i denne centrale argumentation sit overordnede talehandlingsteoretiske synspunkt, idet han benytter sit begreb om 'kommunikativ frihed' til at karakterisere det kerneområde, de politiske rettigheder skal beskytte. Her trænger inspirationen fra den sproglige vending på umiskendelig vis helt frem i forreste række i et stykke konkret politisk filosofi. For det andet er det netop her, ved en sproglig-pragmatisk skillevej, Habermas finder den ultimative kilde til rettens legitimation. Han skriver:

"Die gesuchten politischen Rechte müssen daher die Teilnahme an allen gesetzgebungsrelevanten Beratungs- und Entscheidungsprozessen in der Weise gewährleisten, daß darin die kommunikative Freiheit eines jeden, zu kritisierbaren Geltungsansprüchen Stellung zu nehmen, gleichmäßig zum Zuge kommen kann"²⁷.

Denne 'retligt sikrede kommunikationsform' har fællestræk med det naturlige sprogs forståelsesorienterede modus, idet lovgivningsprocessernes konkrete sproglige handlinger er underkastet krav om kritiserbarhed og gyldighed, men til forskel fra det naturlige sprog lader Habermas folkesuveræniteten *institutionalisere* disse krav som *konkrete* rettigheder i retsfællesskabet. Og det er netop denne institutionalisering, der ifølge Habermas konkretiserer gensidigheden og dermed den rette sammenhæng mellem folkesuverænitet og menneskerettigheder. Resultatet er, at den ret forståede politiske autonomi hverken som begreb eller konkret suverænitet kan være indskrænket af potentielle 'naturlige' eller 'moralske' rettigheder, da det tilhørende legitimerende rettighedsbegreb netop muliggøres af en privat autonomi, der fritstiller indholdet af sådanne rettighedsbegreber som private interesser eller moralske præferencer.

Omvendt er den enkeltes private autonomi heller ikke ret forstået som 'instrumentaliseret mål'²⁸ for den suveræne lovgiver. Den enkeltes viljes- og meningsdannelse og valg af begrundelser er netop kommunikativt fri, og således udenfor suverænenes rækkevidde, der er begrænset til rettens institutionelle ramme. Det legitime retsvæsen betragtet for sig selv, kan således hverken gøres til den

²⁷ *Faktizität und Geltung*, p. 161.

²⁸ *Ibid.*

private eller den offentlige autonomis tjener, men er et produkt af det gensidige forhold mellem den subjektive handlefrihed og dens korrelater (1-3) og deres bekræftelse som deltagerrettigheder (4).

Forfatningshandlingen

Forfatningshandling og grundlovgivende forsamlinger har derfor en særlig originær karakter, idet, det er her, borgerne aktiverer systemet ved at beslutte sig for at regulere deres liv gennem legitim ret i den fremstillede betydning. Men samtidig følger det af det beskrevne systems refleksive karakter, at legitimiteten løbende skal aktiveres af borgerne som deltagere. Grundlove må derfor forudsættes at være *relative* og genstande for løbende fortolkning. Det er denne antagelse, der fører til Habermas' ofte citerede metafor om det legitime retsvæsens 'Janusansigt' som et billede på det spændingsforhold mellem positivitet og legitimitet, der hentydes til i titlen 'Faktizität und Geltung'. På den ene side slipper retssystemet de interessestyrede individer fri i terrænet af tvingende love ('privat ansigt'); på den anden side forener systemet borgernes kommunikative frihed i samme begrænsende loves udfærdigelse ('offentligt ansigt')²⁹. Den private frisættelse anskueliggør samtidig skellet mellem ret og moral, eftersom rettens forpligtende karakter er begrænset af den institutionaliserede kommunikative friheds fordringer, der ikke kræver *samme* begrundelser, men blot *forenelige* begrundelser for fælles retlige handlenormer i det konkrete fællesskab. Positiv ret skal således ikke opfattes som selvlegitimerende, men har den kommunikative frihed som en 'ydre' forudsætning, da denne ganske vist er retliggjort som institutionaliseret diskurs, men ikke er *tvunget* af retten.

Kapitel 3 - Retsstaten

Med redegørelsen for retssystemet og legitimeringen af henholdsvis rettigheder og lovgivningsprocesser er Habermas imidlertid kun halvvejs i mål. Legitimitet er nemlig ikke alene et spørgsmål om ret, men også om den *magt*, der sættes bag retten. Ret uden magt er tom. Habermas kritiserer sin egen model for at være utilstrækkelig i den forstand at den ikke kan 'stabilisere sig selv' – øjeblikket for statsborgernes gensidige tilkendelse af rettigheder er nødvendigvis en metafor³⁰. Retliggørelsen må derfor udover subjektive handlingsfriheder og borgernes kommunikative frihed desuden forudsætte den politiske magt. Ligesom det forholdt sig med privat og statsborgerlig

²⁹ Ibid., p.164.

³⁰ Ibid., p.166.

autonomi, skal det vise sig, at også ret og politisk magt er lige oprindelige ('gleichursprünglich'). Dette forhold rejser et yderligere legitimeringskrav, der finder udtryk i *retsstatens idé*, hvor magtudfoldelsen og dennes legitimering især har to sider: *Produktion af kommunikativ magt* som forudsætning for legitimiteten af de færdige paragraffers indhold, og *anvendelse af administrativ magt* der legitimt eller illegitimt kan sætte magt bag paragrafferne.

Retsstatens idé

For at de grundrettigheder, der følger af det subjektive rettighedsbegreb og dets korrelater (se modellen af rettighedernes logiske genese i kapitel 2.1), kan konkretiseres som positiv ret, er det en forudsætning, at legitime magtmidler sættes bag rettighederne i form af en organiseret sanktionsmagt. Habermas opregner tre *objektivt retlige implikationer* af det subjektive rettighedsbegreb med følgende funktioner (bemærk analogien til den lockeansk-montesquieu'ske tredeling mellem udøvende, dømmende og lovgivende magt):

- *Opretholdelse af retsfællesskabets selvforståelse* og identitet indadtil og udadtil i form af en central instans med beføjelser til at handle på helhedens vegne.
- *Konkretisering af den individuelle retsbeskyttelse* i form af en statsligt organiseret, men uafhængig og upartisk dømmende magt.
- *Konkretisering af lige deltagerrettigheder* i demokratiske lovgivningsprocesser i form af offentlige forvaltningers embedsorganisation og embedsførelse.

Det er centralt i Habermas' tankegang, at disse magtkrav ikke kan indsættes 'oppefra', men forudsættes af selve retsbegrebet som Habermas fremstiller det. Legitim ret kan således aldrig påberåbes under henvisning til magtkravenes opfyldelse alene. Derimod henviser Habermas igen til diskursprincippet (D), fra hvilket retsstaten afleder en legitimerende *procedure*. Hverken rettens form eller rettighedernes moralske indhold har nogen legitimerende effekt i sig selv³¹. Derimod konstituerer lovgivningen sig som en magt i retsstaten – hverken før, siden eller ved siden af. Ligesom de subjektive friheder i Habermas' læsning blandes eller sammenflettes ('verschränken') med folkesuveræniteten i et gensidighedsforhold, indgår også folkesuveræniteten og statsmagt i et gensidighedsforhold. Forholdet er atter en gentagelse af kongstanken i Habermas' retsfilosofi:

³¹ Habermas henviser desuden indirekte til udviklingsmodellen i hans Durkheim-inspirerede fylogenetiske model for rettens genese, idet han påpeger at det posttraditionelle begrundelsesniveau fordrer en *diskursiv* menings- og viljesdannelse.

Spændingen mellem fakticitet og gyldighed. Spændingen viser sig nu i retsstatens idé som forholdet mellem legitimeret ret (jf. retssystemet) og den politiske magts anvendelse af et trusselspotentiale, der på den ene side håndhæver den legitimerede ret, men samtidig selv autoriseres af denne.

For at forstå Habermas her kan det være tjenligt at tænke på forholdet mellem talehandlingers normative gyldighedsfordringers bindingskraft på den ene side og regulær handlingstvang på den anden side. For eksempelvis at fastholde dig, på konsekvenserne af de gyldighedsfordringer, du nødvendigvis må tilslutte dig i en konkret diskurs' forståelsesorienterede indstilling, selvom du ikke er *strategisk* motiveret for tilslutning, kan jeg blive nødt til at skride til handling og *faktisk* sikre mig, at du handler *gyldigt* – i overensstemmelse med diskursens normative gyldighedsfordringer. Mere konkret: Hvis vi er i ørkenen, og vi har flaske vand, som vi efter en *gyldig* diskurs bliver enige om at dele i morgen tidlig, kan vi hver især *søge faktisk* at sikre os, at den anden overholder aftalen. Dette kan vi for eksempel gøre ved hele tiden at være fysisk til stede ved flasken – vor tilstedeværelse er *et trusselspotentiale, der faktisk håndhæver gyldighed*. Men ligesom trusselspotentialets midler i denne situation – vor respektive fysiske styrke³² eller *magt* – også kan *misbruges* til at overskride den kommunikativt opnåede enighed, hvis jeg for eksempel er dig fysisk overlegen og uden videre tilegner mig flasken, kan også den politiske magts trusselspotentiale misbruges. Magtens faktiske midler, for eksempel den fysiske overlegenhed, kan altså både instrumentaliseres som et værn mod den vilkårlighed, som enhver retsfilosofi³³ søger at ophæve, når den bruges til at håndhæve legitim ret, men samtidig netop også misbruges vilkårligt og dermed uretmæssigt af den der besidder magtmidlerne. Det, der *ikke* lader sig gøre, er at *annullere* magten, da den i så fald ikke ville kunne opfylde den funktion som trusselspotentiale, der er nødvendig for at legitim, uvilkårlig koordinering kan finde sted overhovedet. I stedet må en teoretisk tilfredsstillende retsfilosofi kunne yde en adækvat distinktion mellem legitim og illegitim magt og dennes anvendelse. Dette mål er kernen i Habermas' bestræbelser på at få den gyldigt aftalte *ret* til at spille sammen med *statens* faktiske magtudøvelse i hans rekonstruktion af *retsstatens idé*.

³² Det er naturligvis også muligt selv i denne forenkede situation at være mentalt overlegen og ved list eller overlegen retorik at udfolde et tilsvarende 'magtmisbrug'.

³³ Bemærk at dette både gælder såvel naturfilosofiske, liberalistiske argumentationer som for eksempel Hobbes' i *Leviathan* (1651), hvor menneskers vilkårlige forskelle i mental og fysisk styrke udlignes af suverænen, som fornuftsfilosofiske, republikanske systemer som hos for eksempel Rousseau der vil korrigere naturens vilkårlige uretfærdighed ved 'overenskomst og ret'.

Habermas peger på den italienske retsfilosof Niccoló Machiavelli (1469-1527) som den første, der tænkte statens magtapparat som et emne, der kan instrumentaliseres strategisk uafhængigt af begrundelser. I 'Fyrsten' (1513), hvor Machiavelli beskriver realpolitikens krav til magthavere om at prioritere magtens opretholdelse på bekostning af moralen, indvarsler Machiavelli således fornuftsrettens begreber om samspillet mellem sanktionsmagt og retlig organisation. Knap 150 år senere skelner Hobbes således korrekt mellem regelstruktur og befalingsmagt, men formår ikke at etablere en tilfredsstillende forbindelse mellem de to. Resultatet bliver, at den fornuftige regelstruktur bliver en nøgen ("auf nackte Dezision gegründet") viljes redskab³⁴, mener Habermas. Samme problem, fortsætter han, melder sig igen hos både Kant og Rousseau, der begge på trods af deres indsigt i autonomiens ydelser til en fornuftig regelstruktur ikke formår at etablere en troværdig sammenhæng mellem regelstruktur og folkesuveræn vilje. Habermas' diagnose er igen idéhistorisk, idet han anklager Kant og Rousseau for at arbejde videre på den subjektfilosofiske præmis om et førststatsligt samfund, til hvilket komplekset af ret og politisk magt siden skal have tilsluttet sig. Hvor Habermas' argumentation mod Hobbes primært bygger på den præmis, at Meads ontogenetiske model for individets udvikling af socialkognitive evner afskærer Hobbes' 'naturmennesker' fra overhovedet at *tænke* det retligt integrerede samfund, udsætter Habermas nu Kant og Rousseau for Durkheims fylogenetiske model for rettens udvikling. Komplekset af ret og politisk magt er således ikke indsat 'ude-' eller 'ovenfra' på uvist tidspunkt i menneskets historie. I stedet kan de føres tilbage til et arkaisk grundlag, hvor faktisk social magt samlet hos bestemte personkredse (for eksempel præster eller bestemte familier) sammen med en sakral baggrundskonsensus om anerkendte handlenormer løste de samme opgaver, som ret og politisk magt, det vil sige retsstaten, gør i det moderne samfund: konfliktløsning og fælles viljesdannelse.

Idet han trækker på den amerikanske sociolog Talcott Parsons' begreber om 'patternmaintainance' og 'goal-attainment'³⁵, skelner Habermas mellem to typer opgaver, som komplekset af ret og magt skal løse, for at vi kan interagere i samfund. På den ene side skal konkurrerende interesser udlignes, på den anden side er det nødvendigt at opnå konsensus om hvilke fælles mål eller værdier, der skal virkeliggøres. Hver især giver disse opgaver anledning til to forskellige praktiske principper for mægling og kollektiv viljesdannelse: Forhandling og forståelse. Hvor forhandlingspraksis sigter efter

³⁴ *Faktizität und Geltung*, p.172.

³⁵ T. Parsons, E. Shils, *Toward a General Theory of Action*, New York: Harper & Row, 1951.

at forene forskellige interesser og i overensstemmelse med parternes trusselspotentialer tilbyder løsninger i form af *kompromisser*, er forståelsespraksis orienteret efter *fælles normer og værdier* som finder deres svar hos moralske *autoriteter* (arkaisk: præster) eller beslutningsprocedurer (arkaisk: orakler).

På dette grundlag foreslår Habermas en to-trins model for rettens og den politiske magts lige oprindelighed. På *det første trin* skal man forestille sig at ret, sædvane og moral er samlet i én person – en 'kongelig dommer' der i kraft af sin sociale magt samler konfliktløsningsmidlerne i sin person. Den kongelige dommer er indehaver af det maksimale trusselspotentiale i forbindelse med forhandlingen af ethvert kompromis og besidder samtidig fortolkningsmonopolet i forbindelse med ethvert forståelsesspørgsmål i normative anliggender. Dommerkongen legitimerer sig selv i kraft af sit socialt mobiliserede trusselspotentiale ved en simultan bevægelse, hævder Habermas: I kraft af sin faktiske magt sanktionerer han retten (den sakrale), og som fortolker af samme ret autoriserer han sin magt. Komplekset af ret og politisk magt har således allerede på dette stadie et autoriserende og et sanktionerende element: Den sakrale ret autoriserer den sociale magt og tilfredsstillter således en primitiv forventning om en gyldig begrundelse for magten, mens den sociale magt omvendt sanktionerer den sakrale ret og tilfredsstillter en tilsvarende forestilling om normernes faktiske efterlevelse. Tilsammen konstituerer de to elementer det samlede kompleks af statslig ret og politisk magt, og de er co-originale i den betydning, at de udfylder gensidige funktioner for samme oprindelige sociale magt: Autorisation og sanktion.

På *det andet trin* i modellen institutionaliseres de autoriserende og sanktionerende elementer hver for sig som egentlige rets- og magtkoder, der endelig muliggør et statsligt herredømme i moderne betydning. I overensstemmelse med de to hovedopgaver, produktion af kompromisser og fastlæggelse af mål, har de to koder hver deres *egenfunktion*, og i overensstemmelse med deres co-originale status jf. trin ét har de hver deres kompletterende eller *gensidige funktion* i forhold til den samlede magt. Magtkodens egenfunktion er således at virkeliggøre fælles mål i overensstemmelse med konsensus, mens retskoden stabiliserer handlingsforventninger ved at udligne interesser i form af kompromisser. Samtidig sikrer magtkoden rettens institutionalisering ved sanktioner, mens retskoden til gengæld organiserer det politiske herredømme (og således legitimerer magtens ret til at sanktionere)³⁶.

³⁶ *Faktizität und Geltung*, p.179.

Habermas arbejder sig gennem argumentationen for rets- og magtkodernes gensidige funktioner på et meget vedholdende og overordentligt abstrakt niveau. Hvis man imidlertid trænger tilbage til forestillingen om den konkrete sociale situation, mener jeg, det lader sig gøre at fremstille pointen en anelse mere intuitivt. Rettens og magts gensidige ydelser lader sig således begge begribe som begrundelser, men af to forskellige typer. Hvis jeg således spørger min bøddel: ”hvorfors traffer du mig?”, kan han svare: ”Fordi du har handlet forkert!”. Spørgsmålet om, hvorfor jeg ikke bør handle forkert, kan på den anden side besvares med: ”Fordi ellers bliver du straffet!”. Det første svar har *handlingsautoriserende* karakter – bøddelen retfærdiggør sin magtudøvelse under henvisning til retten. Det andet svar har en *handlingssanktionerende* karakter – retten henviser til magten. Her er det passende at notere sig et ikke uvæsentligt oversættelsesproblem i forbindelse med det andet led titlen i *Faktizität und Geltung*. Habermas’ brug af ’Geltung’ lader sig egentlig ikke oversætte til ’gyldighed’ på dansk³⁷. Derimod må der sondres mellem ’Gültigkeit’ og ’Geltung’, hvor førstnævnte kan oversættes til ’gyldighed’ som det bruges på dansk i for eksempel argumentationsteoretiske eller matematiske sammenhænge. Habermas bruger ’Gültigkeit’ i denne betydning i forbindelse med sine talehandlingsteoretiske overvejelser. ’Geltung’, som Habermas benytter *retsteoretisk* har derimod en *pragmatisk* betydning, der ikke umiddelbart svarer til noget dansk substantiv, jeg kan komme i tanke om. Et bud foreslået af Weigård og Eriksen³⁸ er ’det gældende’. Betydningen er pragmatisk i den forstand, at ’Geltung’ henviser til en *praksis* og derfor ikke nødvendigvis betyder det samme fra dag til dag, da vi som handlende mennesker kan vælge at *andre* praksis. ’Geltung’ forstået som ’gældende ret’ kan således hverken uddeduceres a priori, falde naturligt ned fra himlen eller graves op af jordens indre som et råstof. Og netop på grund af denne flygtighed eller middelbarhed må ’gældende ret’ stabiliseres ved at låne fra en ’faktisk’ magt. Magten må til gengæld låne fra retten for at legitimere eller retfærdiggøre sin anvendelse. Habermas’ retsfilosofiske kategorier, ’fakticitet’ og ’det gældende’, optræder aldrig uafhængigt, men altid kun i kraft af hinanden. Sværdet må henvise til ordet. Ordet til sværdet.

I en moderne kontekst konkretiseres magts kodificering af retten ifølge Habermas i begrebet om *retssikkerhed*. Retssikkerheden er den stabilisering, der muliggør retsadressaternes beregning af deres handlinger. Kravene til retssikkerheden kan i grove træk opregnes som de retsvidenskabelige

³⁷ Indtil dette punkt har jeg dog for nemheds skyld benyttet ’gyldighed’, hvor jeg har refereret til værkets titel.

³⁸ Eriksen, E.O./Weigård, J., *Kommunikativt Demokrati*, København: Reitzel, 2003 (Oslo, 2002).

idealer om *forståelighed* (modsigelsesfrihed), *offentlighed* og *lighed*. I praksis kan jeg således ikke beregne mine eller mine retsfællers handlinger, hvis ikke jeg kan gennemskue om en handling er strafbar eller ikke strafbar (jf. idealet om forståelighed), hvis ikke jeg har kendskab til, hvilke handlinger der er strafbare (jf. idealet om offentlighed), eller hvis ikke jeg kan forvente, at samme handling udløser samme straf, uanset hvem der udfører den (jf. idealet om lighed).

Rettens kodificering af magten i den moderne kontekst skal på den anden side fastlægge *konstitutive regler* for magten ved at fastlægge de kompetencer og procedurer, der er nødvendige for udfærdigelsen af de lovprogrammer, magten siden kan sanktionere. Der er i praksis tale om forfatningsret eller grundlov.

Sekularisering af magten

I den moderne kontekst har fornuften imidlertid truet med at erstatte det sakrale som ressource for retfærdighed netop i ovennævnte betydning af en a priori eller naturlig kilde til retfærdighed. Dette skyldes, at sekulariseringens frigørelse af ret og magt fra de religiøse verdensbilleder samtidig afskar den slagne vej til guddommelig autorisering af magten. Sekulariseringen medførte med andre ord et 'legitimationshul', der efterlod rets- og magtapparatet som et 'tomt' instrument. Forsøg på at lade en fornuftsmoral³⁹ overtage rollen som 'selvautoriserende substitut' afviser Habermas. Han nævner ikke selv argumentet på siderne, men i overensstemmelse med hans model af rettens og magtens co-originale oprindelse i en primitiv social magt må Habermas naturligvis efterlyse en tilsvarende magtfaktor i den moderne kontekst. Svaret er den *kommunikative magt*, der er resultatet af Habermas' eget diskursteoretiske begreb om politisk autonomi. Legitim (eller: moderne autoriseret) ret følger således først af *mobiliseringen af borgernes kommunikative frihed*.

I tilløbet til sin redegørelse for begrebet om kommunikativ magt gør Habermas en del ud af at skelne mellem magt ('Macht') og vold ('Gewalt'). Igen er det danske ordvalg ikke fuldt tilfredsstillende, men bundlinien er, at 'magt' benyttes om magtudfoldelse med retlige konsekvenser, mens vold er mere elementært. Naturretsfilosofien begår således efter Habermas' opfattelse en kategorifejl, når den forudsætter, at individuelle fysiske voldspotentialer kan aggregeres til en suveræn vold, der sidestilles med magt. Habermas refererer i den forbindelse til den tysk-amerikanske filosof Hannah

³⁹ *Faktizität und Geltung*, p.182. Habermas nævner ikke bestemte filosoffer her, men der er næppe tvivl om referencen til i det mindste Kants begreb om den praktiske fornuft, men også både Hobbes naturretsfilosofiske og Lockes kontraktfilosofiske 'fornuftige' argumenter for samfundets orden.

Arendts (1906-1975) magtbegreb, der, i modsætning til Webers forståelse af magtens grundfænomen som individets evne til at modstå en fjendtlig omverden, i stedet definerer magten som potentialet for fælles viljesdannelse i tvangløs kommunikation⁴⁰. Habermas hævder, at netop dette magtbegreb opfylder hans tidligere påstand om den statslige ret og den politiske magts lige oprindelighed. Men i modsætning til den forestillede dommerkonges konkrete personificering af en vilje bag 'urmagten'⁴¹, er den oprindelige kilde til moderne magt og ret helt igennem abstrakt. Habermas skriver:

„...Hanna Arendt sagt, daß sie niemand eigentlich ‚besitzen‘ könne: „Macht entsteht zwischen Menschen, wenn sie zusammen handeln, und sie verschwindet, sobald sie sich wieder zerstreuen“⁴². Nach diesem Modell entspringen Recht und kommunikative Macht gleichursprünglich der „Meinung, auf die sich viele öffentlich geeinigt haben.“⁴³ ⁴⁴

Magt er således ikke blot evnen til handling, men til *fælles* handling. Og i overensstemmelse med Habermas' anti-grundlagstænkning får rettens oprindelige kilde samtidig en flygtig karakter. Den resulterende moderne politiske magt er således en rets-autoriserende kraft. Konkret ytrer denne autorisation sig ifølge Habermas i legitime rettigheder og grundlæggelsen af visse institutioner. Herunder beskyttelse af den politiske frihed, modstand mod repression, revolution og civil ulydighed. Bemærk hvorledes for eksempel den politiske frihed som autoriseret af Habermas' magtbegreb netop får en reflektiv karakter, hvilket både er i overensstemmelse med hans egen model af rettighedernes genese (se 'Rettighedernes genese' i kapitel 2) og samtidig tilfredsstillende påstanden om magt og rets lige oprindelighed og gensidige komplettering.

Habermas konkluderer, at den politiske magt, der følger af dette begreb om kommunikativ magt, ikke kan instrumentaliseres, sådan som han kritiserer de fornuftmoraliske forsøg på at udfylde sekulariseringens legitimationshul for at gøre – magten er nemlig ikke et apparat, der kan betjenes fra et førerhus, men derimod et *potentiale*. Udfoldelsen af dette potentiale sker som *administrativ*

⁴⁰ *Faktizität und Geltung*, p.183. Habermas refererer til Hannah Arendt, *Über die Revolution*, München/Zürich: Piper, 1965, p.96.

⁴¹ 'Urmagt' er *ikke* Habermas' terminologi, men min egen metafor for det kernebegreb (om magt), som statsret og politisk magt ifølge Habermas skylder deres lige oprindelighed.

⁴² Hannah Arendt, *Vita Activa*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1960, p.194.

⁴³ Hannah Arendt, *Über die Revolution*, p.96.

⁴⁴ *Faktizität und Geltung*, p.182f.

magt. Og her kan der måske blive tale om 'Gewalt' – selvom Habermas ikke selv drager denne slutning – i den forstand, at et administrativt system forestår den konkrete gennemførelse af den kommunikative magts vilje. Rettens rolle i forhold til den kommunikative magts vilje og den administrative magts fuldbyrdelse af samme vilje beskriver Habermas således:

„Deshalb schlage ich vor, das Recht als das Medium zu betrachten, über das sich kommunikative Macht in administrative umgesetzt.“⁴⁵

Andre steder benytter han metaforen 'hængselsfunktion' ('scharnier') om retssystemets ydelse i forholdet mellem *magtkilden*, den kommunikative magt, og den administrative magt *konkretisering*. Igen henledes tanken på den overordnede forestilling om retten som et spændingsforhold mellem fakticitet og 'det gældende', hvor 'det gældende' ideelt set til enhver tid bestemmes af den kommunikative magt, men dog må opretholdes eller autoriseres af noget faktisk – den administrative magt.

På dette grundlag formulerer Habermas ideen om retsstaten:

„Ideen om retsstaten lader sig således generelt fortolke som kravet om, at det gennem magtkoden styrede administrative system bindes til den retssættende kommunikative magt og holdes fri af påvirkninger fra den sociale magt forstået som privilegerede interessers faktiske gennemslagskraft.“⁴⁶

Udfordringen er altså, at den konkrete administrative magt ikke må selvstændiggøres som et betjeningsvilligt 'apparat', men derimod løbende skal autoriseres af den kommunikative magt, der i kraft af sin flygtige natur netop ikke lader sig instrumentalisere.

Den kommunikative magts kontingens

Habermas' fortolkning af Hannah Arendts magtbegreb, den kommunikative magt, udfolder sig omkring diskursprincippet (D). (D) kan tillægges to forskellige betydninger i forbindelse med menings- og viljesdannelse. Dels en kognitiv betydning, efter hvilken princippet giver anledning til gyldighedskriteriet 'rationel acceptabilitet' jf. Habermas' talehandlingsteori i *Theorie des kommunikativen Handelns*, dels en praktisk betydning, hvor gyldighed forudsætter 'voldsfri' ('gewaltlos') forståelse eller 'kommunikativ frihed'. Den kognitive dimension er *idealiserende*, idet den forudsætter en forestilling om et ideelt samfund af moralske agenter, og søger svar på spørgsmål

⁴⁵ Ibid., p.187.

⁴⁶ Oversat fra *Faktizität und Geltung*, p.187.

om *moralske* normer og mål. Den praktiske dimension er på den anden side *konkret* og søger svar på *politiske* spørgsmål om normer og mål for det konkrete samfund.

Den væsentlige forskel på sættene af henholdsvis moralske og politiske *normer og mål* er imidlertid, at de politiske svar ikke kan skille sættet ad. Habermas' argument er, at retten, i hvilken de politiske svar konkret udmøntes, ikke, i modsætning til moralen, regulerer alle interaktionssammenhænge som sådan. Derimod udtrykker juridiske regler konkret indhold og teleologiske synspunkter, der knytter sig til kollektive mål under bestemte historiske betingelser og i en bestemt social omverden. Dette betyder ikke, at moralske grunde, der følger af en kognitiv anvendelse af (D) er irrelevante for en politisk viljesdannelse, men de moralske grunde må i overensstemmelse med kollektivets mål suppleres med etiske og pragmatiske grunde. Gennem den politiske magt indgives de konkrete retsnormer således en teleologisk dimension, der adskiller dem fra moralnormer.

Habermas, der i sin moralfilosofi⁴⁷ afviser kommunitarismens ny-aristoteliske ægteskab mellem handlingers rigtighed og det gode liv, insisterer her på, at handlingers 'rigtighed' ikke er en motiverende værdi blandt andre værdier (for eksempel et godt helbred, et lykkeligt ægteskab eller lignende). Mens værdier kan efterstræbes af bestemte personer eller persongrupper, fordi de mener, at de pågældende værdier kan gøre dem lykkelige, gør påstande om 'rigtighed' krav på at være gyldige uafhængigt af deres konsekvenser for den handlende. Værdier rejser således et gyldighedskrav, der er *relativt og konkret*, afhængigt af hvem der spørger, mens påstande om rigtighed rejser *absolutte og idealiserede* gyldighedskrav. I den retsfællesskabelige kontekst udvides spørgsmålet om værdier derfor (i forhold til samme moralske spørgsmål) til at omfatte konkret selvforståelse og interesseudligning: Hvem er deltagerne? Hvordan vil de leve? Hvad er de bedste midler til at indfri disse ønsker? Det andet spørgsmål er et *etisk-politisk* spørgsmål. Det sidste er et *pragmatisk* spørgsmål.

De resulterende reglers gyldighed kan derfor heller ikke adækvat underkastes (D)'s moralsk-kognitive princip om rationel acceptabilitet alene. Gyldigheden af retsregler må derimod tillige underkastes et krav om *social acceptabilitet* – kan/bliver reglerne *faktisk* accepteres/t af adressaterne? Dette er i praksis spørgsmålet om reglernes legitimitet. Retsregler skal ganske vist være i overensstemmelse med moralske begrundelser for at være acceptable, men da retsreglerne er kontekstafhængige må de desuden tilfredsstillende kravene om pragmatiske og etisk-politiske

⁴⁷ Habermas, Jürgen, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983

begrundelser. Habermas definerer på dette grundlag sit begreb om legitimitet. Legitimitet betegner således *forskellen mellem gyldighedskomponenterne i henholdsvis gældende retsreglers og moralske bør-sætningers respektive begrundelser*⁴⁸.

I praksis betyder dette, at kravet til legitime retsregler skærpes således, at de udover at være i overensstemmelse med moralen desuden skal udtrykke: en *autentisk selvforståelse*, en *fair fordeling* af værdier og endelig valg af *målrationalle midler* til opfyldelse af disse mål.

Hvis man sammenligner (deontologisk forståede) moralske påbud med de pligter, der udtrykkes i retsregler, skelner Habermas mellem to forskellige typer rationel motivation, der knytter sig til hver af de to regeltyper. Moralske påbud eller regler er således motiveret af forståelse ('*Einverständnis*') og erkendes kognitivt som pligter, vi *har*, mens retsregler motiveres af forenelighed ('*Vereinbarung*') og som sådan ikke erkendes, men *overtages*. Habermas refererer til sin amerikanske kollega John Rawls' (1921-) skel mellem naturlige pligter ('*natural duties*') og frivillige forpligtelser ('*obligations*')⁴⁹. Habermas finder her bekræftelse for sit skel mellem de af (D) afledte kognitive og praktiske gyldighedsdimensioner for henholdsvis moralske og retlige spørgsmål. Moralske spørgsmål har således en principielt kognitiv karakter, mens retlige spørgsmål har en volitiv karakter. Når den politiske magt diskuterer retlige spørgsmål er det derfor netop under forudsætning af, at en fornuftig *viljesdannelse* har fundet sted og ikke, som i den fornuftfilosofiske tradition Habermas kritiserer, fordi der er gået en praktisk-fornuftig erkendelse forud. Igen: Fornuften *kan* ikke nedkomme med legitime retsregler uden bidrag fra en adækvat magts vilje. Og da den adækvate magts begrundelser for sin vilje kun gælder relativt til tilfældige kontekster, følger det, at den fornuftigt begrundede politiske vilje må forblive kontingent⁵⁰.

Pragmatisk, etisk-politisk og moralsk diskurs

Der er altså tale om to forskellige diskurser, moralsk og politisk, der angår henholdsvis 'alle berørte' og 'bestemte adressater'. Den politiske diskurs deler sig endvidere i to, der på den ene side behandler spørgsmål om mål og midler, på den anden side spørgsmål om en autentisk selvforståelse. Den afgørende forskel på disse tre diskurser er deres respektive brug af bør-sætninger i

⁴⁸ Frit oversat fra *Faktizität und Geltung*, p. 193: 'Der Ausdruck 'Legitimität' für die Gültigkeitskomponente der Rechtsgeltung benennt den in der Dimension der Sollgeltung auftretenden Unterschied zur 'Moralität'.'

⁴⁹ *Faktizität und Geltung*, p.194.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 195.

handlingsanvisende spørgsmål og svar. Habermas hævder at verbet 'at burde' ('sollen') gradvist skifter illokutionær betydning (forpligtende karakter) fra den ene diskurs til den anden.

Pragmatisk diskurs

Spørgsmål om mål og midler katalogiseres således af Habermas som rent pragmatiske spørgsmål i en pragmatisk diskurs. Ud fra værdiorienterede afvejsninger af konkurrerende mål og målrationelle afvejsninger af midler yder denne diskurs *hypotetiske anbefalinger* ud fra forventede årsags-virkningsrelationer. Resultater af den pragmatiske diskurs er således *betingede imperativer*, i den forstand at deres gyldighed afhænger af empirisk viden⁵¹.

Målenes værdi i sig selv vurderes ikke i den pragmatiske diskurs' teknisk-strategiske anbefalinger, og forbliver i den forstand *ydre*. Det er med andre ord aktørernes *muligheder* indenfor givne vilkår og ikke den faktiske virkeliggørelse, der er til diskussion. Habermas konkluderer derfor, at den pragmatiske diskurs *ikke indebærer nogen sammenhæng mellem fornuft og vilje*.

Etisk-politisk diskurs

I den udstrækning værdier problematiseres med spørgsmål om modstridende præferencer og interessemodsigelser overskrides den målrationelle horisont imidlertid. Her begynder den etisk-politiske diskurs, der er karakteriseret ved at behandle eksistentielle spørgsmål i plural – ”Hvilken livsform deler vi? – Hvilke idealer?”. Habermas beskriver denne diskurs som en 'klinisk rådslagning'⁵², hvor plural og singularis, 'vi' og 'jeg', kompletterer hinanden i en fælles *hermeneutisk* historieforståelse- og fortælling. Det etiske spørgsmål, ”hvad er godt for os?”, er karakteristisk for den etiske diskurs.

I modsætning til den pragmatiske diskurs handler den etisk-politiske diskurs' kliniske rådslagning netop om kollektivets vilje og beslutningskraft. Og da selvforståelsens gyldighed eller autenticitet bestemmes i et hermeneutisk samspil mellem argumenter og identitet⁵³, lader dennes genese og gyldighed sig ikke adskille, sådan som det er tilfældet med den pragmatiske diskurs' generering af

⁵¹ En 'værdiorientering' er naturligvis ikke empirisk, men det er spørgsmål om et middels forventelige virkning på forskellige mål/værdier.

⁵² *Faktizität und Geltung*, p.198.

⁵³ ”Hvilke argumenter anerkender vi/jeg? Og hvad siger de, om hvem vi/jeg er?”

målrationalle strategier, der kan testes empirisk. I stedet *bestemmes fornuft og vilje gensidigt* i den etiske diskurs.

Moralsk diskurs

I modsætning det etiske spørgsmål, ”hvad er godt for *os*”, står den moralske diskurs, der spørger ”hvad er godt for *alle*?”. Handlingsanvisende svar på dette spørgsmål har karakter af *kategoriske imperativer*, og Habermas henviser til den universelle ideelle rolleovertagelse beskrevet af G.H. Mead⁵⁴. Spørgsmål om gyldighed i den moralske diskurs er hverken empiriske eller hermeneutiske, men derimod *dekontekstualiserede* og opererer ud fra anonymiserede standardtilfælde. Således afkoblet retter den moralske diskurs sig mod aktørernes autonome vilje. Habermas følger Kants beskrivelse af den praktiske fornuft og skriver, at ”den autonome vilje fuldstændig gennemtrænges af den praktiske fornuft”⁵⁵. Habermas’ egen formulering er, at ”den autonome vilje internaliseres i fornuften”⁵⁶. Pointen er under alle omstændigheder, at *fornuften bestemmer viljen i den moralske diskurs*. Prisen for moralens ’fornuftige vilje’ er imidlertid, noterer Habermas, en svag rationel motivation i den faktiske sociale verden. Og det er netop denne svage motivation, en politisk institutionaliseret lovgivning (der forudsættes at være i overensstemmelse med en moralsk diskurs’ fornuftige ydelser) tjener til at udligne gennem autoriserende sanktioner.

Ifølge Habermas’ analyse af den menings- og viljesdannelse, der producerer den kommunikative magt, ændres konstellationen mellem fornuft og vilje således afhængigt af pragmatisk, etisk eller moralsk perspektiv. Han udtrykker det også sådan, at forarbejdelsen af de informationer, der danner grundlag for den endelige menings- og viljesdannelse gennemløber tre tilsvarende stadier. Det først stadie drager relevant ekspertviden (om vilkårene for opnåelse af mål) i anvendelse. Dette stadie er både fejlbarligt og desuden *værdipotent*. Det andet stadie tager netop højde for værdipotensen og befatter sig med værdiorientering, mens det tredje stadie er en rent abstrakt procedureovervejelse, der har til formål at tilrettelægge en retfærdig lovpraksis. Dette sidste stadie praktiseres ultimativt i forfatningshandlingen, hvor procedureerne afkræves moralsk gyldighed ud fra universaliseringsstandarder, samtidig med at standarder for mere pragmatiske forhandlinger

⁵⁴ Se afsnittet ’Moralens ontogenese’ i kapitel 1.

⁵⁵ *Faktizität und Geltung*, p.202.

⁵⁶ *Ibid.*

acceptabilitet må fastlægges. Ud fra et senere⁵⁷ juridisk aspekt svarer dette stadie til et krav om lovgivningens kohærens eller forfatningskonformitet.

Administrativ magt

Magten har imidlertid to sider. Den kommunikative magt er gennem diskursen kilde til den politiske magt, men denne har også et anvendelses-aspekt. Når først den politiske magt er etableret, skabes, ifølge Habermas (på grund af rettens og den politiske magts gensidige konstituering) en latent mulighed for magtens strategiske instrumentalisering af retten⁵⁸. Ligesom dommerkongen kunne autorisere sig selv i kraft af sit fortolkningsmonopol, kan også en regeringsmagt principielt autorisere sine interesser ved at ændre lovgrundlaget. Retsstatens idé udfolder sig imidlertid netop som en vaccination mod denne latens i form af *de principper efter hvilke legitim ret dannes af kommunikativ magt og denne til gengæld gennem legitim ret omsættes til administrativ magt*⁵⁹. Udgangspunktet for disse retsstatslige principper er for Habermas en diskursteoretisk fortolkning af folkesuverænitetetsprincippet. Denne fortolkning giver igen anledning til yderligere tre principper, således at i alt fire retsstatslige principper tilsammen stækker den politiske magts administrative misbrugspotentiale og derved sikrer magtens legitimitet. De fire principper er⁶⁰:

- Folkesuverænitetetsprincip (diskursteoretisk fortolket).
- (Retligt) Uafhængighedsprincip (=Politisk uafhængige domstole).
- Forvaltningsprincip (forvaltningskontrol – om den udøvende magts politiske uafhængighed).
- Adskillelsesprincip for stat (administrativ magt) og samfund (social magt).

Folkesuverænitet

Habermas lægger først og fremmest til grund, at en diskursteoretisk fortolkning af folkesuverænitetetsprincippet nødvendigvis må konkludere, at al politisk magt afledes af

⁵⁷ Efter forfatningshandlingen – ved senere lovgivning.

⁵⁸ For eksempel hvis et forbigående flertal i diskursen benyttede den opnåede kommunikative magt til at ændre de retlige forudsætninger for videre diskurs. Dette kunne for eksempel ske ved en ændring af retligt fastsatte spærregrænser, valgkredse eller lignende.

⁵⁹ Frit oversat fra *Faktizität und Geltung*, p. 209: "Die Idee des Rechtsstaates läßt sich deshalb anhand der Prinzipien entfalten, nach denen legitimes Recht aus kommunikativer Macht hervorgebracht und diese widerum über legitimes gesteztes Recht in administrative Macht umgesetzt wird".

⁶⁰ *Faktizität und Geltung*, p. 209.

kommunikativ magt. Denne proces afhænger på sin side af en demokratisk procedure, der sikrer fri menings- og viljesdannelse i forbindelse med politiske spørgsmål. Den demokratiske procedure institutionaliseres i praksis som det parlamentariske stedfortræderprincip. Forudsætningen, for at en sådan procedure kan fungere, er på den anden side, dels at de tre omtalte diskurser (pragmatisk, etisk og moralsk) kan udfoldes og derved generere kommunikativ magt, der kan repræsenteres i parlamentet, dels at proceduren angiver acceptable betingelser for en *fair forhandling* mellem de repræsenterede synspunkter. Habermas henviser her til både Kants, engelske John Stuart Mills (1806-1873) og amerikanske John Deweys (1859-1952) diskussioner af politisk pluralitet og publicitet. I Habermas' diskursteoretiske læsning af folkesuverænitetsprincippet samles kravet om fri publicitet i et begreb om retligt garanterede *autonome offentligheder*, hvor de tre diskurser frit kan udfoldes, mens den politiske pluralitet sikres gennem en institutionaliseret *partikonkurrence*. Retsfællesskabet orienterer sig således forståelsesorienteret i de autonome offentligheder (foreninger, aviser, elektroniske medier mv.) og generer således kommunikativ magt, der igen er kilde til samme retsfællesskabs strategisk forhandlede politiske magt.

Uafhængighed

Princippet om domstolenes uafhængighed udleder Habermas fra en *argumentationslogisk arbejdsdeling* mellem den dømmende og den lovgivende magt. Den lovgivende magt, parlamentet, *begrunder* således sine love i overensstemmelse med og under henvisning til den demokratiske procedure. Lovenes *anvendelse* må på den anden side følge princippet om individuel retsbeskyttelse, således at individuelle retskravs gyldighed ikke betinges, af hvilket flertal der tilfældigvis sidder på den politiske magt, men derimod sikres af en uafhængig dommer, der er forpligtet på gældende ret.

Forvaltning

Forvaltningsprincippet står i mere traditionelle termer for den udøvende magts overensstemmelse med loven, eller som Habermas udtrykker det: forvaltningens lovmæssighed. Denne lovmæssigheds 'retning' går direkte fra lovens bogstav til den udøvende magt, således at den administrative magt afskæres fra at instrumentalisere den udøvende magt i strid med demokratisk legitimerede love. Eller på mere jævnt dansk: Militær og politi er den demokratiske lovgivnings tjener og ikke en vilkårlig regerings redskab. Samtidig kan den udøvende magt ikke sætte sig selv i bevægelse, da præmisserne

for dens handlinger ligger i loven og derfor er udenfor den udøvende magts egen kompetence. Habermas udtrykker det således, at forvaltningen ikke selv har kontrol med (’Zugriff auf’) præmisserne for sine beslutninger⁶¹.

Adskillelse af stat og samfund

Adskillelsesprincippet mellem stat og samfund skal endelig ikke læses ’liberalistisk’ som en begrænsning af statens virke til varetagelse af ydre og indre sikkerhed. Adskillelsen skal snarere forstås som et kyskhedsløfte, der skal garantere, at social magt i samfundet ikke korrumpere den kommunikative magt. Social magt kan således på den ene side fremme den statsborgerlige autonomi ved at tilvejebringe nødvendige materielle betingelser for de handlings- og kommunikationsfriheder, der er ressource for produktionen af kommunikativ magt. På den anden side kan social magt misbruges til at skaffe sig uretmæssig indflydelse på den politiske proces med henblik på at fremme egne interesser. Denne sammenblanding er i strid med lighedsprincippet (se afsnittet ’Rettighedernes genese’ i kapitel 2). Dette gælder ikke blot i staten, men også i civilsamfundet, hvor ’socialstrukturelt forankrede magtpotentialer’ ikke må hindre lige deltagelse i de politiske processer⁶².

Habermas kredser i disse fire principper kort sagt om magtens deling mellem en række institutioner, hvor delingen defineres af hver enkelt institutions kompetence. Institutionerne er: Den lovgivende, den dømmende og den udøvende magt, samt den sociale magt. Øvelsen går i grove træk ud på at forhindre invasion eller instrumentering af den administrative magt, der udfolder sig i dommermagt og udøvende magt, fra enten politisk eller social side. Habermas synes at mene, at begge problemer truer rettens legitimitet ved at forstyrre nogle retsfællers dobbeltstatus som forfattere og adressater til retsindholdet. I det første tilfælde trues politiske mindretal i det andet tilfælde negligeres sociale flertal. Faren er et demokratisk ’mandefald’, hvor disse grupper resignerer og ikke længere opfatter retten som legitim.

I Habermas’ mere abstrakte ræsonnement skal ideen om retsstaten virkeliggøres i en forfatningsordning, der tager højde for de fire principper ud fra to aspekter: 1) Institutionalisering af

⁶¹ Ibid., p. 213.

⁶² Ibid., p. 216.

offentlig kommunikativ frihed og 2) regulering af omsættelse af kommunikativ magt til administrativ magt⁶³.

Frihed og magt

Kommunikativ frihed

Institutionaliseringen af den offentlige kommunikative frihed antager forskellige former afhængig af emnet og de tilhørende diskurstyper eller forhandlinger (jf. afsnittet 'Den kommunikative magts kontingens'). Og ligesom det er tilfældet med magtens 'afdelinger' må de forkerte emner, diskurser og forhandlinger ikke sammenblandes.

Således skal *forhandlinger* institutionaliseres med henblik på opnåelse af kompromisser vedrørende regulering af strategiske interaktioner, men må ikke finde anvendelse på moralske eller etiske spørgsmål, da disse i så fald fejlagtigt omdefineres til strategiske spørgsmål.

I *retsproceduren* kan andre diskurser imidlertid godt integreres, således at både pragmatiske, etiske og moralske begrundelser anvendes. Dette forklarer Habermas med, at rettens rolle netop er at råde bod på de almindelige kommunikationsforudsætningers ideelle (og dermed uopfyldelige) karakter⁶⁴ ved at yde en *procedure* for rettidige, utvetydige og bindende beslutninger. Den permanente mulighed for nye informationer eller begrundelser af en hvilken som helst karakter må imidlertid stå åben. Rettens afgørelser er således i sagens natur fejlbarlige, i den udstrækning de ideelle kommunikationsforudsætninger aldrig kan hævdes at være opfyldt, men samtidig endelige i den udstrækning *proceduren* er overholdt, hvilket på den anden side kan kontrolleres uafhængigt. Som eksempel på en procedureretlig regulering nævner Habermas *flertalsbeslutningers* midlertidige karakter i en fortløbende diskussion, hvis legitimering også i forhold til mindretallet kræver både kvalificerede begrundelser og mulighed for omgørelse i tilfælde af senere modargumenter. I den institutionaliserede *demokratiske procedure* finder lovgivningen, konkretiseringen af retsfællesskabets vilje, endelig sted i både forståelses- og forhandlingsprocesser, der vedrører både den pragmatiske, etiske og moralske diskurs. Habermas beskriver den opnåede fællesvilje som hhv. aggregeret, autentisk eller autonom afhængigt af hvilken af de tre diskurser den adresserer.

⁶³ Ibid., p.217.

⁶⁴ Samtlige berørte og fuldt oplyste parters deltagelse etc. jf. (D).

I *repræsentationssystemet* sker der således en 'interessebundtning' og værdigeneralisering i forbindelse med de politiske valg af delegerede. Disse valg må imidlertid ikke forveksles med en delegering af *viljesmagt*. En autentisk selvforståelse kan således ikke udfoldes repræsentativt – uden alles deltagelse, hvorfor repræsentantskabet eller parlamentet stedse må være åbne for den offentlige selvforståelsediskurs. Det samme gælder moralske diskurser, der ikke blot forudsætter alle konkrete medlemmers bidrag, men alle *tænelige* moralske perspektiver uafhængigt af interesser. I modsætning til det etiske og det moralske perspektiv har kun valghandlingens pragmatiske perspektiv en egentlig viljesaggregerende funktion, hvor repræsentanter ikke blot vælges som deltagere i åbne *diskurser*, men som delegerede forhandlere af *kompromisser*.

På grundlag af denne overvejelse af forholdet mellem vælgere og repræsentanter i valghandlingen distancerer Habermas sig til *plebejeriske* og *repræsentative* demokratiforståelser, der vil reservere den offentlige diskussion til parlamentet. Habermas citerer Karl Marx for en lille retorisk *reductio*: "... , hvorledes skulle flertallet udenfor parlamentet ikke ville beslutte noget?"⁶⁵.

Frem for 'konkretistiske' forestillinger om en repræsentation af folket som entitet må sammenhængen mellem institutionaliseret og uformel meningsdannelse derfor forstås *strukturalistisk*, mener Habermas. Almenviljen eller interessen er således ikke noget, som en udvalgt skare kan 'finde frem' og påberåbe sig, men derimod kun fikseret af den demokratiske procedure, hvis mening er fastlagt i retssystemet. Med dette synspunkt vender Habermas så at sige tilbage til udgangspunktet, hvor folkesuverænitetetsprincippet danner gensidig forudsætning med menneskerettighedsprincippet – demokratiet kan aldrig sætte autonomien, i dette tilfælde den fri menings- og viljesdannelse, ud af kraft, men må netop altid lytte til den. Den institutionaliserede offentlige kommunikative frihed i form af parlamentariske institutioner kan aldrig lukke ørene for offentligheden uden risiko for at sætte sin egen legitimitet over styr.

Fra kommunikativ til administrativ magt

Omsættelsen af kommunikativ magt til administrativ magt indebærer en distribution af den kommunikative magt i overensstemmelse med magtdelingen (af den administrative magt). Traditionelt forklares magtdelingen med differentierede *funktioner*. Den lovgivende magt begrunder og forkaster således lovprogrammer; Den dømmende magt løser konflikter ud fra lovgrundlaget;

⁶⁵ K. Marx, *Der 18. Brumaire des Louis Napoleon*, Berlin 1953 – Oversat fra citat i *Faktizität und Geltung*, p. 227.

Den udøvende magt implementerer lovene. Denne fremstilling er imidlertid en misforståelse og kan ikke tilfredsstille retssubjekternes forfatter/adressat perspektiv, mener Habermas. Forklaringen er, som nævnt ovenfor, at selvom magten er delt, er dette ikke i sig selv garanti for, at institutionerne ikke instrumenteres illegitimt – således at der ikke længere er identitet mellem forfattere og adressater.

Et eksempel på en sådan tankegang er det, Habermas kalder 'det liberale lovbegreb'⁶⁶. Her, som alle andre steder i *Faktizität und Geltung* hvor Habermas referer til liberale synspunkter, peger han igen på den 'misforståede modsætning' mellem menneskerettigheder og folkesuverænit, der ifølge Habermas hverken kan overvindes fra den ene eller den anden side. Den liberale positions forsøg på en sådan overvindelse er en grundlagstænkning eller fundamentalisme, der tildeler menneskerettighederne en primær status som et naturligt foreliggende normgrundlag allerede inden den folkesuveræne eller demokratiske samfundsorden. Resultatet er, med Habermas' egne ord, en 'subsumptionslogisk' læsning af magtdivisionen⁶⁷, hvor den lovgivende og den udøvende magt reduceres til speciallæsninger af forfatningen, hvis indhold netop idealiseres som et alment normindhold – en *grundlov*.

Først en ret forståelse af begrebsparret 'menneskerettigheder' og 'folkesuverænit' leder imidlertid i sidste ende til et adækvat og dermed legitimt begreb om magtdivisionen, der kan tilfredsstille kravet om identitet mellem lovens forfattere og adressater i retsfællesskabet. Og pointen er, at denne forståelse skal være *procedural* og ikke *semantisk*. Dette er kernen i Habermas hængselsmetafor for lovens funktion. Hans afvisning af en funktionel differentiering af magtdivisionen gælder således kun en sådan differentiering, der vil definere funktionerne som tjenere for en allerede afklaret semantisk overvejelse om hvilke normer, funktionerne skal tjene. Nej, siger Habermas, indholdet fastlægges først i diskursen og er på grund af kommunikationsforudsætningernes ideelle karakter *altid* middelbart og fejlbarligt. Det eneste, der således ligger fast, er Habermas' taksonomier for diskurser, forhandlinger og tilhørende begrundelsestyper. En forfatning indeholder derfor ideelt betragtet intet 'menneskerettighedsagtigt' normgrundlag, men derimod blot *principper og betingelser for lovgivningsprocessen*⁶⁸. Habermas citerer blandt andet professor i politisk teori og idéhistorie ved

⁶⁶ *Faktizität und Geltung*, p. 233.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*, p. 232.

universitet i Frankfurt a.M. Ingeborg Maus (1937-) for en illustrativ formulering af den demokratiske lovs paradoksale karakter:

„Den demokratiske lov er således kendetegnet ved ,kombinationen af retsafgørelses indholdsmæssige vilkårlighed med deres procedurale forudsætningers uvilkårlighed’⁶⁹.

En diskursteoretisk differentiering som udgangspunkt for magtdelingen leder derfor til den konklusion, at love omsætter kommunikativ magt til administrativ magt i kraft af en demokratisk procedure (for den lovgivende magt) ved lovproduktionen, en retsbeskyttelse sikret ved upartiske begrundelser (uafhængig dømmende magt) og en frakendelse af normative begrundelser i forvaltningen (den udøvende magt). Normative begrundelser tilfalder altså alene lovgivning og - anvendelse, men ikke fuldbyrdelse.

- Den lovgivende magt har således uindskrænket adgang til både normative og pragmatiske begrundelser, men altid kun indenfor rammene af en demokratisk procedure.
- Den dømmende magt har begrænset adgang til samme begrundelser, men altid kun under iagttagelse af konsistens og kohærens indenfor retssystemet.
- Den udøvende magt har endelig ingen adgang til normative begrundelser, men må alene begrunde sin udfoldelse målrationelt relativt til de mål, der følger af lovenes teleologiske indhold.

Under disse forudsætninger er den konkrete retsstats legitimitet, opretholdelsen af forfatter-adressat perspektivet, herefter betinget af, at retten bestemmer det politiske magtkredsløbs retning, således at den kommunikative magt vedbliver at være den ultimative kilde til de konkrete loves *semantiske*⁷⁰ indhold.

Kapitel 4 - Habermas' model

Habermas' vægt på det gensidige forhold mellem ret og retssubjekter lægger en reflektiv kurs. Tilsvarende lader hans kritik af både naturretsfilosofi og fornuftsfilosofi sig villigt omskrive til en kritik af rent dynamiske retsbegreber. Dette er for eksempel tydeligt, når han citerer Michelmans

⁶⁹ Oversat fra *Faktizität und Geltung*, p. 232, Habermas citerer inde i citatet fra I. Maus, *Zur Theorie der institutionalisierung bei Kant* i: G. Göhler u.a. (Hg) *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch*, Opladen: Westdeutschen Verlag, 1990.

⁷⁰ Og altså jf. I. Maus-citatet *vilkårlige*.

ironiserende analogi mellem rettigheder og våben - rettigheder *kan* ikke betjenes af et individ i et rent dynamisk forhold til omverdenen⁷¹.

Modellen bygger derimod på den idealtypiske antagelse, at ret og magt udgør et kompleks. Derfor kan retten ganske vist betragtes som et selvstændigt aspekt, men et adækvat begreb om ret forudsætter et adækvat begreb om magt. Først tilsammen udtrykker de to en meningsfuld model: Retsstatens idé.

Betragtes retten for sig gælder det, at demokratiske retsnormer i praksis bestemmes ved hjælp af diskursprincippet, (D), appliceret på det konkrete fællesskabs *forenelige begrundelser*. (D)'s moralske ydelser, der kan katalogisere grupper med *samme begrundelser*, er kategorialt forskellige fra de retlige ydelser. Princippet om forenelige begrundelser afleder de demokratisk forbundne individers gensidige tilkendelse af grundrettigheder i fem kategorier⁷²:

1. Klassiske frihedsrettigheder
2. Statsborgerlige beskyttelsesrettigheder
3. Juridiske procedurerettigheder
4. Politiske rettigheder
5. Velfærdsrettigheder

Skemaet er 'tomt' indtil borgerne aktiverer dem selv som forfattere til deres egne rettigheder. Det refleksive forhold mellem retssubjekter og forfatning indebærer, at individet i det demokratiske fællesskab på én gang regulerer og frigør sig selv. Derfor mener Habermas, at hans model forener subjektiv og objektiv ret. Legitimitet i Habermas' model af retten (uden magt) betinges altså ideelt set af en fornuftig refleksiv struktur, der især bygger på et princip om alle relevante subjekters forenelige begrundelser.

For at virkeliggøre denne legitime ret i en dynamisk social virkelighed, hvor én begrundelse gerne ekskluderer en anden, forudsættes imidlertid et adækvat begreb om en politisk magt, der kan sanktionere og sætte vilje bag indholdet af de forenelige rettigheder som *retssikkerhed*, og som

⁷¹ Bemærk at dette ikke udelukker, at to individer, der begge er medlemmer af samme refleksive retsfællesskab og derved tilkender sig selv og hinanden samme rettigheder, kan opleve en interessekonflikt som en dynamisk konflikt mellem deres delte rettigheder. Dynamikken udfolder sig imidlertid på refleksive præmisser: De gensidigt tilkendte rettigheder. Uden disse har uoverensstemmelsen ingen genstand.

⁷² Her har jeg benyttet Eriksen og Weigårds 'slagordsversion' af Habermas' demokratiske grundrettigheder i Eriksen og Weigård, *Kommunikativt Demokrati*, p. 227.

sådan kodificerer den politiske magt retten. Legitim politisk magt kodificeres omvendt af retten gennem forfatningen.

Den politiske magt afledes af den kommunikative magt, der på én gang er betinget af begrebet om politiske rettigheder, men samtidig er karakteriseret ved ikke at lade sig instrumentere. I retsstaten må derfor skelnes mellem den kontingente (kontekstbestemte) kommunikative magt, og den administrative magt, der *uvilkårligt* håndhæver de politisk bestemte rettigheder - som et 'hængsel'.

Den kommunikative magts kontingens skelnes desuden fra den sociale magts dynamiske forskrifter - den kommunikative magt har principielt ikke et bestemt subjekt, mens social magt altid har et bestemt subjekt. Forudsætningen, for at den kommunikative magts viljesdannelse kan betegnes som adækvat, er særligt den etisk-politiske diskurs, der forener fornuft og vilje.

Samlet set 'virker' modellen legitimerende ved strukturelt at afskære den sociale magts dynamik, samfundets særinteresserede viljer, fra at instrumentere lovens udfærdigelse, fortolkning og håndhævelse, samtidig med at retsfællernes 'ustyrlige', men ideelt set diskursivt begrundede, vilje sætter magt bag retten. Den demokratiske procedure sikrer endelig, at der trods diskursens ideelle forudsætnings uopfyldelighed dannes en vilje, der kan træffe beslutninger. Demokratiet beskrives således som en ideel *fornuftig struktur*, der først får sit lovindhold, de konkrete rettigheder, når den kommunikative magts *kontekstfølsomme vilje* aktiveres. Heri ligger modellens procedurale (i st.f. semantiske) forståelse af forholdet mellem demokrati og rettigheder: rettigheder har ganske vist en semantik, men den er kontingent-dynamisk⁷³ og giver kun mening under forudsætning af en fornuftig-refleksiv procedure, ligesom proceduren omvendt er tom uden kontekstens vilje.

Forholdet mellem refleks og dynamik i Habermas' model er således karakteriseret ved at være komplementært svarende til forholdet mellem fornuft og vilje - handlesystemer kræver begge dele. Retsstaten består derfor af et struktureret forhold mellem refleksiv fornuft og dynamisk vilje. Rettens opgave i retsstaten er at formidle upartisk mellem de to i overensstemmelse med (D). Legitimitet er således et spørgsmål om det *rette* forhold mellem refleks og dynamik i den konkrete kontekst.

⁷³ Men uden bestemt subjekt, som det er tilfældet med den sociale magts semantik.

Dynamiske modeller

Hensigten med kapitlerne 5-10 er at indfri problemformuleringens idéhistoriske del. Hver enkelt model fremstilles således med henblik på at forstå den pågældende retsfilosof ud fra begreberne om refleks og dynamik. Det er værd at understrege, at den kronologi fra dynamik mod refleks og fra kombination til integration, som udvalget antyder, kan være tilfældig - jeg har ikke læst *al* moderne retsfilosofi. Det har også været nødvendigt at prioritere af hensyn til pladsen, og derfor repræsenterer Locke angelsaksisk naturret på bekostning af Hobbes. Endelig er det en bemærkning værd, at ingen af modellerne forudsættes at være hverken 'rent' dynamiske eller refleksive, kombinerede eller integrerede. Opdelingerne er snarere en opdeling i teoretiske tendenser.

Kapitel 5 - Machiavelli

Habermas nævner kun Machiavelli (1469-1527) ganske flygtigt i *Faktizät und Geltung*, men årsagen er den samme som her: At Machiavelli er den første til at tænke på staten som et emne, der kan instrumentaliseres strategisk. Habermas omtaler selv sit projekt som en 'rekonstruktion af det moderne', og i en politisk- retsfilosofisk sammenhæng er det svært at komme uden om, at Machiavellis tankegang netop er det mest iøjnefaldende varsel om det modernes indtog: Politik er i *Fyrsten* realpolitik ført af mennesker og ikke udfoldelsen af højere magters vilje med mennesket. Den verdslige magt reducerer tværtimod kirken til et instrument, der kan integrere undersåtterne som ét folk, så de kan kontrolleres med én hånd. Den posthumt udgivne *Discorsi* rummer blandt andet dette eksempel:

„Gennemgår man de utallige bedrifter, som romerfolket i sin helhed og mange enkelte romere hver for sig udrettede, vil man se, at romerne nærede en større frygt for at bryde en ed end for at bryde lovene, for de ærede Guds magt højere end menneskenes. [...] Studerer man opmærksomt den romerske historie, vil man se, hvilken overordentlig betydning religionen havde med hensyn til at sende hærene i krig, holde plebejerne samlede, styrke de gode og bringe skam over de slette”⁷⁴. Religionens autoritet lader sig her instrumentere af den verdslige magt med henblik på at styre folket. Denne realpolitiske grundpræmis placerer først som sidst Machiavelli som overvejende dynamisk: Ret er grundliggende magt til at styre.

⁷⁴ Machiavelli, Nicoló: *Drøftelser (Discorsi)*, Hasselager: Helikon, 2004 (1531), bog 1, 11, p. 82.

I øvrigt er det interessant, at de to tænkere har et metodisk træk til fælles – rekonstruktionen. Hvor Habermas i en balance mellem sociologi og filosofi vil rekonstruere den moderne stat som en idé, der integrerer empiriske humanvidenskabers indsigter, vil Machiavelli belært af historiens mest ’vellykkede’ civilisationer, særligt Romerriget og Sparta, ud-destillere den idealtypiske indretning, der karakteriserer det velfungerende (rets-) samfund.

Borgerdyd og patriotisme

Machiavellis udgangspunkt er, at det er nødvendigt for at stabilisere republikken at holde menneskets naturlige ondskab (moderne: rationelle egoisme) i ave ved at fremme *virtu*, der er en slags borgerdyd. Machiavelli skelner her mellem fælles mål og egne mål, hvor de fælles mål, der knytter sig til medlemskabet af et retsfællesskab, betegnes som dydige. Dyderne konkretiseres blandt andet i uddannelse og værnepligt.

I modsætning til budskabet i *Fyrsten* skal ’virtu’ nemlig, i følge *Discorsi*, ikke blot besiddes af en lederskikkelse, men af folket som helhed. ’Virtu’, forstået som evnen eller villigheden til at prioritere mål over midler, er således et krav til alle i Machiavellis vision om den sunde republik, og ikke blot en betegnelse for den realpolitiske leders målrationelle og moralsk indifferente kald til at ’rette bager for smed’⁷⁵. ’Virtu’ er derimod den enkelte borgers evne til at ’sætte sig ud over sig selv’ - viljen til at bringe et personligt offer som middel for det fælles mål. Machiavelli tillægger her elementær patriotisme en væsentlig motiverende værdi, og han skriver, at enhver må være indstillet på “at fremme ikke blot hans egne interesser, men det generelle gode, ikke blot hans egen eftertid, men det fælles fædreland”⁷⁶.

Machiavellis vægt på borgerdyden går således igen både som republikkens internt integrerende motiv, men også som republikkens strategi mod den ydre destabiliserende trussel, der foreligger i konkurrenceforholdet til andre stater. Modstandere skal måles på ’virtu’ og ikke på guld, og det er således en hærs dedikation til sit formål, og ikke dens materielle midler, der gør den sejrrig. ’Virtu’ er altafgørende i militære såvel som i civile sammenhænge - mod ydre såvel som indre destabilisering.

⁷⁵ I *Fyrsten* anbefaler Machiavelli faktisk at henrette uskyldige, som i digtet *Bageren og Smeden* af danske Johan Herman Wessel (1742-1785) om et landsbysamfund der beslutter at henrette én af deres to bagere i stedet for den forbryderiske smed, da de dårligt kan undvære smeden, men gerne den ene bager.

⁷⁶ *Drøftelser*, bog 1, 11, p. 62.

“Krig føres med stål og ikke med guld”⁷⁷.

Med ‘stål’ skriver Machiavelli, men den dybere mening synes at være med ‘overindividuel vilje’, ‘virtu’ eller ‘borgerdyd’.

Rettighed og frihed

I modsætning til den elementære top-down ledelse, der kan udledes af *Fyrsten*, taler Machiavelli i *Discorsi* i tydelige vendinger for forskellige former for valg og repræsentation eller måske ligefrem folkesuverænitet.

“Man ser, at to duelige herskere, der følger umiddelbart efter hinanden, som Philip af Makedonien og Alexander den Store, var i stand til at erobre verden. Det samme må en republik kunne gøre, for den har mulighed for at vælge ikke bare to, men en lang række af særdeles duelige førere. En sådan række af duelige førere vil altid være at finde i enhver velordnet republik”⁷⁸.

Under forudsætning af, at vælgerkorpset er fuldt informeret om alle relevante egenskaber ved kandidaterne og desuden ikke er korrumpet, fastslår Machiavelli endog, at folkets dømmekraft i valget af embedspersoner er mindre fejlbarlig end fyrsters.

“Når folkene i valget af borgere til de offentlige myndigheder altså dømmer efter de sikreste oplysninger, man kan have om mennesker, og når de kan blive rådgivet på samme måde som fyrsterne, tager de mindre fejl end fyrsterne”⁷⁹.

Selvom folket altså med fordel kan forføres religiøst, og Machiavelli derfor dårligt kan gøres til talsmand for egentlig folkesuverænitet, er hans synspunkt altså alligevel, at fri valghandlinger er en *effektiv* beslutningsprocedure for staten.

Som et af de mest principielle lighedstræk mellem Machiavellis synspunkter i *Discorsi* og senere republikanske modeller, anser Machiavelli det desuden for nødvendigt at sikre friheden i loven.

“For dem, som har forstået at give en republik en forfatning, har en af de mest nødvendige opgaver været at træffe foranstaltninger til at værne om friheden, thi deraf afhænger det, om den borgerlige frihed er af kortere eller længere varighed”⁸⁰.

⁷⁷ Skinner, Q, *Machiavelli*, New York: Oxford University Press, 2000 (1981), p. 86.

⁷⁸ *Drøftelser*, bog 1, 20, p. 105.

⁷⁹ *Ibid.*, bog 3, 34, p. 386.

⁸⁰ *Ibid.*, bog 1, 5, p. 61.

Det er nærliggende at konkludere, at Machiavelli antager, at friheden og den republikanske ret er gensidige ressourcer: Loven sikrer friheden, og friheden sikrer en vedvarende fornuftig anvendelse af loven. Som sådan kommer friheden til at fremstå som et mål i sig selv for republikken.

Den britiske forfatter til den politiske idéhistories meget udbredte kanon *The Foundations of Political Thought*, Quentin Skinner, beskriver ligefrem den sene Machiavelli som en 'frihedens teoretiker', der bekender sig til folkeligt selvstyre i form af republikker frem for fyrstedømmer, ligesom det er fremme af de almene goder frem for de individuelle, der 'gør byer store'.

Rationalet 'storhed' er et magtrationale, men frihed og retfærdighed har i følge Machiavelli alligevel først fået mening, efter menneskene besluttede at regulere samfundet ved „... at indføre love og straffe dem, der brød dem. Heraf opstod kendskabet til retfærdigheden”⁸¹.

Machiavelli er således retspositivist og republikaner i den forstand, at både rettigheder og frihed først indføres ved lov.

Rettens struktur

Machiavellis forfatning giver således statsmagten mandat til at herske, men mandatet kan ikke bruges til at indskrænke friheden, der netop forudsættes i begrebet om forfatningen. Denne begrænsning gælder både de mål, statsmagten legitimt kan sætte sig, men også helt konkret den tid magthaverne kan råde over magten:

„...når det er blevet sagt, at en magt, tildelt gennem frie valg, aldrig har skadet en republik, så forudsættes det, at et folk kun tildeler den med de nødvendige begrænsninger og for et passende tidsrum”⁸².

Machiavelli lægger således en strukturel dæmper på regeringsmagten ved at insistere på begrænsende procedurer. Korruptionen lurker kort sagt overalt, hvor der er magt, og derfor må også magtfulde embeder reguleres, for at undgå at loyaliteten mod almenvellet, 'virtu', forvrænges til loyalitet mod enkeltpersoner. Cæsars langvarige militære kommando er et eksempel på en persons overtagelse af et embedes anseelse, og Machiavelli anbefaler, at besiddelsen af magtfulde positioner begrænses med hensyn til konkrete opgaver og varighed.

Machiavelli skelner i denne forbindelse 'legge' fra 'ordini', hvor førstnævnte betegner love i almindelighed, mens 'ordini' betegner forfatningen, der regulerer magten. Magthaverens lovgivende

⁸¹ Ibid., bog 1, 2, p. 53.

beføjelser indskrænkes således under normale omstændigheder til 'legge', mens forfatningen tildeles en autoritet, der overskrider andre politiske institutioner. Ganske vist mener Machiavelli, at det er nødvendigt at justere forfatningen fra tid til anden, men den tilfældige politiske magthaver i republikken bør altså afskæres fra blot at ændre lovgrundlaget efter forgodtbefindende. Skellet mellem 'legge' og 'ordini' er altså ligesom tidsbegrænsningen af magtembederne motiveret af et ønske om at lægge en dæmper på magten. Ligesom Habermas frygter Machiavelli magtens strategiske instrumentaliserings af retten⁸³.

Hos Machiavelli er der således grundlag for en retskritik, der i givet fald kan gøre gældende, at lovgiverens love er forfatningsstridige og derfor ugyldige. Så selvom Machiavelli også har mere kontroversielle synspunkter, der blandt andet anerkender muligheden af en vidtrækkende undtagelsestilstand, er hans udgangspunkt for en sund republik ikke desto mindre, at forfatningen er højeste autoritet.

„I en republik bør der aldrig kunne indtræffe noget, som nødvendiggør, at der skal regeres med ulovlige midler, for selv om også ulovlige midler én enkelt gang gør nytte, så gør eksemplet dog skade“⁸⁴.

Henvisningen til eksemplets magt understreger igen Machiavellis vægt på loyalitet. Kravene om legitimering og magtkontrol viser således hele tiden tilbage til virtu, og Machiavellis konkrete forslag til en forfatning for Firenze indeholdt en række konkrete magtbegrænsende kontrolelementer såsom vetoregler, lovgivningsforsinkelse, og retskritiske procedurer.

Den sociale magt, kan imidlertid ikke reguleres på samme måde, og her går Machiavelli pragmatisk til værks. Rige individer, der med velgørenhed forsøger at konkurrere med staten om retssubjekternes loyalitet, skal imødegås, ved at lade staten besidde tilstrækkelig rigdom (og lade borgerne være tilstrækkeligt fattige), til at staten kan overbyde velgørenheden.

Fornyelse af forfatningen

I praksis mente Machiavelli, at selv den fortræffeligste forfatning til stadighed måtte udfordres for ikke at forfalde til korrupsion.

⁸² Ibid., bog 1, 35, p. 130.

⁸³ Se afsnittet 'Administrativ magt' i kapitel 3.

⁸⁴ *Drøftelser*, bog 1, 34, p. 129.

“Det er mere end lysende klart, at hvis disse organismer [stater] ikke fornyer sig, varer de ikke ved. Måden at forny dem på er som nævnt at føre dem tilbage til deres oprindelige tilstand”⁸⁵.

Så selv om Machiavelli mente, at forfatninger nødvendigvis er enmandsværker, var hans syn på forfatningen pragmatisk snarere end fundamentalistisk. Den sunde forfatning tænkes ikke givet én gang for alle, men udviser netop et sundhedstræk ved sin evne for løbende evaluering under indtryk af omstændigheder.

Republikkens ‘virtu’ kan nemlig ikke opretholde sig selv, men må bistås af skæbnen, ‘Fortuna’, i form af en første lovgiver, som massernes ‘virtu’ heller ikke kan frembringe ved egen kraft - én mand må grundlægge republikken. Også regerende individer må derfor udøve ‘virtu’ og sætte generelle goder over individuelle interesser - for eksempel deres egen interesse i magten - med henblik på at vedligeholde massernes ‘virtu’ og engagement. Men eftersom Machiavelli samtidig antager, at det enkelte menneskes naturlige egoisme som udgangspunkt blot forstærkes af succes (at magten korrumpere), kan han ikke umiddelbart forklare, hvorledes en republik kan undgå at korrumpere og forfalde. I følge Skinners læsning er hovedspørgsmålet i Discorsi derfor netop, hvorledes massernes ‘virtu’ etableres og fastholdes på trods af den permanente tendens til korrupsion.

En egentlig løsning på forholdet mellem præmissen om succesens korrupsion af individet på den ene side og republikkens fortsatte dydighed på den anden finder Machiavelli ikke. Men i tredje diskurs udfolder han alligevel en teori, om hvorledes problemet kan holdes ‘i skak’. Skæbnen, Fortuna, forsyner nemlig republikken med ledere (monologiske forfattere), der udviser ‘virtu’. Strategien indebærer således, at personlig ‘virtu’ skal bidrage til statens højere, overindividuelle mål ved den dydige leders stadige reovering eller fornyelse af loven. Håbet er, at republikkens frihed kan fastholdes, hvis sådanne ledere “ville reovere dens love og ikke blot standse dens udvikling mod ødelæggelse, men trække den baglæns”⁸⁶.

På den ene side er synspunktet parallelt til *Fyrsten*, idet den dydige leder virker både ved det gode eksempel og (især) gennem regulær afskrækning. Dyderne er særligt fraværet af misundelse, det personlige mod i form af patriotisk offervilje, politisk-historisk indsigt og endelig permanent vagtsomhed. På den anden side overskrider argumentationen i Discorsi klart *Fyrsten*'s program, idet

⁸⁵ Ibid., bog 3, 1, p. 289.

⁸⁶ Ibid, p. 66.

Machiavelli i *Discorsi* lægger vægt på organisation. I første diskurs kapitel 1 hævder Machiavelli således, at det er den gode organisation, der skal tvinge folket til gennem 'virtu' at opretholde dets frihed. Tanken henledes uvægerligt på Rousseaus paradoksale og karakteristisk republikanske formulering, om at 'folket skal tvinges til frihed'⁸⁷. Machiavelli henviser igen til Roms eksempel og udpeger romerrigets generelle talent for organisation, etablering af institutioner og den romerske forfatning. Machiavellis forfatning er at betragte som en institution, hvis højere formål skal være at sikre 'virtu', forebygge korrupsion og derved blandt andet fremelske nye forfatteremner i befolkningen.

I denne sammenhæng er det en bemærkning værd, at Machiavelli anså sammenslutninger i forskellige menings- eller interessefællesskaber som et gode for republikken snarere end som ondartede sammensværgelser. Til sammenligning var den almindelige opfattelse i samtiden, at modsætninger var nedbrydende og burde undertrykkes.

Som endnu et 'mobiliserende' motiv til fornyelse af republikken lægger Machiavelli endelig vægt på det meritokratiske princip, at enhver skal have adgang til at bestride embeder i republikken efter evne og fortjeneste. Virtu skal kunne betale sig⁸⁸.

Machiavellis model

Machiavellis model, både i *Fyrsten* og *Discorsi*, er karakteristisk ved at have sin egen opretholdelse som mål, og derfor kan begge værker læses real- eller sikkerhedspolitisk. Machiavelli forstår således i udgangspunktet retsfilosofien i dynamiske termer: Det handler om at bevare magten trods indre og ydre tendenser til hhv. korrupsion og invasion, og som den væsentligste dynamiske præmis kan magtapparatet instrumenteres fra 'toppen'.

Den organisatoriske løsning indebærer imidlertid refleksive elementer, hvis højeste princip er mobilisering ved hjælp af virtu. Et godt eksempel er meritokratiet, der absorberer og nyttiggør dynamik fra ambitiøse og potentielt utilfredse borgere ved at belønne virtu. Virtu er således på én gang altruistisk, samtidig med at det både kan betales og betale sig. Åbne embeder kan derfor, ligesom tilslutningen til fri partidannelse, læses som et institutionaliseret møde mellem dynamik og

⁸⁷ Rousseau, Jean-Jacques, *Samfundspagten*, indl. V. Mihail Larsen, København: Rhodos, 1987 (1762), p. 88.

⁸⁸ Her er faktisk et sammenligningspunkt med Habermas, der lægger vægt på, at borgerne skal kunne 'opleve' værdien af deres borgerrettigheder.

refleks. Organisatorisk har Machiavellis model således en refleksiv side trods hans dynamiske forskrifter. De strukturerende principper, 'ordini', indebærer særligt:

- én eller anden form for repræsentativt folkestyre
- konkret frihed (f.eks. i form af meritokratisk embedsstruktur og fri partidannelse)
- permanent forfatningsproces (i modsætning til permanent grundlov)
- forfatningssikrede og -definerede rettigheder
- magtkontrol og/eller -begrænsning

Da Machiavelli (også i følge Skinners læsning) argumenterer for, at alle disse organisatoriske træk på én gang er følger af og forudsætninger for retssubjekternes virtu og dermed den konkrete models bæredygtighed, lægger han unægtelig stor vægt på én eller anden form for feedback mellem ret og retssubjekt. Men hvor ligger hovedvægten? På modellens beboelighed eller på dens bæredygtighed? Machiavellis betragtninger om statens konkrete overbudspolitik i kampen mod korruptionen er et eksempel på, at feedback hos Machiavelli i høj grad er 'sociologisk dynamik' frem for 'filosofisk refleks' - et spørgsmål om adfærdsregulering. Andre konkrete eksempler er republikkens instrumentelle forhold til religionen og borgerens frygtbetingede offervilje.

Kapitel 6 - Locke

Det ville være en skam at sige, at John Lockes synspunkter i *Anden Afhandling (An Essay concerning the true and original, extent and end of civil government, 1690)*, tyder på, at han overhovedet har læst Machiavelli, men det kan han dårligt have undgået. Fraværet af Machiavelli-referencer skyldes derfor snarere, at han har fundet synet på religion og moral så anstødeligt, at han har tilsluttet sig den almindelige fordømmelse og kasseret hele forfatterskabet. For Locke kan hverken religion eller moral nemlig tænkes at være instrumenter for magten, sådan som Machiavelli foreslår, men er derimod højere forbundne sandheder, som magtudøvelsen må bringe sig i overensstemmelse med for at være legitim. På dette punkt kan to retsfilosofiske positioner dårligt blive mere modsatrettede end Lockes og Machiavellis, selvom de også deler centrale antagelser. En væsentlig forskel på de to tænkere er, at Locke betragtede sig selv som filosof i den ambitiøse 'systembygger'-tradition fra antikken, mens embedsmanden Machiavelli gik delvidenskabeligt til værks og koncentrerede sig om ret og politik alene, uden nogen hensigt om at bringe sine synspunkter på dette område i logisk overensstemmelse med både erkendelsesteori, moralfilosofi etc... Derfor var Machiavelli fri til at konkludere og fortolke som han ville ud fra sine historiske

eksempler og siden overlade eventuelle forklaringsproblemer til andre - "Er mine skrifter amoralske? Nå, det var synd for moralen, for jeg har bare skrevet tingene, som de er!", synes han at sige. I modsætning her til står der er et stort rungende 'bør' bag Lockes politiske værk. Locke var nemlig bundet af et enhedsvidenskabeligt verdensbillede med Guds fornuft som det højeste princip. Derfor kunne han ikke løse politiske problemer praktisk og lokalt, men måtte hele tiden vende tilbage til teorien for at bringe løsningerne i overensstemmelse med den globale præmis om Guds fornuftige hensigter.

Fra natur til samfund

De guddommelige intentioner kan i Lockes system kun erkendes gennem åbenbaring eller gennem den gudgivne fornuft - 'light of nature'. Når fornuften reflekterer over Gud, afledes en universel, obligatorisk morallov, 'naturloven', der indebærer, at alle mennesker er naturligt frie og lige med tilhørende rettigheder. Herpå bygger Locke sit politiske system, og hans *naturlige rettighedsbegreb*, der tilskriver mennesket rettigheder og pligter uafhængigt af stater og deres love, er i kraft af sit bidrag til den franske menneskerettighedserklæring fra 1789 formentlig Lockes mest indflydelsesrige idé i konkurrence med hans princip om magtens tredeling (se nedenfor).

Omkring rettighedsbegrebet opbyggede Locke en tankegang, hvis grundpræmis var den private ejendomsrets ukrænkelighed. Ejendom forklarer snart sagt alting i Lockes Anden Afhandling. Ræsonnementet tager sin begyndelse fra visionen om en naturtilstand som "...en tilstand af fuldkommen frihed for hver især til at bestemme sine handlinger[...] uden at[...] bero på noget andet menneskes vilje. [...] en tilstand af lighed, hvori al magt og domsmyndighed er gensidig, idet ingen har mere end nogen anden"⁸⁹.

I naturtilstanden er friheden altså ensbetydende med den menneskelige viljes fuldstændige atomisering til en mængde isolerede, individuelle *uafhængigheder*. Ligheden er en tilsvarende reduktion af de individualiserede viljers gyldighed til ret beset kun at gælde dem selv, idet enhver kan beslutte, hvad der er gyldigt for ham eller hende (lighed bliver til lige-gyldighed). I denne tilstand mener Locke dog, at mennesket ved at sammenligne sig selv med andre og ved fornuftig refleksion

⁸⁹ Locke, John, *Anden Afhandling om Styreformen*, indl. v. Niels Henningsen, Frederiksberg: Det lille forlag, 1996 (*An Essay concerning the true and original, extent and end of civil government*, 1690), §4, p. 31.

over Gud er i stand til at erkende, “at ingen bør skade en anden på hans liv, helbred, frihed eller ejendele, eftersom alle er lige og uafhængige”⁹⁰.

Sådanne regler er dele af en universel, obligatorisk morallov, der gælder i naturtilstanden såvel som i samfundstilstanden.

Når mennesket træder ind i samfundstilstanden⁹¹ opretter det imidlertid en kontrakt, hvor det giver afkald, ikke på sin frihed til at leve eller eje, men på sin individuelle lovgivende og udøvende magt i deres ‘naturlige’ former. Hver enkelt samtykker desuden i at lade flertallet træffe beslutninger på fællesskabets vegne. Argumentet for at skride til samfundstilstanden er, at den fornuftige naturlov trues af særinteresser i enkelttilfælde, hvorfor der er et *naturligt* behov for en skrevet positiv lov, der kan løse konflikter. Samfundet kan således forhindre, at den enkelte udlægger naturloven, som det passer ham, ligesom det kan sikres, at loven overhovedet sanktioneres, i de tilfælde hvor den krænkede part ikke selv besidder sanktionskraft. Alt dette kan indses ved fornuftens refleksion over den naturlige morallov og er således naturligt såvel som rationelt.

Før individet kan blive genstand for fællesskabets *politiske* magt, er samtykket imidlertid nødvendigt, og her overskrider Lockes rationale en ren nyttekalkule, da “Ingen [kan] ... underkastes en andens politiske magt uden sit eget samtykke”⁹².

En forbryder kan dog legitimt straffes ved korporlig magt og uden samtykke, når han gennem sine handlinger har bragt sig i krigstilstand med et medlem af det straffende fællesskab. Krigstilstanden opstår, når et menneske overskrider naturloven og uretmæssigt trænger ind på et andet menneskes liv, helbred, frihed eller ejendom, og indebærer, at den krænkede må tage alle til rådighed stående midler i brug for korrigerende uretten. I politiske fællesskaber overtager samfundet imidlertid byrden og retten til at korrigerende uretten i forhold til den krigsriske part. Den, der indleder en krigstilstand, fortaber således sine naturlige rettigheder i forhold til den krænkede part eller dennes fællesskab.

I modsætning til denne korporlige magt eller tvang, der udøves i krigstilstanden, svarer den politiske magt i Lockes system til de enkelte medlemmers afgivne ret til at dømme og udøve loven. At være underkastet politisk magt vil derfor sige at afgive samtykke til, at samfundets delegerede fortolker, dømmer og strafudmåler forbrydelser, der for eksempel er begået mod en selv. Man kan også sige,

⁹⁰ Ibid., §6, p. 32.

⁹¹ Det er værd at bemærke, at Locke opfatter samfundet som et *naturligt* middel til effektiv opretholdelse af naturlige friheder og rettigheder.

⁹² *Anden Afhandling*, §95, p.86.

at Lockes 'politiske underkastelse' indebærer forestillingen om et gyldighedsmonopol (i stedet for den 'lige gyldige' naturtilstand), hvor retssubjekterne indvilliger i at overlade lovgivningen og dens håndhævelse til andre. I modsætning til den korporlige underkastelse i krigstilstanden indebærer samtykket i samfundstilstanden altså ikke tab af rettigheder, men blot afkald på domsmagt og håndhævelse.

Den mest nærliggende indvending mod Lockes samtykke er, at det ikke er tilfældet, at alle har afgivet samtykke i større samfund. Dette afviser Locke, med at samtykket gives på en række indirekte måder - blandt andet gennem arv og altså dermed atter gennem ejerforhold. Denne argumentations karakter af efterrationalisering får filosofihistorikeren Frederick Copleston til at konkludere, at Locke praktiserer en blanding mellem en middelalderlig idé om 'naturlig' politik og et rationalistisk forsøg på at retfærdiggøre det klassiske paradoks, at frihed i praksis altid er begrænset af 'de andre'⁹³. Samme paradoks som Habermas bearbejder i bestræbelserne på at slå bro mellem menneskerettigheder og folkesuverænitæt.

Det politiske legeme og styreformen

Med henblik på selve styreformen, mener Locke, at valget af formen er et selvstændigt valg *efter* samfundskontrakten. Først enes menneskene i naturtilstanden om at danne et politisk fællesskab eller legeme. Derefter træffes beslutning om en *styreform*. Det politiske fællesskab som sådan er altså noget mere fundamentalt end det politiske *system*, der først indsættes efter dannelsen af fællesskabet. Denne sondring er relevant med henblik på medlemmernes muligheder for at bakke ud af de to aftaler. Kontrakten om at indgå i et fællesskab som sådan kan nemlig kun opløses af *alle*, mens flertallets beslutning om en bestemt styreform kan opløses af et *flertal*. Der er således ikke noget, der for eksempel forhindrer indsættelsen af en enevældig monark. Men flertallets autoritet kan ikke annullere sig selv, og kongen står og falder derfor fortsat med flertallets tilslutning.

Det karakteristiske ved magtdistributionen i det politiske legeme er således svaret på spørgsmålet om, hvem der har den lovgivende magt.

“Den lovgivende magt [må] nødvendigvis være den øverste, og enhver anden magt hos noget medlem eller nogen del af samfundet må stamme fra eller være underordnet den”⁹⁴.

Ikke desto mindre er denne højeste magt fortsat underlagt borgernes vilje:

⁹³ Copleston, Frederick, S.J., *A History of Philosophy*, vol. 5, Image Books, New York, 1994 (1959), p.135.

“Folket [har] dog en øverste magt til at fjerne eller ændre den lovgivende magt, hvis det finder, at den handler i modstrid med sit opdrag⁹⁵”.

Denne magt kan borgerne altså drage i anvendelse såfremt den lovgivende magt ikke løser den opgave, den er blevet betroet af borgerne - nemlig opretholdelsen af den fornuftige morallov. Denne gælder som nævnt i naturtilstanden såvel som i samfundstilstanden. Selv den højeste politiske magt i samfundet, den lovgivende, er således underlagt den naturlige morallov. Borgerne kan derfor gøre rettigheder gældende overfor den lovgivende magt i henhold til moralloven, der gælder for alle - lovgivere såvel som borgere. Den naturlige morallovs forrang holder således døren permanent åben for en *modelektstern* retskritik. Dette er et fundamentalt dynamisk træk ved Lockes model.

Magtens deling og opløsning

Samfundsordenens mål er som nævnt at forhindre en (egen-)interessestyret håndhævelse og fortolkning af de fornuftige love, og Locke mener derfor, at magten bør deles. Først og fremmest deles mellem den lovgivende og den udøvende magt. Denne deling skal sikre, at lovgivere ikke først udskriver love og siden håndhæver dem vilkårligt, ved for eksempel at undtage deres egen person i praksis. Delingen mellem lovgivende og udøvende magt sikrer m.a.o. at lovgiverne bliver adressater for deres egne love. Desuden indfører Locke den såkaldte føderative magt. Denne handler på det politiske legemes vegne, som dennes vilje. For eksempel i forholdet til andre politiske legemer. Locke skriver, at hvor den udøvende magt er *styret af loven og håndhæver love indadtil* i det politiske legeme, er den føderative magt *styret af kløgt og sikrer interesser udadtil*⁹⁶. I modsætning til Montesquieu's senere separation af lovgivende, udøvende og dømmende magt, mente Locke imidlertid ikke, at det gav mening at adskille den føderative (dømmende) og udøvende magt i praksis, da funktionerne burde betjenes af samme personkreds.

Lockes teori om magten kan opsummeres i to hovedpointer. For det første er den lovgivende magt den højeste magt. For det andet gælder det enhver magt, at den har et mål at opfylde. Det sidste gælder således også den lovgivende magt. Selvom den lovgivende magt er den højeste, er den altså begrænset af et mandat - som nævnt udstedes dette af flertallet i det politiske legeme og udtrykker (mere eller mindre) den naturlige morallov, der i sidste ende er givet af Gud gennem fornuften.

⁹⁴ *Anden Afhandling*, §105, p. 116f.

⁹⁵ *Ibid.*, §149, p. 116.

⁹⁶ *Ibid.*, §§144-146, pp. 114f.

Denne gensidighed mellem den lovgivende magt som den højeste magt og det fornuftige mandats begrænsende virkning finder sit ultimative udtryk i Lockes teori om regeringsmagts opløsning.

Ifølge Locke opløses regeringens magt, hvis:

- a) *Den lovgivende magt 'ændres'*. Locke opregner en række eksempler på dette, men de har alle det til fælles, at én vilkårlig interessestyret vilje, kongens eller en enkelt gruppe individers, afløser den positive lov eller obstruerer en kendt procedure i forbindelse med lovproduktionen.
- b) *Den udøvende magt har forladt sin post*. I dette tilfælde er der ikke længere nogen sanktioner knyttet til overtrædelse af lovene, og resultatet er et samfund, hvor overholdelsen af erkendte regler er overladt til den enkeltes gode vilje og/eller magt.
- c) *Den udøvende eller lovgivende magt handler mod sit mandat*, hvilket i praksis vil sige imod borgerne eller deres almenvæl - med andre ord i strid med fornuften.

I alle tilfælde, hvor et af punkterne a-c er opfyldt, konkluderer Locke, at folkets oprør er retfærdiggjort og magten tilfalder dem:

“Her til svarer jeg: Folket skal dømme”⁹⁷.

I tilfældene a og c konkluderer Locke direkte, at magten ved sin “ubeføjede magtanvendelse”⁹⁸ gør sig skyldig i indførelsen af krigstilstand. Indehaverne af regeringsmagten kan altså ligesom forbryderen sætte sine naturlige rettigheder over styr og blive straf skyldig over for folket, som forbryderen er det overfor sit offer.

Procedure og legitimering

Det er kombinationen af Lockes naturretsfilosofiske antagelse om naturlige rettigheder og hans præmis om den private ejendomsret som den politiske materis ‘mindstegenstand’, der placerer ham som liberalist: en tænker, der identificerer frihed med en før-politisk eller ‘naturlig’ ret til at eje. Men for eksempel når Locke overvejer regeringsmagts opløsning eller underminering af sig selv ved overskridelse af de parlamentariske spilleregler, lægger han også betydelig vægt på procedure og struktur:

⁹⁷ Ibid., §240, p. 169.

⁹⁸ Ibid., §227, p. 161.

“For det er ikke navne, der stifter et styre, men brugen og udøvelsen af de beføjelser, der var bestemt til at ledsage det, så at den, der tager friheden fra den lovgivende magt eller hindrer den i at handle til behørig tid, i virkeligheden fjerner den lovgivende magt og afskaffer styret”⁹⁹.

Når man til denne betragtning tilføjer en af Lockes overvejelser af folkets forhold til regeringsmagten, tegner der sig en antydning af et mere refleksivt legitimerings-*kredsløb*. Locke skriver nemlig, at “folket skal dømme”, om fyrsten “handler mod det betroede hverv” eller “kun gør brug af sit behørigt prærogativ”¹⁰⁰. Prærogativet definerer Locke i overensstemmelse med traditionen siden Platon (i *Statsmanden*), som retten til i akutte tilfælde at skønne eller fortolke loven i overensstemmelse med det generelle mandat til at fremme almenvellet, også hvor dette indebærer en overskridelse eller direkte modstrid med loven¹⁰¹. Denne overvejelse indebærer groft sagt en afbalancering mellem på den ene side mandatet til at handle med kollektivets magt på kollektivets vegne for at virkeliggøre fælles mål og på den anden side kollektivets permanente evaluering og trussel om tilbagetrækning af mandatet. Magten kan altså ikke legitimeres én gang for alle, men ‘cirkulerer’ så at sige til stadighed mellem regeringens målrettede udøvelse og befolkningens anerkendelse af midlerne. Midlernes gyldighed er principielt underkastet løbende autorisering af borgerne. Om end Locke var liberalist tager han altså ikke desto mindre ligesom Machiavelli smag af den republikanske hovedret: Identitet mellem rettens forfattere og adressater.

Lockes model

I modsætning til Machiavelli, for hvem retssamfundet er sit eget mål, importerer Locke modellens mål ‘udefra’. Det gælder for det første den naturlige morallov givet af Gud - en retsordens legitimitet står og falder i sidste ende med denne ‘førretslige’ morallov. For det andet skal retssubjekterne motiveres til at ‘flytte ind’ i modellen af egne eller forfædres personlige målsætninger (med deres liv og ejendom) *før* retssamfundet. Lockes model er derfor grundlæggende dynamisk, fordi ‘ydre’ retskilder står i et potentielt ekskluderende forhold til modellens afgørelser. For eksempel hvis flertallet anfægter individets guddommelige ejendomsret.

⁹⁹ Ibid., §215, p. 154.

¹⁰⁰ Ibid., §240, p. 169.

¹⁰¹ Ibid., §§159-160, p. 123.

Locke udtrykker desuden indifferens med henblik på hvilken styreform et konkret samfund vælger, så længe resultaterne er i overensstemmelse med den naturlige morallov. Han prioriterer altså (trods tesen om magtens deling) organisation *efter* den naturlige morallov.

Så selvom Locke strengt taget tænker reflektivt i sine overvejelser om samtykket, der antyder en solidarisk musketér-ed, og selvom det organisatoriske rationale bag magtens deling tematiserer identiteten mellem lovens forfattere og adressater, så bliver de reflektive principper i sidste ende underordnet den naturlige morallov fra Gud, og enkeltindivider kan derfor altid trække samtykket tilbage under henvisning til oprindelige formål. Disse formåls 'fornuft' er forprogrammeret dynamisk i form af rationelt egoistiske motiver, da henvisningen til materiel egeninteresse er et gyldigt retskritisk argument i Lockes model. I denne forstand legitimerer Locke dynamikken snarere end at regulere den.

Både flertal og mindretal har således mulighed for at tilsidesætte hinanden under henvisning til den naturlige morallov. Netop denne dobbeltstruktur, der på én gang favoriserer *modelinterne* flertal og *modeleksterne* mindretal¹⁰², er det attraktive ved Lockes teori, fordi han opnår at bekræfte *både* intuitioner om flertalsafgørelses autoritet *og* om individets ret til ikke at blive tromlet ned. Begge intuitioner er gensidigt dynamisk ekskluderende, og bi-effekten bliver, at retten skilles i konfliktsituationerne, hvorved modellen bekræfter konflikter snarere end at løse dem. Flertallet *vil* med magt dominere mindretallet og mindretallet *vil* med magt søge at modsætte sig dominans, men ingen af parterne har i sidste ende autoritet til at afslutte konflikterne fredeligt, fordi både magt og ret altid potentielt står på begge sider i konflikten - internt og eksternt i modellen: Når den enkelte borger for eksempel ikke vil betale skat under henvisning til den naturlige morallov, henviser han til sin *modeleksterne* ret og har muligvis magt til at snyde i skat, mens fællesskabet henviser til den *modelinterne* skattelov og muligvis kan opkræve skatten med magt. I denne forstand truer en dynamisk krigstilstand hele tiden med at splitte Lockes kompleks af magt og ret - at dele retskoden i to.

¹⁰² Flertallet berettiger sig *internt* i fællesskabet, mindretallet *eksternt* i den naturlige morallov.

Refleksive modeller

De 'refleksive' modeller er lige så blandede som de 'dynamiske', men har en overvejende refleksiv tendens. Det drejer sig om en retsteoretiker, Montesquieu, og en filosof, Rousseau - begge væsentlige bidragydere til ideologierne bag den moderne retsstats blodige fødsel: den franske revolution. En væsentlig refleksiv fællesnævner mellem de to er ligheden mellem Montesquiους vision, om at lovgiver og undersåt skal dele motiver, mens Rousseau vil skabe en ret, hvor retfærdighed og nytte er det samme - i begge tilfælde bliver retshåndhævelse principielt unødvendig, og som sådan kan begge læses utopisk.

Kapitel 7 - Montesquieu

Montesquiους (1689-1755) *Om Lovenes Ånd*¹⁰³ fra 1748 har reminiscencer af både Machiavellis og Lockes arbejde. Montesquieu vedkender sig dog, i modsætning til Locke, den italienske realpolitiker og udtrykker sin forsigtige beundring ved at omtale Machiavelli som "denne store mand"¹⁰⁴.

Montesquieu er ligesom Machiavelli retsteoretiker snarere end filosof og deres historisk-retsvidenskabelige metoder er beslægtede. Det samme gælder centrale elementer af begges idé om republikken, om end Montesquieu i lighed med Locke fastholder, at Gud principielt er menneskets øverste lovgiver. Dette synspunkt afskærer ham dog ikke fra at underkende kanonisk (kirkelig) ret i en del sammenhænge, og 'Om Lovenes Ånd' (hvor Gud i øvrigt konsekvent er stavet med småt) blev da også forbudt af den katolske kirke. Desuden var Montesquieu i mild opposition til monarkiet, da han hverken hæver kongen over loven, eller antager at han er indsat af Gud. I Montesquiους beskrivelse af det velfungerende monarki er lovens tilblivelse og formål snarere en republikansk klingende overenskomst mellem befolkning og regering om det almene vel. Montesquiους syn på ejendomsretten, der er væsentligste lighedspunkt med Locke, og hans behandling af den monarkiske styreform som et begrundelsesdueligt styre, placerer ham som moderat borgerlig.

Et overfladisk lighedstræk med Machiavellis *Discorsi* er den historiske metode. De mange regeleksempler fra græsk og romersk lov kræver en tålmodig læser. En formildende omstændighed

¹⁰³ Montesquieu, Charles Louis de Secondat de, *Om Lovenes Ånd*, København 1998 (Genève 1757).

¹⁰⁴ *Om Lovenes Ånd*, 6. bog, kap. 5, p. 84.

er til gengæld de hyppige 'one-linere'. For eksempel: "Det drejer sig ikke om at få folk til at læse, men om at få dem til at tænke"¹⁰⁵. Montesquieu undskylder her, at han trods alt ikke påtager sig ukritisk at behandle *alle* detailspørgsmål - tak for det!

Lovenes ånd

Kernebegreberne i Montesquieus retsfilosofi er 'dyden' og 'æren'¹⁰⁶. Begge optræder som 'drivfjedre' i republikker og monarkier, men det er primært teorien om republikken, der fascinerer Montesquieu. At han i praksis er nødt til at behandle monarkiets realitet, er en anden sag. Montesquieu skelner udtrykkeligt mellem politisk og religiøs dyd, som når han forklarer et godt menneske som "...ikke det i kristen forstand gode menneske, men det i politisk forstand gode menneske, som er i besiddelse af den politiske dyd, jeg har nævnt"¹⁰⁷. Ligesom hos Machiavelli er det netop Montesquieus 'vertu'¹⁰⁸ og lovenes evne til at mobilisere denne hos både borgere og ledere, der karakteriserer den velfungerende republik. I modsætning til Machiavelli fremstiller Montesquieu dog idéen om den politiske dyd lidt mindre kompromisløst. Kompromisset, middelejen eller proportionerne, som Montesquieu ofte krediteres for at introducere i forholdet mellem forbrydelse og straf, gør en væsentlig forskel på Machiavellis og Montesquieus politiske dydsbegreber og er i det hele taget en rød tråd i 'Om Lovenes Ånd'.

Væsentligt for at fastholde proportionerne er blandt andet evnen til at skelne forskellige 'slags' eller kategorier af love og undlade sammenblanding ved at dømme handlinger fra én kategori med love fra en anden kategori. Ligesom dyden deler sig i en religiøs og en politisk, kan lovene således overordnet inddeles i en guddommelig og en menneskelig kategori¹⁰⁹. Disse er forskellige i deres oprindelse, genstand og natur. Oprindelsen skylder de naturligvis henholdsvis Gud og mennesket. I deres natur er guddommelige love derfor uforanderlige, mens de menneskelige forandrer sig med menneskets vilje og mål. De menneskelige loves genstand er således 'det gode', som mennesker

¹⁰⁵ Ibid., 11. bog, kap. 20, p. 200.

¹⁰⁶ Ibid., Forfatterens forerindring, p. XLII.

¹⁰⁷ Ibid. Desværre er den nye danske oversættelse af *Om Lovenes Ånd*'s læselighed forringet af brugen af det 'nye' komma. Jeg har i dette og i alle efterfølgende citater tilladt mig at indsætte grammatiske kommaer.

¹⁰⁸ 'Vertu' på fransk og 'virtu' på italiensk er samme ord og betyder 'god egenskab' eller 'dyd' på dansk. Traditionelt behandles Machiavellis dydsbegreb dog som noget særligt, da hans 'virtu' i *Fyrsten* fordrer amoralske handlinger i nogle situationer.

¹⁰⁹ *Om Lovenes Ånd*, 26. bog, kap. 2, p. 166.

måtte sætte sig som deres mål, mens guddommelige loves genstand er 'det bedste'. Ideal og virkelighed skilles her ad, og en pointe er, at de to ikke bør forveksles: De guddommelige love er idealiseringer, mens de menneskelige love er bestræbelser.

“De love for fuldkommenhed, som uddrages af religionen, tager i højere grad sigte på godheden hos det menneske, der iagttager dem, end på godheden i det samfund, i hvilket de iagttages. De privatretlige love derimod tager mere sigte på menneskenes godhed i almindelighed end på de enkelte individers”¹¹⁰.

Det er nærliggende at læse denne passage således, at moralske fordringer med universaliserende rækkevidde, religionen, er et *individuel* anliggende, mens retlige, regionale fordringer rejst i det konkrete fællesskab med henblik på almenvellet er et *indbyrdes* (intersubjektivt) anliggende. En forbrydelse mod en menneskelig lov er derfor ikke nødvendigvis også en forbrydelse mod Gud, og en forbrydelse mod Gud ikke nødvendigvis noget, der vedrører det verdslige fællesskab, men snarere individets forhold til sig selv. Montesquieu synes at mene, at retsvæsenet netop ikke må forlange det perfekte og dermed det umulige i menneskelige anliggender.

“Det politisk gode såvel som det moralsk gode befinder sig altid mellem to grænser”¹¹¹, skriver Montesquieu i afsnittet “Om måden hvorpå man udarbejder love”¹¹². Pointen på dette sted er, at retlige formaliteter risikerer at virke mod deres hensigt, som er borgernes sikkerhed og frihed, hvis kompleksiteten bliver uoverkommelig. Retten må med andre ord indrette sig på realiteterne uanset hvor gode hensigterne med en detaljeret lovgivning måtte være.

Og her ligger en nøgle til Montesquieus værk. Sidst i den første af de 31 mindre ‘bøger’, der tilsammen udgør ‘Om Lovenes Ånd’, skriver Montesquieu nemlig, at “enhver nations statsretlige og borgerretlige love”¹¹³ bør tilrettelægges efter og være “afhængige af deres oprindelse, af lovgiverens formål og af den tingenes tilstand, som de har som deres grundlag. [...] Jeg vil undersøge alle disse afhængighedsforhold; de udgør alle, set i sammenhæng, hvad man kalder LOVENES ÅND”. Eller på moderne dansk: Om end *lovfænomenet* har universel karakter, er den konkrete lovs berettigelse middelbar og afhængig af hvem, hvad og hvornår.

¹¹⁰ Ibid., 26. bog, kap. 9, p. 173.

¹¹¹ Ibid., 29. bog, kap. 1, p. 280.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Ibid., Bog 1, kap. 3, p. 8f.

Frygten, æren og dyden

Som arketyper for styreformer behandler Montesquieu monarkiet, republikken og despotiet. Despotiet tjener primært som skræmmeeksempel på et styre, der gør lovgivning meningsløs. Da loven til enhver tid afhænger af despotens vilkårlige interesser, bliver den nemlig uigennemskuelig. Hverken moral eller ære kan forudsige retskoden - hvilke handlinger der straffes, og hvilke der ikke straffes. Undersåtternes handlinger ledes derfor højest af frygt, og loven kræver konstant opretholdelse:

“...når fyrsten blot et øjeblik ophører at holde armen hævet, [...], da er alt tabt”¹¹⁴.

I modsætning hertil er både den monarkiske og republikanske styreform forpligtet af lovens bogstav¹¹⁵. Dette gør den væsentlige forskel, at undersåtter eller borgere kan danne sig en mening om, hvilke handlinger der i henhold til loven er retmæssige, og hvilke der ikke er det. Hvor despotiets grundprincip var *frygten*, er monarkiets primært *æren* og republikkens *dyden*. Disse principper gælder både ved lovens udfærdigelse og for dens overholdelse. Forskellen mellem ære og dyd er, at æren er et egeninteresseret motiv. Ikke mindst fordi æren ofte belønnes materielt i monarkiet i form af for eksempel attraktive embeder. Således er borgernes lovkonforme handlinger typisk motiveret af egenkærlighed og ikke af kærlighed til almenvellet. Borgernes motiver for at handle i overensstemmelse med loven er med andre ord *ikke de samme* som de oprindelige motiver med loven. Eller som Montesquieu beskriver ærens karakter: “Den moral, man der viser os, består altid mindre i, hvad man skylder de andre, end i hvad man skylder sig selv”¹¹⁶.

I modsætning hertil er republikkens grundprincip dyden eller ‘samfundssindet’:

“Man kan definere den politiske dyd som kærlighed til lovene og fædrelandet. Denne kærlighed, der kræver, at man til stadighed sætter almenvellet højere end sit eget vel, medfører alle de enkelte dyder; de består blot i denne prioritering”¹¹⁷.

Lovgivernes motiver og borgernes motiver for at overholde loven er altså her *de samme*. Modellen finder sin ultimative form i demokratiet, hvor “ledelsen er betroet hver enkelt borger”¹¹⁸. Med Montesquieus tilføjelse om, at hver enkelt borger skal elske at være leder, er princippet om

¹¹⁴ Ibid., Bog 3, kap. 9, p. 30.

¹¹⁵ Ibid., Bog 6, kap. 3, p. 82.

¹¹⁶ Ibid., Bog 4, kap. 2, p. 33.

¹¹⁷ Ibid., Bog 4, kap. 5, p. 38.

¹¹⁸ Ibid.

selvlovgivning som kilde til legitimitet i den demokratiske republik givet. Motiverne hos lovgiver og retssubjekt er bragt sammen i den velfungerende republik.

Retssikkerhed

Idealet om at følge lovens bogstav indebærer en begrænsning af dommerens skøn, der i følge Montesquieu bør holdes på et minimum. Straffen for en forbrydelse bør således være fastsat i loven og ikke være overladt til dommeren, der ideelt set udelukkende skal tage stilling til skyldsspørgsmålet ud fra fakta: Er der begået en ulovlig handling eller ej? Montesquieus synspunkt finder sine steder udtryk som et næsten ekstremt mekanisk ideal for retsvæsenet. For eksempel når han skriver, at “landets dommere er, ..., kun den mund, der udtaler lovens ord, det er livløse væsener, som hverken kan tillempe dens kraft eller strenghed”¹¹⁹.

Til denne funktionalisme knytter sig idealet om faste procedurer efter græsk og romersk forbillede: “Ellers ville indholdet af sagen hele tiden forandres i løbet af en stor retssag, og man ville til sidst ikke kunne genkende det”¹²⁰.

Én af Montesquieus vigtige pointer i denne sammenhæng er hans argument for proportionerne mellem forbrydelse og straf. I republikken, fastslår han, er der i kraft af dydsprincippet, ikke behov for streng retshåndhævelse. Dette er ikke overraskende, da lovens og retssubjektets motiver ideelt set er de samme. Overtrædelsen af en lov vil derimod nærmest bære ‘lønnen’ i sig selv, på grund af den skamfølelse en lovbruder vil opleve. Dyden i republikken hindrer således snarere forbrydelse ved at opmuntre til sædelighed frem for at straffe¹²¹. Straf kan derfor principielt set være uendelig mild: “Kort sagt er alt, hvad loven kalder en straf, faktisk en straf”¹²². Omvendt vil en vilkårlig og streng straf underminere republikkens troværdighed og lovenes legitimitet: “Der er to slags fordærv. Det ene er, når borgerne ikke overholder lovene; det andet er, når folket fordærves af lovene; det sidste er en uhelbredelig sygdom, fordi den fremkaldes af selve lægemidlet”¹²³.

Den demokratiske lov er altså et (læge-)middel, der skal tjene sit mål, almenvellet, ved at bringe den enkelte borger til at handle i overensstemmelse med samfundssindet - den politiske dyd. Loven kan

¹¹⁹ Ibid., 11 Bog, kap. 6, p. 175.

¹²⁰ Ibid., 6 Bog, kap. 4, p. 83.

¹²¹ Ibid., 6 Bog, kap. 9, p. 89.

¹²² Ibid., 6 Bog, kap. 9, p. 90.

¹²³ Ibid., 6 Bog, kap. 13, p. 93.

imidlertid ikke virke, hvis borgerne ikke generelt er indstillede på at overholde den. Eller for at blive i Montesquieus metafor: Tvangsmedicinering er ingen løsning, da virkningen forudsætter, at patienten tager medicinen selv - lovens optimale virkning er en *vekselvirkning*. Derfor kan effekten ikke forstærkes fra den ene side alene (ved for eksempel at straffe hårdere). Retssikkerhed er i sidste ende ikke blot et spørgsmål om, at retfærdigheden *håndhæves* mod forbryderen, men også at forbryderen *oplever* retfærdigheden som retfærdig.

Fordærvelse

For både monarkier og republikker gælder det, at hvis grundprincipperne ('æren' hhv. 'dyden') fordærvs, falder styret fra hinanden. I den demokratiske republik sker dette, både hvis dyden går tabt, og hvis den overdrives. I praksis beskriver Montesquieu en kombination, hvor ledelsen af republikken glemmer dydens lighedsideal og bruger magten til at rage til sig, hvorefter de dækker over dem selv ved at opmuntre hele befolkningen til at gøre det samme:

"...for at folk ikke skal se deres [ledelsens] ambitioner, taler de kun til det om dets storhed. For at det ikke skal opdage deres begærlighed, opmuntrer de hele tiden dets egen"¹²⁴.

Dette er Montesquieus diagnose af det, vi i dag kalder populisme. Han taler blot om 'stemmekøb'¹²⁵, og mener det helt bogstaveligt, mens vejen i dag går over opinionsundersøgelser og valgflæk¹²⁶.

Dette er resultatet af det, Montesquieu kalder den 'yderligtgående lighedsånd', hvor 'alle bestemmer' og 'ingen adlyder'¹²⁷. I modsætning hertil står den 'sande lighedsånd', en borgerlig lighed, hvor alle er 'ligemænd som herrer'¹²⁸.

I monarkiet følger en lignende proces, hvis monarken fratager de privilegerede deres privilegier. Resultatet er, at æren går tabt, da motivationen i form af opnåede privilegier udhules¹²⁹. Både i republikken og monarkiet er mekanikken den samme: Hvis grundprincippet om tilsidesættelse af egeninteressen (hvad enten der er tale om de republikanske borgeres dydige eller de monarkiske

¹²⁴ Ibid., 8 Bog, kap. 2, p. 122.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Se for eksempel, hvorledes partierne i Danmark overbød hinanden med materielle valgløfter op til folketingsvalget 8. februar 2005.

¹²⁷ *Om Lovenes Ånd*, Bog 8, kap. 3, p. 123.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ Dette var faktisk præcis, hvad Frankrigs Louis XIV gjorde på grund af det kvalificerede borgerskabs frustrationer over adelens uduelige embedsførelse.

undersåtters ærefulde forstillelse) anfægtes af ledelsen, går lovens sammenhæng med almenvellet tabt.

Frihed og motivation

I overensstemmelse med disse overvejelser definerer Montesquieu *ikke* friheden i et demokratisk samfund, som friheden til at gøre hvad man har *lyst* til at gøre ud fra snævre egeninteresser. Han skriver derimod:

“[...] i et samfund, hvor der findes love, kan friheden kun bestå i at kunne gøre, hvad man bør ønske at gøre, og [...] ikke være tvunget til at gøre, hvad man ikke bør ønske at gøre”¹³⁰.

Læg mærke til formuleringen *bør ønske* og *ikke bør ønske*. I kraft af *ønske* er der her tale om *motiver* til handling. I kraft af *bør* er der tillige tale om *gode* og *onde* motiver. Ingen af disse er forbundet med tvang, men begge forudsættes at være bevidste og til stede. Friheden i følge Montesquieu består følgelig i et *oplyst valg mellem motivationer*, hvor oplysningen særligt beløber sig til evnen til at skelne egne og fælles interesser.

I overensstemmelse med Lockes lidt enklere teori, om at regelbrud medfører krigstilstand og tab af rettigheder, mener også Montesquieu, at friheden går tabt ved regelbrud. Men det interessante er, at friheden er positivt defineret, ikke som et fravær af konkret tvang og overgreb på ens ejendom eller person, men som et personligt valg mellem begrundelsesduelige motiver for handling i en kontekst. Læg desuden mærke til, at den fordærvelse af republikken, som Montesquieu omtaler, netop underminerer friheden, som han selv definerer den: Fordærvelsen indtræder, når ledelsen ‘køber’ befolkningen ved at opmuntre ønskerne uafhængigt af det normative ‘bør’. Resultatet er, at man opmuntres til at gøre som man ønsker (uden ‘bør’), og at man ikke er tvunget til at gøre, som man ikke ønsker (også uden ‘bør’).

Pointen er, at ønskernes *motiver* bliver irrelevante, og dermed risikerer lovgivernes og retssubjekternes motiver, som loven netop skulle holde sammen, atter at skilles. Hvis det sker, vil loven opleves som vilkårlig, når den krydser retssubjektets egeninteresse og vil tvinge handlingerne. Oplevelsen af frihed til at vælge sine handlinger er dermed gået tabt, og loven står tilbage som en uforståelig *ydre* hindring for opfyldelsen af ønsker. Denne tankegang er et karakteristisk refleksivt træk hos Montesquieu sammenlignet med Machiavellis dynamiske overbudspolitik mod korrupsion.

¹³⁰ Om Lovenes Ånd, 11 Bog, kap. 3, p. 166.

Det følger altså af Montesquieus frihedsdefinition, at man for at kunne praktisere friheden, også må praktisere *dyden* - det lille 'bør' i definitionen. Frihed og dyd hænger sammen i både stat og individ. Det er dette forhold, vi i dag med stor selvfølgelighed omtaler som sammenhængen mellem frihed og *ansvar*. Den rette læsning af Montesquieus frihedsdefinition gør os imidlertid opmærksomme på, at selvfølgeligheden forudsætter et element af *delt motiver* mellem individer i et reguleret samfund - lovgivere såvel som retssubjekter,. Uden dette motivationelle fællesskab giver hverken frihed eller ansvar mening, og samfundet opløses i vilkårlighed - friheden går tabt. Desuden er frihed (ligesom retssikkerhed) et spørgsmål om *oplevelse* eller 'opfattelse', som Montesquieu skriver:

“Den filosofiske frihed består i frit at kunne udføre sin vilje, eller i det mindste, [...], i den opfattelse man har af at kunne udføre sin vilje. Den politiske frihed består i ens sikkerhed, eller i det mindste af den opfattelse, man har af at være sikker”¹³¹.

Montesquieu taler her igen om borgernes retssikkerhed, og skellet mellem filosofisk og politisk frihed bekræfter pointen: Individet er filosofisk frit, når det oplever selv at kunne vælge sine handlinger i uafhængighed, men politisk eller borgerlig frihed indtræder først i retsfællesskabet, hvis den enkelte desuden oplever at kunne forudsige de valgte handlingers konsekvenser - når borgeren føler sig 'sikker'.

Magtens deling

I den mest berømte passage af 'Om Lovenes Ånd', 11 bogs kapitel 6 (om republikken) fortolker Montesquieu samtidens engelske forfatning således, at friheden i England er "indført gennem deres love"¹³². I hvor høj grad, Montesquieus fortolkning af de daværende forhold i England er i overensstemmelse med virkeligheden, kan givet diskuteres. Kapitlets argument er imidlertid, at et styre, der har gjort friheden til sit mål, nødvendigvis må dele magten, hvilket englænderne også gjorde. I modsætning til Locke vil Montesquieu imidlertid gennemføre en mere konsekvent praksis i adskillelsen af de dele, Locke kaldte den 'udøvende' og den 'føderative' magt. Lockes udøvende magt, der varetager den indbyrdes regulering (den borgerlige ret), hedder hos Montesquieu den dømmende magt, og Lockes føderative magt, der varetager retsfællesskabets ydre folkeretlige anliggender, hedder hos Montesquieu den udøvende magt.

¹³¹ Ibid., 12 Bog, kap. 2, p. 202.

¹³² Ibid., 11 Bog, kap. 6, p. 178.

Montesquieus adelsmærke er den sammenhæng, han knytter mellem de tre magters ydre funktioner og deres indre struktur. Den dømmende magt bør, som omtalt ovenfor, begrænse sit virke til ren virkeliggørelse af den lovgivende magts vilje med et minimum af fortolkning. Dommene bør således være en præcis gengivelse af lovene, således at borgerne kan genkende deres pligter i dem¹³³. Dette er nødvendigt, for at borgerne oplever den dømmende magts afgørelser i overensstemmelse med frihedsbegrebet og ikke vilkårligt, hvilket ville undergrave magtens troværdighed og i yderste konsekvens hele systemet.

Den lovgivende magt i England var på Montesquieus tid et tokammersystem. Montesquieu har en række tekniske overvejelser i den anledning, og det væsentlige er, dels at han tilslutter sig tanken om folkets repræsentation, men især at den lovgivende magt må begrænses til at *udforme* love - i modsætning til at *udføre* beslutninger. Omvendt må den udøvende magt, der i datidens England strengt taget var kongens, begrænses til at udøve magt i overensstemmelse med de vedtagne love. Populært sagt, skulle den lovgivende forsamling forblive ren vilje, mens den udøvende magt skulle forblive ren handling. Men da vilje i praksis intet kan udrette alene, og da handling uden vilje nødvendigvis er vilkårlig eller ufrivillig, må de to bringes i overensstemmelse. For at benytte den politiske filosofis yndlingsmetafor, det menneskelige legeme, må den politiske ånd og dens legeme handle i fællesskab for at handle frit. Det er ikke tilstrækkeligt, at jeg *vil* springe på hovedet fra 10 meter, hvis ikke jeg har magt over mine lemmer. Omvendt er det en absurd tanke, at mine lemmer skulle kaste mig ud fra 10 meters højde uden mit samtykke. I praksis mener Montesquieu problemet løses ved en gensidig veto mellem konge og lovgivende forsamling. Da virkeligheden frembyder et krav om handling, har veto retten den virkning, at tvinge de to til at enes, så det samlede politiske legeme kan handle frit:

“Disse tre¹³⁴ myndigheder bør være i ligevægt eller i inaktivitet. Men da de på grund af tingenes nødvendige udvikling er tvunget til at bevæge sig, vil de være tvunget til at bevæge sig i enighed”¹³⁵. Endelig er det væsentligt, at alle tre magter i Montesquieus model er båret af et lighedsprincip. Den lovgivende magt besiddes således i en fri stat af folket gennem dets repræsentanter¹³⁶, den

¹³³ Ibid., 11 Bog, kap. 6, p. 170.

¹³⁴ Da Montesquieu her beskriver et tokammersystem for den lovgivende magt, har forholdet mellem lovgivende og udøvende magt tre parter.

¹³⁵ *Om Lovenes Ånd*, Bog 11, kap. 6, p. 176.

¹³⁶ Ibid., Bog 11, kap. 6, p. 170.

dømmende magt praktiseres af vekslende personer taget fra folket¹³⁷ (hvorved den bliver “usynlig og lig nul”¹³⁸) og den udøvende magts hær bør “have samme ånd som folket”¹³⁹. For hærens vedkommende vil Montesquieu opnå dette ved løbende udskiftning af soldaterne eller ved at “soldaterne bor sammen med borgerne”¹⁴⁰. Lighedsprincippet indebærer altså, at folket skal tage del i alle tre magter.

Montesquieus model

Montesquieus dydsbegreb lader sig umiddelbart genkende som et refleksivt princip. Rækkevidden kan imidlertid varieres mellem ‘politisk’ og ‘religiøs’ dyd. Dette skel minder på flere måder om Habermas’ skel mellem ret og moral, men der er også forskelle. Moralsk-religiøse spørgsmål er således i begge modeller et privat spørgsmål for subjektet om dets forhold til det universelle fællesskab eller Gud (et ‘universelt auditorium’ ville Habermas sige), mens retlige spørgsmål refererer til og afklares i konkrete fællesskaber internt i modellen.

Habermas og Montesquieu deler i forlængelse heraf det synspunkt, at retsfællesskabets love må betragtes som *bestræbelser* i modsætning til det universelle fællesskabs *idealiseringer*.

Montesquieus ‘bestræbelser’ svarer således nogenlunde til Habermas’ begreb, om at retlige løsninger på etisk-politiske og pragmatiske problemer må vurderes ud fra deres ‘sociale acceptabilitet’ og ikke efter moralske standarder¹⁴¹. En væsentlig forskel er imidlertid, at Montesquieu ikke er konsekvent, når han samtidig forestiller sig, at lovgiver og retssubjekt skal dele motiver. Dette er netop en idealisering, der ophøjer den retlige model til moral og dermed overskrider retsreglernes middelbare karakter som ‘bestræbelser’. Montesquieu synes her at mangle Habermas’ skel, mellem regler der haves (kognitivt), og regler der overtages (volitivt)¹⁴².

På den anden side tager Montesquieu et skridt i denne retning med sit positive frihedsbegreb (modsat Lockes negative), der bygger på skellet mellem filosofisk og politisk frihed. Den politiske frihed betegner netop friheden efter en overtagelse af fællesskabets regler, mens den filosofiske blot

¹³⁷ Ibid., Bog 1 1, kap. 6, 169.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid., Bog 1 1, kap. 6, p. 177.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Se ‘Den kommunikative magts kontingens’ i kapitel 4 om Habermas’ retsstat.

¹⁴² Se ‘Den kommunikative magts kontingens’ i kapitel 4 om Habermas’ retsstat.

er et teoretisk fravær af tvang (svarende til Lockes negative frihedsbegreb). Denne forskel mellem Montesquieu og Locke markerer et skridt fra dynamisk til refleksiv bestemmelse af friheden, hvor den dynamiske frihed forudsætter en eksklusion af fællesskabet, mens den refleksive inkluderer fællesskabet. Spændingen mellem Montesquieus filosofiske og politiske frihed er dermed snublende nær den spænding, Habermas sætter sig for at afklare mellem subjektiv og objektiv ret¹⁴³.

Montesquieus afklaring beløber sig til anbefalingen af en retlig handlemodel, der bygger på magtens tredeling. Enigheden mellem de tre magter, er en strukturelt fremkaldt¹⁴⁴ forenelighed i lighed med Habermas' begreb om forenelige begrundelser¹⁴⁵. Ideelt set kan man sige, at Montesquieu forsøger at få strukturen (retten) til at slå bro mellem refleksiv fornuft (lovgivning) og dynamisk vilje (magt og håndhævelse). Men som en væsentlig forskel til tredelingens ophavsmand, Locke, har Montesquieu på grund af sit refleksive frihedsbegreb ingen retskilde *udenfor* modellen. Tværtimod opfatter Montesquieu strukturen som legitimerende i sig selv, mens Locke selv betragtede sin magtdeling som et valgfrit redskab.

Kapitel 8 - Rousseau

Om end Montesquieu ikke var helt uden kant i sin kritik af visse styreformers 'fordærvelse', tåler hans moderat polemiske antydninger ikke sammenligning med temperamentet Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Rousseaus tankegang holder en stensikker kollisionskurs mod fremskridtsfornøjelsen i oplysningstidens Europa, og hans krigeriske gemyt har en gavnlig virkning på læseværdigheden af *Samfundspagten* (1762).

Et af Rousseaus væsentlige hovedbudskaber er, at en legitim retstilstand ikke kan erkendes og etableres én gang for alle, men kræver stadig investering og anstrengelse af alle i samfundet. I lighed med Montesquieus vægt på geografiske forudsætningers betydning for den mest hensigtsmæssige retstilstand, er det legitime styre for Rousseau til stadighed betinget af *hvem*, retssubjekterne er.

Retfærdighed og nytte

I indledningen til første kapitel, i den første af de fire bøger der tilsammen udgør 'Samfundspagten', lancerer Rousseau straks en af sine hyppige modsætninger:

¹⁴³ Se afsnittet 'Frihed og fællesskab' i kapitel 2 om Habermas' retssystem.

¹⁴⁴ For eksempel gennem vetoreglerne.

¹⁴⁵ Se afsnittet 'Rettighedernes genese' i kapitel 2 om Habermas' retssystem.

“Jeg vil i denne undersøgelse forsøge hele tiden at forene det, som retten tillader, med det, som interessen foreskriver, sådan at det retfærdige og nyttige ikke adskilles”¹⁴⁶.

Vi oplever hele tiden, at vore interesser er i strid med retten (eller ‘loven’), når den begrænser eller kræver aktualisering af konkrete handlemuligheder. For eksempel at vi *ikke* stjæler, eller *at* vi betaler skat. I praksis kan de handlemuligheder, vi umiddelbart oplever som nyttige, altså samtidig være uretfærdige og omvendt. På den anden side har vi en forventning om, at loven *er* i overensstemmelse med vore interesser. Selvom det umiddelbart kunne være nyttigt (og nemt) for os at stjæle eller snyde i skat, lader vi typisk være, fordi ‘hvad nu hvis alle...’ og så videre. Vi betjener os af en nyttekalkule, når vi retfærdiggør retten. Når Rousseau skriver, at han vil opnå, at det retfærdige og nyttige ikke adskilles, er hans ærinde, at ophæve den førstnævnte modsætning ved at bringe retfærdigheden og nytten så tæt sammen, at den slet ikke opleves. Eller: Det retfærdige opleves nyttigt, og det uretfærdige unyttigt. Ambitionen er beslægtet med Montesquieus vision om et samfund, hvor “alt, hvad loven kalder en straf, faktisk [er] en straf”¹⁴⁷.

Ræsonnementet er abstrakt fra første færd, men at Rousseau faktisk lagde vægt på den konkrete *oplevelse* fremgår af argumentationen i Bog 3’s kapitel 15 om ‘Deputerede eller repræsentanter’. Rousseau er skeptisk over for repræsentationsprincippet, som han mener er et tegn på forfald, hvor statsborgerne “holder mere af at tjene med deres pung end med deres person”, idet de “af blødhed og kærlighed til bekvemmeligheder”¹⁴⁸ betaler sig fra både militærtjeneste og administration. Jo bedre en stat derimod er konstitueret, “jo tungere vejer de offentlige sager i forhold til de private i statsborgernes sind”¹⁴⁹. Målet er altså, at det retfærdige og det nyttige ikke blot skal forenes i loven selv, men også i borgernes oplevelse af loven, i deres ‘sind’. Løsningen bliver i sidste ende en kontraktmodel, hvor den enkelte på én gang opfatter sig som sig selv, og samtidig som del af et forpligtende fællesskab, hvor alle er både lovgivere og retssubjekter.

“Således binder pligt og interesse i lige høj grad de to kontraherende parter til at hjælpe hinanden indbyrdes”¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Rousseau, Jean-Jacques, *Samfundspagten*, indl. v. Mihail Larsen, København: Rhodos, 1987 (1762), p. 68.

¹⁴⁷ *Om Lovenes Ånd*, 6 Bog, kap. 9, p. 90.

¹⁴⁸ *Samfundspagten*, p. 184.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 87.

Gud og menneske

For Rousseau er det derfor en forudsætning for en legitim retstilstand, at borgerne investerer deres *person* i retsfællesskabet, idet de gør samfundets interesser til deres første interesser og ikke omvendt.

“...den samfundsmæssige orden er en hellig ret, der tjener som basis for alle andre. Denne ret stammer imidlertid ikke fra naturen; følgelig eksisterer den på grundlag af overenskomster”¹⁵¹.

Læst meget bogstaveligt synes Rousseau her at skyde sig selv i foden. Hvordan kan en ‘hellig ret’ eksistere ‘på grundlag af overenskomster’? Er det hellige ikke hævet over mennesket? Svaret på dette spørgsmål illustrerer samtidig den mest basale forskel på Rousseau og naturretsfilosoffen Locke. Antagelsen om ‘naturlige rettigheder’, der kan erkendes og videreudvikles af den gudgivne fornuft i analogi til matematikken, er selve grundlaget i Lockes system. Men Rousseau afviser på én gang naturpræmissen, samtidig med at han fastholder, at fællesskabets interesser overskrider den enkeltes interesser, og som sådanne er ‘hellige’. Rousseaus beskrivelse af den ideelle lovgiver er da også bevidst uforenelig med dødelige mennesker:

“Til at opdage de bedste samfundsregler, [...], måtte man have en overordnet intelligens, der havde set alle menneskenes lidenskaber, og som ikke selv havde gennemlevet nogen af dem, som ikke havde haft nogen forbindelse med vores natur, og som kendte den til bunds, hvis lykke var uafhængig af os, og som alligevel gerne ville tage sig af vores, kort sagt én, som, [...], kunne arbejde i et århundrede og nyde i et andet. Man måtte have guder til at give menneskene love”¹⁵².

Kravene til den ideelle lovgiver overskrider med andre ord på alle måder det enkelte menneske, og de resulterende loves indhold er som sådant ‘helligt’ i den betydning, at ethvert rum-tidsligt indeksikeret motiv på én gang er udelukket og medregnet. På den anden side, og her er det nærliggende at sende en tanke til Montesquieus skel mellem ‘det bedste’ (idealet) og ‘det gode’ (bestræbelsen), må legitim ret trods alt være mulig.

“Da intet menneske fra naturens hånd har autoritet over sin næste, [...], bliver følgelig overenskomsten tilbage som basis for enhver form for legitim autoritet blandt menneskene”¹⁵³.

¹⁵¹ Ibid., p. 69.

¹⁵² Ibid., p. 116.

¹⁵³ Ibid., p. 75.

Den bedste tilnærmelse til den ideelle lovgiver er altså fællesskabet som overindividuel vilje, mens Gud vises døren.

Civilsamfund og trossamfund

Rousseaus modsætningsfyldte ordvalg, 'hellig ret', hvor 'ret' betyder menneskelig overenskomst, træder særligt i karakter i hans separate behandling af religionen i Bog 4's kapitel 8. På disse sider¹⁵⁴ skelner Rousseau nemlig tre forskellige religionsbegreber: 'Menneskets', 'statsborgerens' og 'præstereligionen'. Den første betegner individets forestilling om universelle guddommelige love ('evangeliets kristendom'¹⁵⁵), og Rousseau skriver, at denne tro fjerner statsborgernes kærlighed fra staten, og at han "kender intet, der strider mere mod samfundsånden"¹⁵⁶. Denne type tro indebærer morallære og er ledsaget af en forestilling om naturlig ret¹⁵⁷, men den er samtidig et individuelt anliggende, der kan dyrkes uden ritualer. Et samvittighedsspørgsmål mellem individet og Gud. Problemet med en sådan tro er, at det risikerer at blive dens tilhængere "ligegyldigt, hvorvidt alting her på jorden går godt eller dårligt", da alting alligevel er i Guds hænder - en ansvarsforflygtigelse altså. 'Præstereligionen' er derimod en tro, der indebærer et kirkeligt retssystem ved siden af det verdslige, og derfor medfører en "rodet og samfundsstridende ret"¹⁵⁸.

Den statsborgerlige eller 'civile trosbekendelse'¹⁵⁹ med tilhørende civil ret er endelig den mest hensigtsmæssige tro (om end Rousseau tager det tydelige forbehold, at alle tre typer har deres fejl i politisk henseende¹⁶⁰). Denne statsborgerlige tros artikler skal suverænen imidlertid "formulere, ikke præcis som religionsdogmer, men som samfundsanskuelser, uden hvilke man hverken kan være en god statsborger eller tro undersåt"¹⁶¹.

De 'civile' positive dogmer er: Guds eksistens, liv efter døden, de retfærdiges lykke, de ondes straf samt endelig samfundskontraktens og lovenes hellighed. Eneste negative dogme er at forbyde

¹⁵⁴ Ibid., p. 233-38.

¹⁵⁵ Ibid., p. 234.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid., p. 233.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid., p. 238.

¹⁶⁰ Ibid., p. 233.

¹⁶¹ Ibid., p. 238.

intolerance i betydningen “...tolerere alle dem, som tolererer andre”¹⁶². Der skal således hverken være bestemte påbud eller forbud mod at tro det ene eller det andet, men det må, frit fortolket efter Rousseaus positive dogmer, forudsættes, at statsborgerne tror på:

⇒ at noget er større end dem selv - nemlig de fælles overenskomster.

⇒ at ‘regnskabet time’ ikke er gjort med døden.

⇒ at lovlighed bærer lønnen i sig selv¹⁶³.

⇒ at forbrydelse ikke betaler sig.

⇒ og at *de overenskomstmæssige love er autoritative*.

Når Rousseau taler om ‘hellig ret’, mener han altså, at individet som statsborger i en republik forudsættes først og fremmest at bekende sig til, *ikke* sine individuelle forestillinger om en universel moral (f.eks. kristendommen), *ikke* til loyalitet mod bestemte personer (‘præstereligion), men først og fremmest til sine pligter og ansvar som medborger i et *konkret menneskeligt fællesskab, der principielt overskrider individet*.

Kort sagt skal retsfællesskabets afgørelser hverken kunne ankes med påstande om en universel moral (den overmenneskelige Gud) eller under henvisning til sideordnede fællesskaber (for eksempel i særlige kirker). I overensstemmelse med dogmet om tolerance er vi ganske vist fri til at vælge moralske overbevisninger og religiøse fællesskaber, men i juridiske spørgsmål overgår enhver autoritet ubetinget til retsfællesskabet. Denne ‘sakrale’ autoritet, som retsfællesskabet udstyres med, har desuden en pædagogisk funktion i forhold til folket:

“I det lovgiveren således altså ikke kan bruge hverken styrke eller fornuft, er det en nødvendighed, at han griber til en autoritet af en anden art...”¹⁶⁴.

Rousseau henviser i en note på dette sted direkte til Machiavelli og bringer et langt citat fra *Discorsi*, hvor Machiavelli udfolder sin instrumentelle opfattelse af den sakrale autoritet til politisk retledning af folket.

Natur og kultur

Hvad mener Rousseau med sit begreb om en ‘samfundspagt’? Helt overordnet er der tale om en kontraktmodel i lighed med forgængeren Locke (eller Hobbes). Og Rousseau opererer, også i lighed

¹⁶² Ibid., p. 239.

¹⁶³ Jf. også Rousseaus målsætning om et sammenfald mellem retfærdighed og nytte.

¹⁶⁴ *Samfundspagten*, p. 119.

med Locke, med en naturtilstand før kontraktens indgåelse. Forskellen er imidlertid, at enhver rekurs til naturtilstanden og tilsvarende naturlige rettigheder er meningsløs i Rousseaus 'samfundstilstand', "Thi hvis enkeltpersoner stadig havde rettigheder tilbage, ville naturtilstanden bestå og sammenslutningen nødvendigvis blive tyrannisk"¹⁶⁵.

Denne slutning, der kan læses som et *reductio*-argument mod naturretsfilosofiens begreb om naturlige rettigheder, drager Rousseau på baggrund af det synspunkt, at naturen *ikke* er retfærdig. Tværtimod er mennesker netop skabt med vilkårlige individuelle fortrin og ulemper. Men på trods af naturens uretfærdighed, er dens lovmæssighed samtidig et ideal:

"Hvis nationernes love kunne få samme ubøjelighed som naturlovene - en ubøjelighed som ingen menneskelig magt nogen sinde har kunnet trodse - ville afhængigheden af menneskene atter bliver en afhængighed af tingene. Man ville da i samfundet kunne forene alle naturtilstandens fordele med det borgerlige samfunds"¹⁶⁶.

I forholdet til naturen er mennesker med andre ord lige - ingen af os kan flyve. Men i vort indbyrdes forhold er vi ulige - nogle er stærke, nogle er svage. Det første forhold er uvilkårligt og retfærdigt.

Det andet vilkårligt og uretfærdigt. Samfundstilstanden bliver derfor retfærdig ved at give fuldstændig afkald på naturen, men samtidig beholde naturens principper som ideal. Rousseau afslutter Samfundspagtens første bog med denne karakteristiske og hyppigt citerede formulering af hans samfundstilstands højeste princip:

"Jeg afslutter dette kapitel og denne bog med en iagttagelse, som bør tjene som basis for ethvert samfundssystem; det er, at den fundamentale pagt i stedet for at ødelægge den naturlige lighed tværtimod erstatter, hvad naturen har kunnet lave af fysisk ulighed blandt menneskene, med en moralsk og legitim lighed, og at disse, idet de kan være ulige med hensyn til styrke og klogskab, alle bliver lige ved overenskomst og ret"¹⁶⁷.

Den 'naturlige lighed', Rousseau omtaler, er altså ikke en lighed der karakteriserer menneskers indbyrdes forhold i naturtilstanden, men derimod et princip, der manifesterer sig i menneskets forhold *til* naturen. Af samme grund kan vi efter Rousseaus mening ikke i juridiske sammenhænge, som jo netop er et systemiseret indbyrdes forhold mellem mennesker, nogensinde meningsfuldt referere til naturtilstanden, uden samtidig at give afkald på *samfundets* retfærdighed. Enhver

¹⁶⁵ Ibid., p. 84.

¹⁶⁶ Rousseau, Jean-Jacques, *Émile* (1762), her citeret fra Mihail Larsens indledning til *Samfundspagten*, p. 44f.

reference til naturlige rettigheder er en reference til naturlove, der ganske vist regulerer forholdet til naturen, men samtidig efterlader det indbyrdes forhold mellem mennesker i vilkårlighed og dermed uretfærdighed.

Frihed og tvang

I overensstemmelse med analogien mellem retsfællesskabelig ubrydelighed og naturlovenes autoritet er Rousseaus krav til individets tilslutning til samfundspagten kompromisløst:

“Disse klausuler reduceres ganske vist til én enkelt, nemlig hver enkelt medlems fuldstændige afhændelse af alle sine rettigheder til fællesskabet”¹⁶⁸.

Resultatet af denne afhændelse er *ikke* ufrihed, men derimod frihed. Hvorfor? Svaret ligger blandt andet i Rousseaus skel mellem to slags frihed - naturlig og civil¹⁶⁹ - som igen skal forstås i sammenhæng med analogien mellem naturlove og civile love.

Forskellen mellem ‘naturlig’ og ‘civil’ frihed hænger sammen med, hvilken relation der er på tale - ‘mennesket til naturen’ eller ‘mennesket til mennesket’. I det første forhold er vi mennesker på én gang underkastet naturlovene, men også fri til at hoppe og springe og tegne kruseduller med den krop og psyke, naturen har givet os - det sætter naturloven os netop i stand til. I det andet forhold er vi underkastet de civile love, men samtidig fri til at råde og regere med det liv, civilsamfundet har givet os - det er dét, de civile love sætter os i stand til. Forskellen er, at hvor naturen vilkårligt udstyrer hvert individ med *forskellige* evner for at hoppe og springe og tegne kruseduller, tillægger de civile love *uvilkårligt* hvert individs liv *identiske* værdier. Min civile frihed består således i min *ret* til at udfolde de muligheder jeg har i kraft af og i overensstemmelse med de civile love, der samtidig sikrer *din* ret til samme muligheder. I modsætning til vor ‘naturlige’ udrustning (i forholdet til naturen) er vor ‘civile’ udrustning (i vort forhold til hinanden) altså ens, og vor ‘civile’ frihed består i den fri udfoldelse af de muligheder, der ligger indenfor de begrænsninger, som tilvejebringelsen af ligheden på den anden side fordrer: At vi hver især giver afkald på *vilkårlige* fordele og til gengæld underkaster os det civile samfunds *uvilkårlighed*. Bemærk at dette ikke gør naturlige forskelle ulovlige. Omvendt vil forsøg på at gøre sin vilkårlige vægtsklasse og rækkevidde gældende i en

¹⁶⁷ *Samfundspagten*, p. 93f.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 84.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 89.

retssag om børnebidrag¹⁷⁰ være en kategorifejl. Det er netop den slags vilkårlighed tilslutningen til Rousseaus Samfundspagt udelukker.

Frihed og tvang går således hånd i hånd i samfundspagten, da “enhver, der nægter at bøje sig for almenviljen, vil blive tvunget til det af hele fællesskabet. Hvilket ikke betyder andet, end man tvinger vedkommende til at være fri; thi det er dette forhold, som samtidig med, at det giver hver enkelt statsborger til fædrelandet, sikrer denne mod enhver form for personlig afhængighed”¹⁷¹.

Den tvang, der er tale om, og som skal sikre mod ‘enhver form for personlig afhængighed’, er altså ‘almenviljen’.

Rousseaus begreb om almenviljen¹⁷² er på en gang hans suveræn og, som den kraft der skal bortvejre ‘personlig afhængighed’, samtidig den ultimative kilde til frihed. Kraften er principielt fælles, men kan samtidig rettes mod ‘sig selv’, idet de borgere, hvorfra den udgår, kan blive mål for dens tvang. Dette kan i følge Rousseau lade sig gøre, fordi hver enkelt borger “...kontraherer med sig selv”¹⁷³ og derfor er dobbelt forpligtet som både deltager i suveræniteten og som undersåt. Eller som Rousseau skriver i et af kapitlerne om ‘hvordan den suveræne autoritet opretholdes’:

“...essensen af det politiske legeme ligger i overensstemmelsen mellem lydighed og frihed, og [...] disse ord *undersåt* og *suveræn* er identiske forhold, hvis idé mødes i det ene ord *statsborger*”¹⁷⁴.

Principielt adlyder borgerne altså dem selv, når de tvinges af almenviljen, og er derfor fri, (eller ‘autonome’ eller ‘selvlovgivende’) i en sammenslutning “hvor enhver, når han forener sig med alle, alligevel kun adlyder sig selv og forbliver lige så fri som før”¹⁷⁵.

Rousseaus model

Det er oplagt, at Rousseaus erklærede ægteskab mellem retfærdighed og nytte peger frem mod Habermas’ skel mellem et filosofisk og et sociologisk perspektiv på retten. Hos Rousseau finder de to perspektiver konkret sammen i retssubjekternes personer, når de som statsborgere tilslutter sig en

¹⁷⁰ Der kan selvfølgelig foreligge omstændigheder, der gør et retssubjekts højde relevant i forbindelse med retlige spørgsmål, men det er i så fald et spørgsmål om teknisk bevisførelse og ikke om retfærdiggørelse.

¹⁷¹ *Samfundspagten*, p. 88.

¹⁷² Oprindeligt introduceret af Rousseaus ven encyclopædisten Diderot.

¹⁷³ *Samfundspagten*, p. 86.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 182.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 83.

gensidig overenskomst. Statsborgerbegrebet er den ideale rygrad i Rousseaus model - personkredsen er materialet.

I praksis prioriterer Rousseau bevidst de filosofiske idealer over det sociologiske materiale, og det er derfor han udråber naturen som uretfærdig og retfærdig på én gang - retfærdig som et fælles vilkår for *alle* mennesker, men uretfærdig som et vilkår *mellem* mennesker. Sociologiens love betragtet som natur skal med andre ord *ikke* regulere vore indbyrdes relationer. I samfundstilstandens spørgsmål om retfærdighed skal den reflekterende fornuft derimod regulere de naturlige viljers gensidigt ekskluderende dynamik og ikke omvendt.

Dette ræsonnement leder i yderste konsekvens til den 'frivillige tvang', der har været anledning til en stående anklage mod Rousseau om totalitarisme, og som indebærer "hver enkelt medlems fuldstændige afhændelse af alle sine rettigheder til fællesskabet"¹⁷⁶. Denne radikale løsning på spændingen mellem individ og kollektiv, hvor individet først afgiver alt for siden at modtage friheden fra kollektivet, udpeger en sammenhæng mellem frihed og tvang, der går igen senere i retsfilosofien. For eksempel hos Habermas hvor den optræder som spændingen mellem rettens positivitet og legitimitet - Janus' offentlige og private ansigt¹⁷⁷.

Hos Rousseau svarer denne tvetydighed til statsborgerens dobbelte forpligtelse som henholdsvis suveræn og undersåt. Statsborgerskabet i den folkesuveræne republik kombinerer således ideelt set individets og kollektivets respektive fornuft og vilje i retssubjektet. I en vis forstand er statsborgerskabet Rousseaus dydsbegreb, da det er her, den enkelte skal 'sætte sig ud over' sin egen vilje og i stedet praktisere almenviljen som sin egen. Det institutionaliserede statsborgerskab er Rousseaus 'minimalstruktur' mellem individ og kollektiv, der i kraft af sit frivillighedsprincip ideelt set overflødiggør det parlamentariske bureaukrati.

Den 'civile trosbekendelse', der skal mobilisere den frivillige overenskomst (mellem retfærdighed og nytte) blandt retssubjekterne, giver imidlertid forholdet mellem stat og statsborger en pædagogisk undertone inspireret af Machiavellis instrumentalisering af religionen. Det autoritative forhold mellem stat og statsborger synes i denne forbindelse asymmetrisk til fordel for staten, og man kan spørge: Hvem definerer Rousseaus civile trosbekendelse? Det gør Rousseau (filosofien) naturligvis, og den opdragende side af Rousseaus republik risikerer med denne 'belæring' at stille sig i et

¹⁷⁶ Ibid., p. 84.

¹⁷⁷ Se afsnittet 'Forfatningshandlingen' i kapitel 2 om Habermas' retssystem.

Refleks og dynamik i moderne europæisk retsfilosofi

dynamisk-ekskluderende forhold til sine retssubjekter, når balancen mellem beboelighed og bæredygtighed skal bestemmes.

Kombination og integration

Kapitel 9 - Kant

Blandt Immanuel Kants (1723-1804) værker fremstår *Til den evige fred* (1795) om folkeret og international politik som det mest målrettede retsfilosofiske program, men også *Grundlæggelse af moralens metafysik* (1785) rummer umiskendelige retsfilosofiske præmisser. Af disse to betjener *Til den evige fred* sig af en del klassiske begreber som 'demokrati' og 'republik', mens *Grundlæggelse af moralens metafysik* primært er skrevet som et moralfilosofisk værk, der kun indirekte omtaler staten. Også Kants *Kritik der praktischen Vernunft* (1788), *Kritik der Urteilkraft* (1790) er relevante værker, men her er de to førstnævnte værker udvalgt, fordi de har det mest specifikt retsfilosofiske sigte blandt Kants almindeligst udbredte skrifter: *Til den evige fred* som nøgle til Kants forståelse af retsstaten- og systemet; *Grundlæggelse af moralens metafysik* som fremstilling af Kants autonomi-, friheds- og lovebegreber - autonomien er den ultimative retskilde i Kants tænkning.

Oprindelig overenskomst

I *Til den evige fred* tilslutter Kant sig udtrykkeligt en republikansk styreform:

“Den republikanske forfatning er den eneste, der er et resultat af idéen om en oprindelig overenskomst, og på denne idé må et folks retslige lovgivning have sit grundlag”¹⁷⁸.

Kants formulering om en 'oprindelig overenskomst', som den præmis der betinger styreformens berettigelse, placerer ham på dette punkt i selskab med en kontraktteoretiker som Locke. Men ligesom hos Rousseau, der også kan beskrives som kontraktteoretiker, skal Kants begreb om *oprindelighed* forstås idealtypisk og ikke udviklingsteoretisk - abstrakt og ikke konkret.

Kontrahenterne kan derfor ikke rekruttere til en lockeansk præmis om en konkret historisk naturtilstand med henblik på at høste og importere rettigheder til samfundet. Kontraktens indhold kan ikke diskuteres ved at pege *ud* af det regulerede samfund. Tværtimod er forholdet mellem mennesker i samfund et gensidigt afhængighedsforhold, hvor alle som lige statsborgere nyder en “ydre retslig frihed” der karakteriseres af “det forhold mellem statens borgere, at ingen kan kræve

¹⁷⁸ Kant, Immanuel, *Til den evige fred*, København: Gyldendal, 1995, p. 44.

andre forpligtet i følge loven uden også selv at underkaste sig dens myndighed,...”¹⁷⁹. Lovens (eller kontraktens) berettigelse ligger altså refleksivt i fællesskabets karakter, således at en benægtelse af loven samtidig er en benægtelse af fællesskabet. Enhver påkaldelse af naturen er herefter, som hos Rousseau, retligt irrelevant.

Repræsentation og realpolitik

Den konsekvens Kant drager af rettens refleksive karakter er imidlertid ikke et ideal om direkte demokrati á la Rousseau. Demokrati er tværtimod “nødvendigvis og i ordets egentlige betydning et despoti”¹⁸⁰, hvor et flertal blot tvinger sin vilje igennem mod mindretallet. Systematisk set er Kants synspunkt, at det direkte demokrati risikerer et absurd kollaps mellem den lovgivende og den udøvende magt: “Dette skyldes, at alle beslutter at gribe til handling mod én, som altså ikke er indforstået, og *følgelig er alle alligevel ikke alle*”¹⁸¹. Enhver regering som ikke er repræsentativ, er egentlig en umulig form, fordi lovgiveren i sin person samtidig kan være fuldbyrder af sin vilje”¹⁸². Kant leverer her et systematisk argument for repræsentation, der ikke blot henviser til empiriske eksempler på folkemængders grusomhed, men anviser *hvorfor* det går galt: Magtens deling forsømmes. Som vaccination mod folkesuverænitets forvandling til despoti eller principielt tyranni mener Kant derfor, at repræsentationsprincippet er uomgængeligt.

“Til statsformen hører, når den skal være i overensstemmelse med retten, det repræsentative system. Kun på denne måde er den republikanske regeringsmåde mulig, og uanset hvilken forfatning der er tale om, så vil den uden dette blive despotisk og voldelig”¹⁸³.

Så selv om Kant i overensstemmelse med Rousseau tilslutter sig en form for folkesuverænitet, har han også respekt for et flertals potentielle uformidlede magtfuldkommenhed. Magtdeling efter Montesquieu’s opskrift er derfor et definerende træk ved republikken i følge Kant:

“Republikanismen er det statsprincip, som afsondrer den udøvende magt (regeringen) fra den lovgivende”¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Ibid., p. 89.

¹⁸⁰ Ibid., p. 46.

¹⁸¹ Min fremhævelse.

¹⁸² *Til den evige fred*, p. 46.

¹⁸³ Ibid., p. 47.

¹⁸⁴ Ibid., p. 46.

Den lovgivende magt skal således lovgive i overensstemmelse med folkeviljen, mens den dømmende magt uvildigt afgør konkrete tilfælde, og den udøvende magt garanterer og, om nødvendigt, fremtvinger borgernes gensidige respekt for hinandens tilkendte rettigheder. Som hos Montesquieu skal de tre magter kort sagt komplettere hinanden.

Kants argument for repræsentationen har altså den systematiske præmis til fælles med argumentet for magtdelingen, at: Forudsat at statsdannelsens formål overskrider individuelle særinteresser, skal princippet om magtdeling holde enhver form for magtfuldkommenhed i skak - det være sig hos enkeltpersoner eller tilfældige flertal. I staten har "...den almene folkevilje nemlig forenet sig til et samfund, som stedsevarende skal opretholdes, og til det formål har den underkastet sig den indre statsmagt, for at forsørge de medlemmer af samfundet, som ikke selv evner det"¹⁸⁵.

Staten, der altså er et produkt af en almen folkevilje, er følgelig til for folkets skyld og ikke omvendt. Og den almene folkevilje undtager, som det fremgår, ikke *noget* i staten.

Kant tager således kraftigt til genmæle mod realpolitikens 'politiske moralist', der opportunistisk tilpasser moralen til sine øjeblikkelige politiske mål og derved "umuliggør en bedre tingenes tilstand og gør retskrænkelsen permanent"¹⁸⁶. I modsætning hertil står den 'moraliske politiker', for hvem moralen tværtimod er en *for*skrift for politikken i overensstemmelse med Kants prioritering af moralen.

Formålenes rige

Ti år før *Til Den evige Fred*'s udgivelse findes ansatsen til Kants republikanske model. Baggrunden er de deontologiske overvejelser i *Grundlæggelse af moralens metafysik*, hvor Kant i en række argumenter, der har en stærk bismag af Rousseaus *Samfundspagten*, trækker en markant streg i sandet mellem natur og menneske. Samtidig demonstrerer han imidlertid, at den menneskelige lov i en vis betydning altid vil være henvist til naturen, netop fordi den er menneskelig og ikke guddommelig eller 'hellig', således som Kant beskriver den ideelle aktørs selvlovgivning¹⁸⁷. Hvorom

¹⁸⁵ Ibid., p. 27, citatet er hentet fra Mogens Chrom Jacobsens indledning - han nævner desværre ikke kilden, og jeg har ikke genfundet citatet i *Til den evige fred* eller andetsteds.

¹⁸⁶ *Til den evige fred*, p. 69.

¹⁸⁷ For saglighedens skyld bør det bemærkes, at Kant skrev 'Grundlæggelse af moralens metafysik' som et moralfilosofisk og ikke et retsfilosofisk værk. Da det imidlertid fremgår, at Kant betragter moralen som den ultimative retskilde (netop den antagelse Habermas kritiserer i Faktizität und Geltung), er det i hans moralfilosofi man skal søge de

alting er: Kant underordner retten i forhold til moralen og gør tilbagevendende udfald mod realpolitikken, da man ikke kan "...udpølse en mellemting som en pragmatisk betinget ret, der afvejer ret og nytte. Al politik må derimod bøje sig for moralen,..."¹⁸⁸.

Til grund for overvejelserne ligger en for Kant karakteristisk overvejelse af forholdet mellem 'sanserverdenen' og 'forstandsverdenen'¹⁸⁹. I følge Kants erkendelsesteori er sanserverdenen kun tilgængelig og forståelig for mennesket i kategorier forudbestemt af menneskets ikke-sanselige fornuft. Erkendelsen har derfor to grundliggende former: a priori (om kategoriernes indbyrdes forhold før erfaringen) og a posteriori (efter erfaringen). I Kants praktiske filosofi fører dette frem til den præmis, at mennesket så at sige er 'borger' i begge verdener - sanserverdenen og forstandsverdenen. Blot skal borgeren i praktiske spørgsmål tage stilling til, hvordan tingene *skal* være, hvor de teoretiske spørgsmål blot spørger, hvordan tingene (nødvendigvis) foreligger. Og lige som erkendelse a priori er mindre fejlbarlig end erkendelse a posteriori, således er det forstandige borgerskab også mere uafhængigt af fejkilder og uvished end det sanselige borgerskab. I praksis kræver afvejningen af handlingsalternativer altså, at agenten så vidt muligt abstraherer fra sit sanselige borgerskab til fordel for sit forstandige borgerskab i 'formålenes rige', som Kant døber det, man i delvist kantianske termer kunne kalde *fællesskabet af selvforårsagende fornuftsvæsner* i modsætning til det, man tilsvarende kunne kalde *mængden af forårsagede objekter*. Moral i det kantianske univers er altså selvforårsagelse bestemt af fornuften i modsætning til sanserne eller 'tilbøjeligheden', der for eksempel gennem legemet konkurrerer med fornuften som årsag til handling.

Viljens ophøjethed

Hvis jeg giver efter for tilbøjelighederne, skrider jeg fra at være et selvforårsagende fornuftsvæsen mod en tilstand som forårsaget objekt. Men mennesket er netop frit til selv at opstille uafhængige regler eller 'maksimer' for sine handlinger. Således konkurrerer sanserverdenen med

dybeste præmisser for hans retsfilosofi. Kants terminologi, hvor moralske handleregler næsten konsekvent omtales som 'love', gør det beklageligvis vanskeligt at vide med sikkerhed, hvornår han skriver om henholdsvis moral og positiv ret. For at begrænse forvirringen overtager jeg Kants terminologi i resten af dette afsnit frem til næste overskrift. Kants brug af 'lov' benyttes oftest i en moralsk snarere end i en formel retlig betydning (referencer til naturlove er til gengæld udtrykkelige).

¹⁸⁸ *Til den evige fred*, p. 77f.

fornuftsverdenen. Selvom jeg er tilbøjelig til at blive sulten klokken tolv, kan jeg for eksempel gøre det til en regel først at spise frokost klokken ét. Jeg bliver min egen årsag.

Den moralske handling er således tilsvarende et produkt af den fri vilje, når denne gør sig til herre over tilgængelige handlingsalternativer uafhængigt af tilbøjeligheden. Frihed og moral er altså sider af samme sag. Og ideelt set handler vi ifølge Kant kun som fornuftige væsner (og altså menneskeligt), når vi “omhyggeligt opfører os efter frihedens maksimer, som om de var naturlove”. På én gang kan man altså sige, at frihed er det fornuftige menneskes natur, men samtidig er frihed netop også *uafhængighed af naturen*¹⁹⁰.

Den idealiserende analogi mellem naturlove og fornuftslove er utvivlsomt inspireret af Rousseau, der, som nævnt i afsnittet om Rousseau, blandt andet i *Émile* drømmer om at give samfundets love samme ‘ubøjelighed som naturlovene’ og derved “forene alle naturtilstandens fordele med det borgerlige samfunds”¹⁹¹. Og ligesom Rousseau var optaget af paradokser fører denne tankegang også til et paradoks hos Kant. Men i stedet for at være en hindring udgør paradokset tværtimod selve forklaringen på det moralske.

Kant insisterer, på at fornuftens love principielt *er* lige så ubøjelige som naturens love, men at det moralske, og dermed også begrebet om retfærdighed, netop beror på modsætningsforholdet mellem vore naturlige, ‘ufri’ tilbøjeligheder og fornuftens ideelle frihed. Kant diskuterer i den forbindelse semantikken for verbet ‘skal’ i dets imperative brug. Hvis mennesket var fuldstændigt frit, altså helt ubetinget af ydre, naturlige årsager, ville ‘skal’ helt miste sin bydende betydning og i stedet blive ‘er’. Kant eksperimenterer her med forestillingen om en motiverende fornuft uden konkurrerende motiver fra sanseverdenen overhovedet¹⁹². Et fornuftsvæsen uden krop så at sige. Resultatet er en ‘hellig’ vilje, der i overensstemmelse med viljens autonomi, dens selvforårsagelse, også udelukkende

¹⁸⁹ Kant, Immanuel, *Grundlæggelse af moralens metafysik*, København: Hans Reitzels Forlag, 1993 (1785), p. 90.

¹⁹⁰ Tanken er blot, at hvis man vælger at følge for eksempel en ‘naturlig tilbøjelighed’, gør man netop dette som et fornuftigt *valg*. Handlingen er således naturlig for mennesket i kraft af det fornuftige valg - ikke tilbøjeligheden.

¹⁹¹ *Émile* (1762), her citeret fra Mihail Larsens indledning til *Samfundspagten*, p. 44f.

¹⁹² En forudsætning der siden er blevet anfægtet kraftigt i den fænomenologiske tradition. Se for eksempel Merleau-Pontys ‘Maleren og filosofien’ (1960) i Dehs, Jørgen (udg.): *Æstetiske teorier*, Odense Universitetsforlag, 1984, hvor Merleau-Ponty gør nar af forestillingen om et perciperende fornuftsvæsen, der ikke kan interagere fysisk med verden. Argumentationen er beslægtet med argumenter mod muligheden af kunstig intelligens berøvet kroppens motiverende perspektiv på verden.

er *motiveret* af sig selv. Kant skriver, at “Den vilje, hvis maksimer nødvendigvis stemmer overens med autonomiens love, er en hellig, simpelthen god vilje”¹⁹³.

Det absolut gode er således den fuldstændigt uindskrænkede *frihed fra naturen*. Frihed er derfor ikke uhæmmet tilfredsstillelse af naturlige tilbøjeligheder (kønsdrift, appetit mv.), men en total annullering af de samme tilbøjeligheder. Som en metafor for Kants billede af friheden kan jeg forestille mig at flyve ved tankens kraft - et brud med naturlovene, hvor min tanke uindskrænket udfolder sig som årsag for min væren. Da mennesker imidlertid *er* mennesker og som sådan underkastet naturen, kan dette naturligvis ikke lade sig gøre, og Kant benævner derfor en sådan fri vilje ‘hellig’ - flyvning er forbeholdt engle. Det, der på den anden side *kan* lade sig gøre, er, at mennesket lytter til fornuften og derved giver sig selv fornuftige love i stedet for passivt at modtage naturens love. På den måde træder mennesket i karakter som det fornuftige væsen, der hæver sig over naturen. Da fornuften således i en vis forstand faktisk *er* menneskets natur, opstår der en spænding mellem to sider af mennesket, når dets ‘natur’ som *fornuft* sætter sig ud over dets ‘natur’ som *tilbøjelighed*:

“Og heri ligger netop paradokset... at viljens ophøjethed netop består i denne maksimens uafhængighed af alle sådanne drivfjedre”¹⁹⁴.

Det er således selvlovgivningsprincippet, autonomien, og ikke nødvendig underkastelse (som i forholdet til naturlovene), der er karakteristisk menneskeligt og “menneskehedens værdighed består netop i denne duelighed til at være alment lovgivende, om end på betingelse af at man selv er underkastet denne lovgivning”¹⁹⁵.

Med kombinationen af universalisering og autonomi i sit kategoriske imperativ (for eksempel: “Handl kun efter den maksime, om hvilken du tillige kan ville, at den bliver en almen lov”¹⁹⁶. Kant benytter forskellige formuleringer), udbreder Kant forfatter/adressat-perspektivet til at omfatte ikke blot borgernes indbyrdes relation i retsfællesskabet, men hele menneskeheden som sådan. Ingen handlingsbegrundelse overhovedet bør således henvises til omverdenen, fordi “på den måde giver

¹⁹³ *Til den evige fred*, p. 76.

¹⁹⁴ *Grundlæggelse af moralens metafysik*, p. 75.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 77.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 54.

viljen ikke sig selv loven, derimod giver objektet gennem sit forhold til viljen denne loven”¹⁹⁷. En sådan begrundet vilje beskriver Kant som heteronom:

“Overalt, hvor der må lægges et viljesobjekt til grund for at foreskrive viljen den regel, der bestemmer den, der er reglen intet andet end heteronomi, og imperativet er betinget, nemlig: *hvis* eller *fordi* man vil dette objekt, skal man handle sådan og sådan - følgelig kan det aldrig påbyde moralsk, dvs. kategorisk”¹⁹⁸.

Denne tankegang er Kants principielle kyskhedsløfte mod egeninteressen eller “den egne lyksaligheds princip”, der “er forkasteligt, fordi det lægger drivfjedre under sædeligheden...”¹⁹⁹.

Viljen kan således være autonom eller heteronom. Imperativer kan tilsvarende være kategoriske eller hypotetiske. Og menneskelige love bør være autonome i den forstand, at de er *selvforårsagede* i modsætning til heteronomt forårsagede af *ydre* viljesobjekter. Tilsvarende skelnes mellem kategoriske imperativer, der netop er uafhængige af viljesobjekter i modsætning til hypotetiske hvis-så imperativer, der altid implicerer et viljesobjekt, hvorfor de altid vil være i potentiel uoverensstemmelse med Kants begreb om det fornuftige menneskes værdighed. Kort sagt: Målet helliger aldrig midlet!

Lovpligtig frihed

Kant skelner desuden mellem loves subjektive og objektive begrundelser. Mens selvforårsagelsen således er et givet lovindholds *subjektive* begrundelse, er samme lovs universelle form dens *objektive* begrundelse:

“Grunden til al praktisk lovgivning ligger nemlig *objektivt i reglen* og almenhedens form, der gør den i stand til at være en lov, (...) men *subjektivt i formålet*, men alle formåls subjekt er ethvert fornuftigt væsen som formål i sig selv”²⁰⁰.

Objektivt set, kan det formelle krav om universalisering altså ikke diskuteres. Derimod vil den enkelte regels konkrete indhold qua subjektivt i højere grad kunne kritiseres. Kravet til mennesker er derfor ikke alene, at vi handler konsistent med universaliseringen af vore handlinger, men også, at vi hele tiden forholder os til universaliseringen:

¹⁹⁷ Ibid., p. 78.

¹⁹⁸ Ibid., p. 81.

¹⁹⁹ Ibid., p. 79.

²⁰⁰ Ibid., p. 66.

“Viljen underkastes altså ikke alene loven, men underkastes sådan, at den også *som selvlovgivende* [...] må anses for at være underkastet loven”²⁰¹.

Selvlovgivningen er så at sige en lov i sig selv, og jeg kan derfor ikke løbe fra mine handlingsmaksimer under henvisning til, at jeg handlede efter en lov. Frihed og ansvar er her skrevet sammen hos Kant på en måde, der atter puster liv i Rousseaus paradoksale program om at *tvinge mennesket frit*, eller Montesquieus tese om at friheden må praktiseres som dyd. Hos Kant er frihed nemlig defineret som selvlovgivning²⁰², og i kraft af frihedens objektive lovform vender loven så at sige tilbage til forfatteren, der med sin fornuft subjektivt har forårsaget lovindholdet. Kant udtrykker det også sådan, at ‘jeg’ er underkastet viljens autonomi:

“...i frihedens idé indeholder fornuften sin egen lov, og altså er jeg underkastet viljens autonomi, og må følgelig anse forstandsverdenens love som imperativer for mig, og de til dette princip svarende handlinger som pligt”²⁰³.

Det er knudret læsning, men den intuitive pointe er atter, at vi som mennesker ikke kan løbe fra vor selvbestemmende natur, fordi den netop afskærer os fra at undskylde vore handlinger under henvisning til den del af vor natur, der er underkastet naturlovene.

Offentlighed

Afslutningsvis er det i denne sammenhæng særligt interessant²⁰⁴, at Kant i *Til den evige fred* beskriver et ‘transcendentalt’ begreb om offentlig ret på formlen: “Alle handlinger, der er orienteret i forhold til andre menneskers rettigheder, og hvis maksime ikke er forenelig med offentlighed, er i strid med retten”²⁰⁵.

Med dette offentlighedsprincip som retskode, synes Kant at transportere sin moralfilosofiske overvejelse om frihedens moralske fordring mere eller mindre direkte til retsfilosofien. Strengt taget kræver han, at alle medlemmer kan *forventes* at afgive samtykke til hver enkelt handling i retsfællesskabet, for at pågældende handling er tilladt. Ligesom den fri vilje determinerer *moralske handlinger i ‘formålenes rige’*, lader Kant således den borgerlige autonomi danne forudsætning for

²⁰¹ Ibid.

²⁰² I modsætning til partikulær selvforårsagelse, der ikke indebærer universelle præentioner om lovgivning.

²⁰³ *Grundlæggelse af moralens metafysik*, p. 93.

²⁰⁴ Og desuden et godt argument for en retsfilosofisk læsning af *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*.

²⁰⁵ *Til den evige fred*, p. 78f.

legitime handlinger i retsfællesskabet. Der er forskel på denne påstand og en lignende påstand, der i Kants offentlighedsprincip blot skriver 'Alle love, ...' i stedet for 'Alle handlinger, ...'. I forhold til en standardantagelse, om at alt, der ikke er forbudt, er tilladt, er Kants fordring i ovenstående formulering betydeligt mere restriktiv og mildest talt problematisk med henblik på borgernes chancer for at forudsige rettens dom over deres handlinger. Dette naturligvis under forudsætning af, at retten også *dømmer* efter et offentlighedsprincip.

Kants model

Kants republikanske model antager ligesom både Rousseau og Habermas, at retten har sin idealtypiske oprindelse i retsfællesskabet. Som sådan er hans model typisk reflektiv. På den anden side lægger han afstand til en "pragmatisk betinget ret" og konkluderer, at "al politik må [...] bøje sig for moralen"²⁰⁶. Det er med andre ord ikke tilstrækkelig legitimering for en regel, at lovgiver og retssubjekt deler motiver (Montesquieu) og derfor kan enes, om hvor retfærdighed og nytte mødes (Rousseau). Nytte er nemlig ikke legitimerende i følge Kant. I denne forstand vender han ryggen til Habermas' sociologiske perspektiv på retten, og resultatet er, at Kant trods det reflektive udgangspunkt alligevel får indført en retskilde (moralen), der ligesom Lockes naturlige morallov står i et eksternt dynamisk forhold til retsfællesskabet. Dette er præcis den fordobling af retsbegrebet Habermas kritiserer moderne fornuftsret for at have overtaget fra naturretten²⁰⁷. Set med Habermas' øjne bliver Kant derfor ude af stand til at træffe en adækvat beslutning, *om og hvad* vi skal bestemme henholdsvis *sammen* og *hver for sig*, fordi han ikke får sorteret universaliseringsprincippet applikation i retlige og moralske områder. Kant spiller således på to heste, og dette skinner også igennem i hans frihedsbegreber. Den 'ydre retlige frihed' svarer således godt til Rousseaus begreb om individets frihed *efter* overenskomst med kollektivet, hvor 'lovgiver' og 'undersåt' blot er to aspekter af samme person eller personkreds²⁰⁸ - Så vidt rimer både Kant og Rousseau på Habermas' begreb om borgerlig autonomi. Men over denne frihed står fortsat det moralske krav fra 'frihedens maksimer' (det kategoriske imperativ), der

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 77f.

²⁰⁷ Se afsnittet 'Det komplementære forhold mellem ret og moral' i kapitel 2.

²⁰⁸ Bemærk i øvrigt, hvorledes det kategoriske imperativs universaliseringskrav kan betragtes som en abstraktion af Rousseaus konkrete krav om identitet mellem lovens forfattere og adressater. Sætningen 'gyldige loves forfattere og adressater er identiske' kan således læses som en semantisk parafrasering af 'gyldige love er universelle love'.

dikteres af fornuften uafhængigt af ydre årsager. En vilje i overensstemmelse med dette frihedsbegreb, “en hellig, simpelthen god vilje”²⁰⁹, er i følge Kant det karakteristiske menneskelige selvlovgivningsprincip. Det er denne karakteristik og prioritering af den private autonomi, Habermas kritiserer for at være ‘subjektfilosofisk’, fordi det borgerlige retssubjekt bliver reduceret til en afledning af privatsubjektet²¹⁰.

Med habermasianske termer er Kants synspunkt derfor, at både den pragmatiske og den etisk-politiske diskurs i kraft af deres heteronome, hypotetiske imperative karakter savner den moralske diskurs’ legitimerende (autonome, kategoriske imperative) egenskaber. Kants begreb om legitimitet kan således betragtes som et ‘fornuftens kyskhedsløfte’ mod den sociologiske dynamik. Men løftet indebærer samtidig en filosofisk-logisk dynamik, der ekskluderer en lang række almindelige retlige begrundelser om mål og midler - der er ingen plads til realpolitik i Kants model.

Med offentlighedsprincippet presser Kant denne dynamik til det yderste, idet borgerne principielt hele tiden står til ansvar for *alle* deres handlinger og begrundelser i det borgerlige fællesskab. På den ene side kan det betragtes som en fordel for modellen, at alle handlinger således integreres retligt. På den anden side er konsekvensen en retliggørelse af moralen, der ikke overlader noget til den private samvittighed - alt er principielt reguleret.

Habermas’ senere svar på Kants moralske ret er at gå ‘bag om’ det kategoriske imperativ og hævde sit eget abstrakte universaliseringsprincip (D), der i sig selv ingen moralske eller retlige implikationer har, før det drages i anvendelse som henholdsvis moralprincip eller demokratiprincip.

Kapitel 10 - Hegel

Georg Wilhelm Friedrich Hegels (1770-1831) tackling af den klassiske modsætning mellem individ og kollektiv kan kort beskrives som et totalitært overblik med liberal substans. Totalitært, fordi Hegel hele tiden fastholder blikket for helheden, men samtidig liberalt fordi hans projekt er at designe en model - en helhed - der kan tilfredsstille moderne medlemmers selvbevidsthed. Essensen af det moderne er således for Hegel dels en vægtning af det borgerlige samfund frem for staten, men

²⁰⁹ *Til den evige fred*, p. 76.

²¹⁰ Synspunktet er, som beskrevet bl.a. på side 8, 19 & 24, at Kant bryder med sin egen præmis om retssubjektets oprindelighed i retsfællesskabet, fordi han *vil* have ét subjekt og prioriterer det private, mens virkeligheden efter Habermas’ opfattelse er, at privat og borgerlig autonomi er gensidigt supplerende.

mindst lige så vigtigt er indførelsen af en politisk sfære imellem de to, der til hver af siderne skal dæmme op for henholdsvis anarki og repression.

Både selvbevidsthed og det borgerlige samfund er intimt forbundne til staten gennem denne politiske sfære, hvor historien udspiller sig. Stater og samfunds politiske gang på jorden er nemlig kilde til den organiserede fortælling, som staten og dens borgeres selvbevidsthed forudsætter.

Forholdet mellem historie og stat er således cirkulært, idet historien må forudsætte sit objekt, staten, der samtidig bestemmer historien selv. At søge ud af denne cirkularitet med et krav om eksterne standarder ville ifølge Hegel være fejlagtigt og et symptom på et endimensionelt begreb om bevidsthed. Det karakteristiske for bevidstheden er nemlig netop, at den er reflektiv, hvilket i praksis vil sige, at den på én gang er selvbestemmende, men samtidig bestemt af historien. Heri ligger et paradoks, og Hegel kritiserer sine samtidige og tidligere liberale tænkere for at ville overvinde konflikten ved at definere moderne bevidsthed som en frigørelse fra historien. Hegels ambition er i modsætning hertil at 'leve med' paradokset, således at den moderne bevidsthed, på én gang kan forstå sig som selvbestemmende, men samtidig være et produkt af historien. Hegel ser det som filosofiens opgave at forsone den tilsyneladende modsætning mellem moderne bevidsthed og historisk virkelighed således, at disse tilsammen konkretiserer (begrebet om) frihed i stedet for at begrænse hinanden abstrakt:

“Det, der ligger mellem fornuften som selvbevidst tanke og fornuft som forhåndenværende virkelighed, det, der adskiller den første fra den sidste og forhindrer den i at finde tilfredsstillelse i den sidste, er sporet af én eller anden abstraktion som ikke er blevet frigjort til begrebet”²¹¹.

Konsekvensen af dette synspunkt, er for Hegel, at abstrakte begreber om ret og moral må betragtes som blindgyder, der afskærer den fornuftige tanke fra at genfinde sig selv i den objektive verden. På den anden side *vil* den moderne fornuft søge tilfredsstillelse i verden, og forholdet mellem stat og det borgerlige samfund får derfor også en opdragende karakter - spørgsmålet bliver i nogen grad, hvem der opdrager på hvem, når tilfredsstillelsen lader vente på sig.

Frihed og rettighed

Retsfilosofisk drager Hegel den væsentlige konsekvens, at retskoden frem for alt må være kendt og tilgængelig for at være gyldig for den moderne bevidsthed.

²¹¹ Oversat fra Hegel, G.W.F, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt am Main: Ullstein, 1972 (1821), p.13.

“Retten må kendes som tænkning, den må være et system i sig selv, kun som sådan kan den have gyldighed i civiliserede nationer”²¹².

Som konkrete mindstekrav må koden indeholde universelle og rationelle principper for ejendomsret, personlig frihed, meritokratisk embedsstand og regering, og ikke mindst må den moderne bevidsthed, individernes subjektive frihed, tilgodeses, således at alle, der kan og vil, har mulighed for at deltage i regeringen, ligesom de frit kan praktisere religiøse eller moralske forestillinger, der ikke er fjendtlige mod staten.

Det er væsentligt at bemærke, hvorledes den subjektive frihed, for eksempel individets trosfrihed, her på én gang kommer før og efter den objektive frihed (bestemt af den kollektive ret). På den ene side designes de grundliggende principper til at tilfredsstille borgernes ret til selvbestemmelse og ‘retsfølelse’, på den anden side begrænses samme borgeres frie subjektive praksis af hensyn til staten. Meningen er imidlertid, at borgerne skal identificere sig med statens institutioner som en *refleks* af deres egen rationalitet. Hvis institutionerne med andre ord er tilstrækkeligt rationelle, vil borgerne tvangsfrit identificere sig med dem som retfærdige og udfolde deres subjektive frihed inden for deres rammer.

Den fri vilje er dermed udgangspunktet for Hegels rettighedsbegreb, og han forsøger derfor at mediere to teoretiske tendenser om den fri vilje i ét begreb. På den ene side er en kognitiv tendens, der fortolker friheden som objektiv universalisme eller ‘ren’ tænkning - her står Kant og en politisk *fornuftstradition*, der lokaliserer den retfærdige vilje *udenfor* eller over det konkrete politiske legeme (jf. f.eks. Platons filosofkonge i Staten). På den anden side står en volitiv tendens, der fortolker friheden som subjekters partikulære valg - her står især den moderne angelsaksiske liberalisme og en *flertalstradition*, der identificerer den retfærdige vilje med flertallet af partikulære viljer *i* det politiske legeme. Hegel vil begge dele:

“Vilje er enheden af begge disse momenter. Det er partikularitet reflekteret i sig selv og således bragt tilbage til universalitet, dvs., det er individualitet”²¹³.

Hegel definerer dermed viljen som den form, tanken tager, når den rettes mod (valgte) handlinger:

“Vilje er tænkning, der oversætter sig selv til eksistens”²¹⁴

²¹² Hegel, G.W.F., *Retsfilosofi: Elementær retsfilosofi eller naturret og statsvidenskab i grundrids*, Frederiksberg: Det lille Forlag, 2004 (1821), §211A, p. 210.

²¹³ Oversat fra *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §7.

²¹⁴ Oversat fra *Ibid.*, §4A.

Hegels fortolkning af den klassiske spænding mellem individ og kollektiv bliver derfor i sidste ende et spørgsmål, om hvordan bevidstheden og dens verden må strukturere sig, for at subjektet kan opleve at vælge frit som en rettighed tilkendt af kollektivet. Karakteristisk for den hegelianske tankegang ligger svaret klar i virkeligheden: Retten *er* allerede et (historisk) faktum, og skal ikke først opfindes:

“Dette, at en derværen overhovedet er den frie viljes derværen, er *retten*”²¹⁵.

Hegel er derfor blevet tillagt konservatisme, fordi synspunktet (også med Hegels egne termer) er i strid med den moderne selvbevidstheds ønske om at frigøre sig fra historien og bestemme sig selv. Hegels svar hertil er, at moderne bevidsthed netop i sin antipati med historien demonstrerer, at den endnu ikke forstår sig selv.

Forfatningen

Hegel så den franske revolutions terrorregime som det ultimative udtryk for denne manglende selvforståelse, hvor selvbestemmelsens frigørelsestrang resulterede i et forsøg på at guillotiner sig selv fri af historien. Der findes imidlertid ikke en tabulae rasae tilstand, hvor det blanke forfatningsdokument frit kan udfyldes:

“Overhovedet er det slet og ret væsentligt, at forfatningen ikke bliver betragtet som noget, der er udfærdiget, om så også den nok så meget har en oprindelse i tid; forfatningen er derimod det i og for sig værende; altså skal den betragtes som noget guddommeligt og uforanderligt og som hævet over sfæren af fremstillede genstande”²¹⁶.

Den franske revolution skal derfor forstås som et moment i historiens fornuftige udvikling, men dele af den, terrorregimet f.eks., var en overdrivelse - en misforståelse. Habermas kritiserer i *Theorie und Praxis* Hegels syn på forfatningen, fordi det indebærer, at Hegel “må legitimere revolutionering af virkeligheden uden at legitimere de revolutionære selv”²¹⁷.

Hegel gik nemlig ind for den franske revolutions brud med traditionen, han ønskede blot, at bruddet skulle ses i *kontinuitet* med traditionen. I Hegels øjne bygger den moderne bevidstheds forsøg på at

²¹⁵ Hegel, G.W.F., *Retsfilosofi: Elementær retsfilosofi eller naturret og statsvidenskab i grundrids*, Frederiksberg 2004 (1821), §29, p.57.

²¹⁶ Ibid., §273, p.267

²¹⁷ Oversat fra: Habermas, Jürgen, *Theorie und Praxis*, Neuwied am Rhein: Luchterhand, 1963, p. 93f.

realisere sig som en revolutionær negering af historien²¹⁸ på en misforståelse, der er analog til den liberale opfattelse af en modsætning mellem subjektets frihed og institutionernes objektivitet. Igen er Hegels perspektiv på den ene side individets, bevidsthedens, men på den anden side kritiserer han enhver individualisme, der vil løsrive subjektet fra omgivelserne - det være sig historiske eller sociale.

Ejendom, familie og stat

Den moderne bevidsthed er derfor heller ikke et monologisk udviklet produkt, men formes i det borgerlige samfunds sfære hvor individet udvikler sig fra 'naturligt' til politisk. Individet indtræder dog ikke i det borgerlige samfund uden sociale forudsætninger. Derimod medbringer visse basiserfaringer fra familien, der principielt er den mindste enhed i Hegels tankegang.

“Det borgerlige samfund er den difference, der indtræder mellem familien og staten, selv om dets egentlige udvikling først finder sted efter staten;..., og først den moderne verden lader alle idéens bestemmelser vederfares deres ret”²¹⁹.

Hegels stat er derfor en forening af foreninger og ikke af individer, og foreningernes 'foreningsliv' udfolder sig i det borgerlige samfund, mens individernes liv er familieliv, før det bliver politisk. I dette synspunkt ligger en kritik af det typiske udgangspunkt hos en lang række af moderne politiske klassikere som Hobbes, Locke, Rousseau og Kant. I yderste konsekvens kan Hegels retræte til antikkens antagelse af familien som det politiske legemes mindste enhed tolkes som en kritik af moderne samfundsteori overhovedet.

Et væsentligt anliggende for det borgerlige samfund er at regulere ejendom, som Hegel tillægger stor betydning for bevidstheden og dermed for staten. Mest centralt i Hegels syn på ejendomsretten er, at han afviser personlig *besiddelse* som en egentlig rettighed. Ejendomsret er derimod af natur en kontraktlig *relation* og derfor *social*. Retten til at eje noget giver derfor kun mening i en intersubjektiv sammenhæng og aldrig i forholdet mellem et subjekt og en ting:

“Dette forhold af vilje til vilje er det særegne og egentlige terræn, hvor friheden har derværen. Denne formidling, at ejendommen ikke længere haves blot som formidlet ved en sag og min subjektive vilje, men også som formidlet ved en anden vilje, og dermed haves som fælles vilje, udgør kontraktens sfære”²²⁰.

²¹⁸ Se evt. Habermas' Hegel-fortolkning i *Theorie und Praxis*, p. 91.

²¹⁹ *Retsfilosofi: Elementær retsfilosofi eller naturret og statvidenskab i grundrids*, §182A, p.191.

²²⁰ *Ibid.*, §71, p. 93.

En måde at udlægge Hegels synspunkt på er, at det er meningsløst at indgå aftaler med tingene, om at man ejer dem. Et sådant ejendomsbegreb er naivt, fordi det tillægger 'tingene' netop den vilje, der adskiller dem fra subjektet:

“Den fri vilje er således idealismen, der holder tingene for, hvad de er i og for sig; omvendt erklærer realismen, at tingene er absolutte, hvis blot de befinder sig i endeligheden. Men ikke engang dyret har længere denne realistiske filosofi: det fortærer tingene og beviser dermed, at de ikke er selvstændige i nogen absolut forstand”²²¹.

Synet på ejendomsretten skiller her Hegel og Lockes filosofier fra hinanden, om end de har dét til fælles, at begrebet om ejendom er fundamentalt i begge systemer. Hvor Locke betragter ejendomsforholdet som det færdige selvs internalisering af objekter gennem arbejde eller arv, beskriver Hegel selvets forhold til objektet som en gensidigt konstituerende aktivitet, der sker ved viljens kraft.

Det er fristende at sige, at Hegel kritiserer et lockeansk ejendomsbegreb for at være 'endeligt', når arbejdet er gjort eller arven vedstået, mens hans eget er 'åndeligt' - et socialt forhold der opretholdes af viljen og derfor karakteriserer mennesket som menneske snarere end som biologi. I forlængelse heraf ligger det lige for, at det 'endelige' ejendomsbegreb vil fortolke ejendomsretlige spørgsmål i distributive termer - hvem har retmæssigt (og endeligt) taget hvad i besiddelse? - mens Hegels tankegang snarere fokuserer på ejendomsaktivitetens kvalitative betydning for personligheden. I yderste konsekvens betyder dette, at Hegel på den ene side finder ejendomsforholdet obligatorisk - alle må eje noget for at være personer - mens et kvantitativt krav om lige ejendom på den anden side bliver meningsløst.

“For mennesker er uden tvivl lige, men det er kun som personer, de er det, dvs. med henblik på kilden til deres besiddelser. Således burde enhver besidde ejendom. Hvis man vil tale om lighed, er det altså denne lighed, man bør betragte. Hinsides den falder bestemmelsen i det specifikke - i spørgsmålet om, hvor meget jeg ejer. Her er det urigtigt at påstå, at retfærdigheden fordrer, at hvert menneskes ejendom skal være lige, for det er kun et krav om, at enhver skal besidde ejendom.”²²²

Igen trænger Hegels udgangspunkt i bevidstheden frem til hans konklusioner, og groft sagt er den hegelianske fortolkning af modernitetens forhold til økonomiske spørgsmål, at den

²²¹ Ibid., §44A, p.72.

²²² Ibid., §49A, p.75.

selvbestemmende moderne bevidsthed i sit ønske om at frigøre viljen fra materien ligesom i spørgsmålet om den franske revolutions forhold til historien forgæves forsøger at guillotiner sig selv. Den moderne bevidsthed har nemlig en tendens til at antage, at økonomi kommer før politik (og dermed filosofi), og at naturens nødvendige love derfor kommer før bevidsthedens frihedslove. Hegel insisterer i modsætning hertil på, at moderne politik må grundlægges på subjektivitet (viljen) og ikke på naturlove. Ganske vist gælder de økonomiske love i det borgerlige samfund (mellem familie og stat), men det borgerlige samfund er faktisk afhængigt af staten for at overleve.

“I virkeligheden er staten dermed overhovedet snarere den første instans; først indenfor staten udvikler familien sig til det borgerlige samfund, og det er selve ideen om staten, der spalter sig i disse to momenter”²²³.

Hegel forsøger på denne måde at stritte imod en naturalistisk-økonomistisk modernitet, der vil reducere alle relationer til det borgerlige samfunds niveau, således at familie, politik og etik udredes i termer om ‘behov’, ‘kontrakter’ og ‘atomistiske individer’. Resultatet af en sådan udvikling risikerer for Hegel at føre til en radikal subjektivismen som under den franske revolutions terrorregime. Set med hegelianske briller fremstår Lockes ‘apparat’ faktisk som en sådan ufuldstændig beskrivelse af det borgerlige samfund, der mangler familien som ressource for individets sociale moment og staten som ressource for autoritet.

Det borgerlige samfund og friheden

Det borgerlige samfunds rolle for den moderne bevidsthed er derfor ganske vist behovstilfredsstillelse, men behovene har en mere sammensat og kvalitativ karakter end den strengt materielle. Først og fremmest skal det borgerlige samfund tilfredsstille bevidsthedens ‘behov’ eller forventning om frihed, hvilket sker gennem de valg individet foretager som borger. Materielt søger borgeren tilfredsstillelse gennem udvalgte objekter, men især vælger borgeren bevidst et borgerligt arbejde. Med dette valg integrerer og specificerer borgeren på én gang sig selv i systemet ved at gøre “sig selv til et led i et af det borgerlige samfunds momenter”²²⁴.

Integration og frihed bliver således to sider af samme sag, og Rousseaus paradoks, om at mennesket skal tvinges frit, har fået en drejning, så mennesket tvinger *sig selv* frit i den ideelle hegelianske stat.

²²³ Ibid., §256A, p.236.

²²⁴ Ibid., §207, p.206.

“Den anerkendelse og den retmæssighed, der ligger i, at alt, hvad der er i det borgerlige samfund og i staten, er nødvendigt ud fra fornuften, samtidig finder sted som formidlet ved vilkårene, er den nærmere bestemmelse af det, der i den almene forestilling især menes med frihed”²²⁵.

Dette standpunkt udtrykker måske bedst af alle den overordnede strategi i Hegels retsfilosofi: At situere den individuelle vilje i objektive institutioner, og derved tilfredsstille både individuelle og kollektive krav. I det hele taget orienterer Hegel sig efter en række mere eller mindre analoge dikotomier mellem kategorierne individ/kollektiv; privat/offentlig; personlig/politisk; samfund/regering; selvorientering/fællesorientering. Og ligesom i valget af borgerligt arbejde, hvor valghandlingen på én gang tilgodeser begge momenter i dikotomien individ/kollektiv, *kompletterer* kategorierne hele tiden hinanden frem for at den første kategori underordner den anden i et forudsat hierarki af ‘naturlighed’. Hvor det borgerlige samfund for eksempel har til formål at tilfredsstille individuelle materielle behov, er statens formål at tilfredsstille den intersubjektive politiske bevidsthed - forholdet mellem de to institutioner er altså komplementært og ikke modsatrettet. Hegel modsætter sig således systematisk forestillingen om en asocial naturtilstand (kategori 1) før den sociale tilstand (kategori 2) - der er ingen ‘naturfilosofisk overgang’!

Samtidig er det væsentligt at fastholde, at kommercielle spørgsmål, jf. fremstillingen af Hegels syn på ejendomsretten ovenfor, på den anden side *er* underordnet politiske spørgsmål om værdighed og frihed. Da kommerciel regulering imidlertid også er nødvendig, blandt andet under indtryk af krav fra det borgerlige samfund, får politiske institutioner en dobbeltrolle, hvor de både skal adressere behovssystemet i det borgerlige samfund i økonomiske termer, samtidig med at staten skal adresseres i politiske termer. Medieringen eller ‘oversættelsen’ er nødvendig, fordi økonomiske rationaler i følge Hegel er væsensforskellige fra politiske rationaler. Og fra forskellige flertal i det borgerlige samfund lurer derfor hele tiden en trussel om en tyrannisk behovs-universalisme. Skræks scenariet er et direkte demokrati, der principielt kan beslutte at ofre mindretallet på flertallets alter af vilkårlige materielle grunde.

Hegel fastholder imidlertid, at den ‘naturlige’ individuelle vilje ikke er direkte politisk, sådan som en række filosoffer har antaget. Rousseau forlanger for eksempel at den individuelle vilje ideelt set skal være identisk med almenviljen, hvorfor han er imod repræsentativt demokrati, og Montesquieu

²²⁵ Ibid., PR §206A, p.205f.

mener, at lovgiverens og borgerens motiver ideelt set skal være de samme²²⁶. Karakteristisk for denne tænkning er, mener Hegel, at de medierende strukturer i hvert tilfælde ses som reminiscencer af en overvundet fortid, der er i strid med den moderne bevidstheds selvbestemmende karakter. De medierende institutioner skal imidlertid netop virke anti-totalitære i Hegels stat ved at lægge en dæmper mellem (partikulære) materielle og (universelle) politiske hensyn. Synspunktet ligger i forlængelse af Hegels vision om det stabile fællesskab som en samling gensidigt medierende sociale grupper i stedet for individer.

Ligesom arbejdet må påtage sig en dobbeltrolle som både integrerende og specificerende i forholdet mellem individ og kollektiv, påhviler der imidlertid også de politiske institutioner en dobbelt karakter. På den ene side er en institutionel adskillelse mellem retfærdighed i det borgerlige samfund og politisk retfærdighed i staten for Hegel en forudsætning, for at det etiske fællesskab kan hæve sig over dyreverdenen - for at fastholde friheden som princip for ånden (den moderne selvforståelse) må natur (økonomi) og ånd have hver sine organer. På den anden side skal institutionerne netop mediere mellem stat og samfund og kan derfor betragtes ud fra begge kategorier - økonomi og politik. Institutionen 'ejendomsret' er for eksempel ikke blot en beskyttelse af individets materielle krav, men en beskyttelse af den sociale orden som sådan. Jf. ejendommens sociale karakter og væsentlighed for den menneskelige personlighed beskrevet ovenfor, er samfundets interesse i at beskytte individuelle rettigheder derfor på det politiske plan forankret i en generel interesse i menneskets universelle natur, og ikke blot det aktuelle individs partikulære materielle krav. Denne universelle natur udrangerer i det hele taget partikulariteter og sikrer mennesket retlig status som menneske i Hegels idealstat:

“Således er det, fordi mennesket er et menneske, det har gyldighed, ikke fordi det er jøde, katolik, protestant, tysker italiener osv.”²²⁷.

En konsekvens af rettens universelle karakter er omvendt, at individets partikulære velfærd ideelt set er *retten* ligegyldig og varetages af andre institutioner. Blot gælder det, at loven og dens praksis skal kendes af alle²²⁸, og at retskoden derfor både skal være forståelig og komplet i betydningen *systematisk*, således at den dækker alle enkelttilfælde.

²²⁶ Se 'Frygten, æren og dyden' i afsnittet om Montesquieu.

²²⁷ Hegel, G.W.F., *Retsfilosofi: Elementær retsfilosofi eller naturret og statvidenskab i grundrids*, Frederiksberg 2004 (1821), §209A, p.207.

²²⁸ Ibid., §228A, p.222f.

Fattigdom og korporation

Fattigdom betragter Hegel i udgangspunktet fra to konkurrerende perspektiver, der vil forstå fattigdom som udtryk for enten økonomisk uretfærdighed eller manglende social integration. Under disse forudsætninger fastslår han, at fattigdom under alle omstændigheder er et socialt og ikke et naturligt problem.

“Ingen kan gøre et krav gældende overfor naturen, men i den sociale tilstand får mangler uden videre karakter af en uret, der forøves mod denne eller hin klasse. Det vigtige spørgsmål om, hvorledes man afhjælper fattigdommen, gør sig i særlig grad og særlig kvalfuldt gældende i de moderne samfund”²²⁹.

Det særligt kvalfulde ved fattigdomsproblemet i det moderne samfund skal her ikke forstås som om moderne fattigdom materielt set har nået et historisk lavpunkt, men fordi den efter Hegels opfattelse end ikke kan afhjælpes gennem velgørende velfærdsprogrammer. Det moderne proletariat er nemlig i Hegels terminologi ikke en klasse af individer, der udtømmende kan karakteriseres som mængden af materielt besiddelsesløse i samfundet. Derimod er det onde ved den moderne fattigdom udelukkelsen fra de medierende institutioner, stænder (‘Stände’), der er kilden til den moderne samfundsborgers selvforståelse som selvopretholdende, uafhængig og respektabel. Hegels løsning på dilemmaet er... kvalfuld:

“Lad dem tigge”²³⁰.

Dette er prisen for at stå udenfor de vigtigste medierende institutioner mellem samfund og stat i Hegels model, hvor familie og korporation udgør statens ‘etiske rødder’:

“Familien udgør den første sædelige rod i staten, og den anden sædelige rod er korporationen, der er begrundet i det borgerlige samfund”²³¹.

Familien er karakteriseret ved at stå logisk før, mens korporationen kommer efter det borgerlige samfund. Dette ses blandt andet af familiens og korporationens respektive forhold til politik og økonomi. Hvor de økonomiske spørgsmål internt i den politiske enhed, familien, først opstår (som genstande for det borgerlige samfunds regulering) ved familiens opløsning, defineres korporationen

²²⁹ Ibid., §244, p.230.

²³⁰ Ibid., §245, p.230.

²³¹ Ibid., §255, p.234.

fra første færd direkte i det borgerlige samfunds økonomiske sfære, og får først derefter sin politiske funktion.

Korporationen er imidlertid sine medlemmers anden familie²³², og varetager som sådan en række opgaver. I grove træk deler disse opgaver sig i to mere eller mindre overlappende hovedkategorier. Den første er at repræsentere medlemmernes konkrete interesser, i vor tid for eksempel som interesseorganisation eller lobbyvirksomhed, og den anden er at understøtte samme medlemmers identitet og værdighed for eksempel som garant for medlemmernes ydelsers kvalitet og troværdighed gennem standardiseret uddannelse og lignende. Hegel ønsker, at korporationens funktion som politisk identitet skal prioriteres over den rå interessestyrede magt, der principielt kunne reducere korporationer til midler for non-politiske materielle mål og således gøre dem til instrumenter i en potentiel splittelse af samfundet. Tværtimod skal deltagere i korporationens drift uddannes gennem erfaringen af, at partikulære interesser afhænger af generel velfærd - at det enkelte medlems interesser kun kan indfris af korporationen under iagttagelse af samtlige medlemmers interesser.

Med korporationernes funktion får Hegels borgerlige samfund således en *opdragende virkning*. Denne opdragelse har som et centralt element distributionen af privilegier i form af korporationens autorisation og uddannelse af medlemmerne, men i modsætning til et middelalderligt begreb om privilegier, der fungerede som *undtagelser fra den offentlige orden*, giver korporationernes autorisationer ny betydning til privilegier som *instantieringer af den offentlige orden*.

Korporationer, der autoriseres af staten, giver på denne måde private interesser en offentlig karakter og grundlægger derved en social sammenhæng, der transformerer mellem økonomisk nødvendighed og filosofisk dyd. Økonomiske aktiviteter får således en politisk dimension i *statslige* institutioner, og det borgerlige samfund får en offentlig karakter uden at udtømmes i den private karakter. Eller for at vende helt tilbage til udgangspunktet: Den individuelle 'naturlige' vilje transformeres gennem korporationerne til en politisk vilje, hvorved (blandt andet) tilfældige flertals tyranni forebygges. Prisen synes på den anden side at være, at de fattige udenfor korporationerne kun kan opnå begrænset eller ingen politisk anerkendelse.

²³² Ibid., §255, p.234f.

Patriotisme

Den praktiske kerne i Hegels retsfilosofiske idealisme er altså, at indrette de politiske institutioner således at de fremmer den moderne bevidsthed. Bevidstheden er derfor både *succeskriterie* for retsfællesskabet, hvor succesen for eksempel kan aflæses i borgernes tilbøjelighed til at overholde og opretholde loven eller deltage i forsvaret af fællesskabet, samtidig med at skabelsen af denne borgerlige etiske bevidsthed bliver et *mål* for staten. Det helt overordnede middel til indfrielse af begge disse momenter er princippet om *deltagelse*, der virker integrerende i forholdet mellem individ og fællesskab. Integrationen får således to dimensioner: Dels skal borgerne så at sige 'indbygges' i den etisk-politiske bevidsthed, og dels skal idealerne instantieres som konkrete objektive politiske institutioner.

Integration for Hegel kan ikke identificeres med vulgær patriotisme, hvor den individuelle bevidsthed underkaster sig staten. Hegel understreger, at patriotisme er en attitude og ikke en handling; det er ikke offeret, men det "...at kende fællesvæsenet som det substantielle fundament og formål"²³³ hvilket vil sige at anerkende statens varetagelse af subjektets interesser, der karakteriserer den moderne bevidstheds patriotisme. I modsætning til Machiavellis begreb om virtu, som patriotien praktiserer ved at 'sætte sig ud over sig selv', således at borgeren gør statens interesser til sine, er der hos Hegel sket en markant omvendning, således at patriotisme nu defineres ved (borgerens bevidste anerkendelse af), at *staten* har gjort borgerens interesser til sine. Det er naturligvis vitalt for Hegels tankegang, at denne anerkendelse ikke er 'gratis'; borgeren anerkender nemlig samtidig statens *fornuftige* varetagelse af borgerens interesser, hvorfor borgeren også som udgangspunkt må forudsættes at indstille sig på tilsidesættelse af umiddelbare interesser efter (fornuftig) henstilling fra staten. Hegeliansk patriotisme vil altså sige, at statens rationalitet opleves som borgerens egen fornuft (og ikke som en tilsidesættelse af denne). Patriotisme er normalattituden i Hegels velfungerende stat, og den retfærdiggøres ikke af *en følelse* af patriotisme, men af en refleks mellem staten og den moderne bevidsthed. Eller sagt på en anden måde: patriotisme er netop en politisk institution i staten, der på én gang har borgerens bevidsthed som succeskriterie og mål.

Det er bemærkelsesværdigt, at denne patriotiske anerkendelse af statens fornuft ikke ledsages af et tilsvarende krav om konformitet i trosanliggender. Spørgsmålet om religion stiller på den ene side Hegel udenfor den liberale tradition, der gør religiøs bekendelse til et strengt individuelt anliggende,

²³³ Ibid., §268, p.248.

og på den anden side afviser han, at staten skal diktere religiøse retningslinier (som for eksempel Rousseau med sit begreb om en borgerlig religion). Religionen er nemlig per definition kollektiv og social og derfor inhærent politisk, hvorfor Hegel behandler kirker som korporationer med en gavnlig integrerende virkning for stat og samfund. Også kirken er altså et sted, hvor den moderne bevidsthed gennem deltagelse kan erfare en instantiering af den offentlige orden som et privilegie - nemlig trosfrihed.

Artikuleret og pædagogisk repræsentation

Det karakteristiske for meningsdannelsen i Hegels offentlighed er, at der er to retninger mellem 'regering' og 'offentlig mening' jf. ovenfor omtalte refleks mellem stat og moderne bevidsthed. Refleksens to retninger er anledning til et skel mellem individernes *private* ret til at *tale* og en *politisk* ret til at blive *hørt*. Skellet er nødvendigt for at overvinde dilemmaet mellem folkesuverænitet og repression. Hegel drager den konsekvens, at borgerne på den ene side må have taleret i politiske fora med indflydelse, men at denne taleret må medieres i institutionerne for ikke at resultere i pøbelvælde. Mellem borger og stat skal institutionen således artikulere den private tale til politik, mens statens politiske tale skal 'pædagogiseres' til private ører.

Den offentlige mening er vigtig, fordi legitimitet i sidste ende er forankret i viljen og dermed bevidstheden. Men i modsætning til kontraktteorien identificerer Hegel ikke den legitimerende vilje med en privat eller subjektiv vilje, hvilket han mener fører til ét af to absurde scenarier. Enten får den individuelle vilje direkte, men uforudsigelig politisk effekt gennem massevalg med anarki som resultat. Eller også reduceres politik til et interessefremmende middel blottet for etik med fremmedgørelse som resultat. Hegel afviser derfor en ren subjektiv voluntarisme til fordel for et viljesbegreb, der bygger på anerkendelse og fælles identitet frem for individuelle volitioner. Set i bakspejlet bemærker filosofihistorikeren Harry Brod²³⁴, at det i denne forbindelse er tankevækkende at betragte den semantiske udvikling fra en deskriptiv til en præskriptiv betydning af ordet 'demokrati'. Brod ser her et ekko af Hegels pointe: Moderne politik forudsætter den folkesuveræne grundpræmis, at staten skal udfylde alles vilje. Således søger staten legitimitet hos folket gennem den offentlige mening, mens folket søger magt og politisk indflydelse samme sted. Magt og legitimitet mødes så at sige fra hver sin side i institutionen 'den offentlige mening'. Og testen, på

²³⁴ Brod, Harry, *Hegels Philosophy of Politics - Idealism, Identity & Modernity*, Oxford: Westview 1992, p.135.

hvor vellykket mødet er, foreligger i borgernes bevidsthed som et svar på spørgsmål som: Anerkendelse eller ikke anerkendelse? Tillid eller mistillid? Gyldighed eller ikke gyldighed? I forbindelse med selve lovgivningen mener Hegel således, at stændernes (eller korporationernes) vigtigste opgave er at udgøre en institutionel kanal for denne offentlige dialog mellem stat og borgere, og derved forme borgernes bevidsthed frem for blot at varetage deres materielle interesser. Han er dog en utvetydig fortaler for ytringsfriheden (selvom han altså betragter uorganiserede volitioner så som massevalg og direkte demokrati som skadelige):

“I Frankrig har talefrihed vist sig langt mindre farlig end tvungen tavshed, for hvis folk ikke sagde noget, frygtede man, at de holdt deres modstand mod en given sag for sig selv; ræsonnementet derimod, ville give dem et åndehul og i et vist mål stille dem tilfreds, hvilket også fremmer sagens videre færd”²³⁵.

I praksis anbefaler Hegel derfor et tokammersystem, der konkretiserer hans opfattelse af staten som en organisation af grupper frem for et konglomerat af individer. De to kamre repræsenterer henholdsvis landbruget og forretningslivet. Det første kammer udmærker sig ved sin stabilitet, og medlemskab af den tilhørende stand opnås ligesom arv af jord og ejendom ved fødslen. Det andet kammer er i modsætning hertil et valgkammer, hvortil forretningslivets korporationer kan vælge sine repræsentanter.

“For så vidt de delegerede vælges af det borgerlige samfund, er det umiddelbart nærliggende, at det, ved at vælge sine repræsentanter, handler som det, det er; således er det ikke delt op i enkelte atomare enheder, der blot samles en kort stund for at udføre et midlertidigt hverv, men uden i øvrigt at hænge sammen, men artikuleres tværtimod i sine allerede eksisterende foreninger, fællesskaber og korporationer, der på denne måde træder ind i en politisk sammenhæng”²³⁶.

²³⁵ *Retsfilosofi: Elementær retsfilosofi eller naturret og statvidenskab i grundrids*, §317, p.302 - jeg har tilladt mig at rette første komma i den danske oversættelse, hvor der står: “I Frankrig har man altid opfattet talefrihed som langt farligere end tavshed...”. I den oprindelige tyske tekst, som den er gengivet på side 280 i *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Ullstein, 1972 (1821), står der: “In Frankreich hat die Freiheit der Rede immer weit weniger gefährlich als das Stummsein geschienen, weil das letztere fürchten ließ, man werde das, was man gegen eine Sache habe, bei sich behalten, während das Raisonement den Ausgang und die Befriedigung nach einer Seite enthält, wodurch im übrigen die Sache leichter ihren Gang forzugehen vermag”.

²³⁶ *Ibid.*, §308, p.295f

Hegels argument for denne løsningstype synes at være, at universelle valg udenom organisationerne ikke kan sikre, at alle interesser repræsenteres. Modellen søger med andre ord at indfri et ideal om en komplet debat frem for en magtkonkurrence mellem modstridende interesser, og den numeriske distribution af stemmer bliver derfor sekundær i forhold til stemmernes kvalitet.

“Det er indlysende fordelagtigt, at der blandt de delegerede befinder sig folk, der har et grundigt kendskab til og selv tilhører de betydende specifikke dele af samfundet, såsom handel, fabrikker osv., - et vigtigt hensyn, som forestillingen om vage og ubestemte valg helt og holdent prisgiver tilfældighederne”²³⁷.

Konsekvensen af massevalg vil derimod blive tilfældighed og apati, hvor “...vælgerne bliver indifferente...”²³⁸, og “Valget kommer i hænde på en..., specifik og tilfældig interesse, der netop skulle neutraliseres”²³⁹.

Faren ligger kort sagt i, at massevalget reducerer valghandlingen fra (forpligtende) politisk handling til (materiel) civil handling. Man kan sige, at Hegels begreb om repræsentation bygger på repræsentation af *folk* med interesser frem for afkoblede *interesser*. Og konkretiseringen af denne tankegang er altså en institutionalisering af det politiske liv, hvor borgernes mulighed for indflydelse er betinget af at de investerer deres *person* i en korporation, frem for at pleje deres anonyme interesser bag nedrullede gardiner. Her er identitet og gyldighed knyttet tæt sammen i Hegels model, idet vægten på subjektivitet i den politiske sfære synes at fortrænge anonymitet. Dette betyder ganske vist ikke, at der ikke er plads til objektive interesser i Hegels rationelle stat. De er blot ikke materielle, men konkretiseres i bureaukratiet som meritokrati og *identifikation* med den offentlige velfærd gennem de politiske institutioner²⁴⁰.

Øverste institution er derfor kronen, der personificerer statens subjektivitet. I praksis tillægger Hegel kun monarken formel betydning - et enkelt moment i modellen - og peger i stedet fra individet til totaliteten:

²³⁷ Ibid., §311A, p.298

²³⁸ Ibid., § 311A, p.299

²³⁹ Ibid., §311A, p.299

²⁴⁰ Ibid., §291, p.283

“Staten skal ses som én stor arkitektonisk bygning, en hieroglyf af fornuft, der gør sig gældende i det virkelige. Alle overvejelser baseret på nytte, på noget rent ydre osv. må derfor udelukkes fra en filosofisk diskussion”²⁴¹.

Statens struktur, og dermed argumentet for det konstitutionelle monarki, synes efter Hegels opfattelse at følge af det filosofiske begreb om den fri rationel vilje. På dette punkt er Hegels position et opgør med den udbredte vision om et nivellerende konkurrenceforhold mellem de lovgivende, udøvende og dømmende magter. Suveræniteten i en sådan konstruktion kan i følge Hegel aldrig opnå ægte autoritet, fordi den mangler en identitet, monarken. Den udøvede suverænitet kan derfor aldrig legitimere sig og reduceres til rå magtudfoldelse. Hegel vil derfor omskrive den traditionelle magtdeling:

“Vi taler almindeligvis om tre magter - den lovgivende, den udøvende og den dømmende. Den første af disse svarer til det almene og den anden til det specifikke; men den dømmende magt er ikke det tredje i begrebet, for dets individualitet ligger hinsides de øvrige sfærer”²⁴²

Kronen afløser derfor formelt den dømmende magt som den ultimative beslutningstager, mens den lovgivende magt defineres som magten til at bestemme det universelle (altså at skrive de ‘abstrakte’ lovtekster), og den udøvende magt defineres som magten til at subsumere enkelttilfælde (altså at drage loven i anvendelse).

Hegels påstand om at den dømmende magt tilhører en anden sfære end de to øvrige magter ligger i forlængelse af hans overordnede dikotomi mellem staten som en universel kategori på den ene side og det borgerlige samfund som en partikulær kategori på den anden side. Hensigten med det konstitutionelle monarki er at kombinere disse to uden at det universelle så at sige må rekurere til det borgerlige samfund og dermed det partikulære. Når monarken udtaler sit “jeg vil”, personificerer han således den sidste ubetingede base for politisk ret, men i modsætning til tidligere tiders orakler er monarkens ord udtryk for en menneskelig vilje, og derfor er modellen moderne i Hegels forstand - menneskeheden praktiserer autonomi i kraft af monarkens selvbestemmelse i stedet for at være bestemt af naturen for eksempel ved en tilfældig og uforklarlig magtbalance mellem de tre moderne statsmagter. Forud for monarkens udtrykkelige vilje går derimod en fornuftig viljesdannelsesproces i de politiske institutioner, der beslutter hvilke valg, der skal præsenteres for monarken, hvorved

²⁴¹ Ibid., §279, p.274

²⁴² Ibid., § 272A, p.264

monarkiet netop bliver konstitutionelt og ikke tyrannisk eller tilfældigt. Hegels opfattelse af massevalg som kontingente og politisk illegitime finder endelig sit måske mest påfaldende og alligevel logiske udtryk i det synspunkt, at monarkiet bør gå i arv. Således understreger Hegel på én gang den sidste viljes universelle ubetingethed og dens partikulære identitets ubetydelighed: “Til en monark behøver man blot en person, der siger ‘ja’ og intet derudover; for i spidsen for staten skal være en person, hvor den specifikke karakter ikke betyder noget”²⁴³.

Hegel undgår ganske vist at reducere monarkens vilje til nul, ved at lade kronen beholde autoritet til for eksempel benådning. Denne rest af usystematisk, subjektiv magt er naturligvis en forudsætning, for at ‘hieroglyffen af fornuft’ i yderste konsekvens kan reflektere den moderne bevidstheds selvforståelse som selvbestemmende.

Det konstitutionelle monarki er formentlig den af Hegels anbefalinger, der er vanskeligst at sluge for hans eftertid. Men hvis man tager hans metafor om statens struktur som en ‘hieroglyff af fornuft’ for pålydende (og derfor netop som en metafor), er det måske muligt at betragte hans fortolkning af de faktisk foreliggende politiske institutioner i samtidens Tyskland som blotte *instantieringer* af en fornuft, der udmærket kan tage andre konkrete former i dag - blot de fortsat reflekterer det moderne menneske som selvbestemmende i modsætning til en vilkårlig natur. Som sådan betragter Hegel faktisk den politiske historie som afsluttet: Menneskets historie har for altid frigjort sig og lagt naturen bag sig - politik er ikke mekanik:

“Og eftersom staten ikke er en mekanisme, men den selvbevidste friheds fornuftige liv og den sædelige verdens system, er borgernes sindelag, såvel som også deres bevidsthed om dette sindelag i dets grundsætninger, et væsentligt moment i den virkelige stat”²⁴⁴.

Hegels model

I Hegels model af retssamfundet definerer og genkender retssubjektet sig selv i staten, der tilsvarende definerer og spejler sig i retssubjektets bevidsthed. De enkelte retlige forhold, der måtte krydse retssubjektets egeninteresse anerkendes således af retssubjektet som fornuftige, samtidig med at retssubjektets eventuelle protest mod et retligt forhold anerkendes af staten som potentielt fornuftig. Disse to momenter repræsenterer to legitimeringsretninger - artikulation og pædagogik - der begge konkretiseres i de politiske institutioner, hvor den individuelle vilje politiseres, mens den

²⁴³ Ibid., § 280A, p.276

politiske vilje materialiseres som konkrete lovforslag og lovgivning. Hegels fremstilling af privilegiet som en instantiering af retten (og ikke en undtagelse) er et eksempel på hans fokus på retten som reflektivt *inkluderende* frem for dynamisk *ekskluderende* - det retlige privilegie betragtes som en *omsorg* for et subjekt snarere end som en *udelukkelse* af et andet.

Hegels design trækker på to ressourcer fra samme kilde: Den moderne bevidsthed. Denne vil på den ene side være (universelt) selvbestemmende, men er samtidig henvist til sin (partikulære) naturs bestemmelse. Selvbestemmelsen må nu 'forsone' sig med bestemmelsen - heri ligger fornuftens idé. Jeg kan frit forsøge at bestemme mig selv til at vinde Tour de France, men jeg må muligvis forsone mig med det fornuftige i at nøjes med Sjælsø Rundt (begge dele er usandsynligt!).

Hegels metafor om staten som en 'hieroglyf af fornuft' betyder tilsvarende, at statens aktuelle fremtoning *er* vort kollektivs fornuftige idé om sig selv. Og som designere er vi alle ansvarlige for det konkrete produkt - der er ingen anden vej 'ud af modellen' end at tage et medansvar som designer. Omvendt står og falder designet (staten) netop med modtagelsen af den anerkendelse, der ligger i, at vi påtager os dette medansvar. Eller for at vende tilbage til cykelfantasierne: Der *er* intet Tour de France, hvis ingen vil *køre* Tour de France, og i den forstand er det primært at deltage og sekundært at vinde, for hvis ingen deltager, er der ingen der vinder...

En lige så central forudsætning for modellens bæredygtighed, som præmissen om et reflektivt forhold mellem stat og bevidsthed, er således Hegels anti-individualisme, der forudsætter, at bevidstheden *ikke* er isoleret, men altid socialt rodfæstet i familien. Modellen er derfor opbygget af fællesskaber, en 'forening af foreninger', og ikke af løsrevne interessers drift mod kantianske viljesobjekter. Både bindemiddel og enkeltdelen i Hegels retsbygning er fra først til sidst *fællesskaber* af bevidsthed og bevidsthed om fællesskab. Postulatet er, at uden disse momenter, ville der ikke være nogen stat overhovedet - men det *er* der - Hegels model *er* den politiske realitet.

Hegels skel mellem det politiske og det sociale er utvivlsomt noget af Hegels væsentligste arvemateriale til Habermas. Således overholder 'regering' og 'samfund' hos Hegel i vid udstrækning samme logik som Habermas' opdeling i et politisk og et økonomisk system i *Strukturwandel der Öffentlichkeit*²⁴⁵. Og ligesom Habermas i *Faktizität und Geltung* tilstræber at isolere den sociale magts dynamik fra det politiske system, var det også Hegels opfattelse, at rå økonomiske rationaler

²⁴⁴ Ibid., §270A, p.254

²⁴⁵ Se introduktionen til Habermas p.6f.

ikke er legitimerende i politisk sammenhæng. Behov i den hegelianske stat er således primært kvalitative spørgsmål om individets fri integration gennem valg af en tilgængelig identitet - en beskæftigelse. Personer *ved*kender sig en identitet gennem et borgerligt arbejde, som kollektivet på den anden side *aner*kender, hvorved individ og kollektiv kompletterer hinanden i det borgerlige hverv. Politisk integration, det Habermas omtaler som borgernes 'aktivering' af deres grundrettigheder, forudsætter derfor adgang til stænderne i den hegelianske stat. På dette punkt opnår Hegel således at få de økonomiske (dynamiske) og politiske (refleksive) rationaler til at stå i et indbyrdes kompletterende forhold. Til gengæld taber han det sociale problem på gulvet.

Habermas og historien

Habermas' model bygger, som beskrevet i kapitel 4, på at integrere refleksive og dynamiske momenter i én legitimerende struktur. Grundlaget for denne specifikt moderne tankegang, er Machiavellis vision om at instrumentere statens struktur 'strategisk' med henblik på udvalgte mål, som ikke er dikteret af traditionen (for eksempel bibelen eller sædvanen). Dette træk åbner i princippet for en udvikling, der leder frem mod retssubjekternes fri strategiske målsætning i en etisk-politisk diskurs. Med god vilje kan Machiavellis struktur også siges at mediere mellem refleksive og dynamiske momenter, men han skelner ikke præcist, og det tætteste han kommer på et egentligt integrerende princip, dydsbegrebet *virtu* (der på én gang er altruistisk og samtidig både kan betales og betale sig), leder frem til en dynamisk overbalance til kollektivets fordel, hvor individet patriotisk ofrer sig for kollektivet. Machiavellis model åbner ikke desto mindre diskussionen om retsfællesskabets mål, og hans behandling af både korrupsion og fattigdom tematiserer i den forbindelse, ligesom Habermas, det kritiske forhold mellem retten og den sociale magts dynamik. Habermas' arv fra Locke er mere eller mindre ufrivillig, men ikke desto mindre er magtdelingen oprindeligt Lockes. Locke tager imidlertid et skridt tilbage fra Machiavelli, idet han underordner de strukturerende principper i forhold til Guds naturlige morallov. Som sådan betragter han ikke, som Machiavelli gjorde, retsfilosofiens genstand som et design til opnåelsen af valgfri mål - rækkefølgen er snarere omvendt: 'Værsgo', her er målene (ejendomsret etc.), vælg selv et design!' Locke underkender i denne forstand den retlige strukturs legitimerende egenværdi, og er i den forstand inkompatibel med Habermas' procedurale strategi for retlig legitimering. Desuden kan man sige, at hvor Habermas kæmper med at formulere et legitimerende kredsløb, der integrerer dynamik og refleks så *uafhængigt* af social dynamik som muligt, opnår Locke tværtimod at legitimere det dynamiske konfliktpotentiale med hans udgangspunkt i ejendoms- og arveret. Montesquieu distinktioner mellem 'bestræbelser' og idealer, mellem religiøs og politisk dyd og mellem filosofisk og politisk frihed virker nærmest som Oplysningstidens habermasiansk-pragmatiske modstykke til Locke. Mest karakteristisk omvender Montesquieu Lockes negative frihedsbegreb til et positivt, og trækker dermed den *politiske* frihed tilbage i det politisk dydige retsfællesskabs bestræbelser, mens spørgsmål om religiøse dyder og filosofisk frihed forbliver udenfor modellen, og som sådan ikke vedrører de 'bestræbelser', der i nogen grad foregriber Habermas' begreb om forenelige begrundelser. Så selvom Montesquieus vision om 'delte motiver'

lugter af et utopia, hvor ret og moral går i ét og overflødiggør retshåndhævelse, er der også belæg for at læse hans videreudvikling af Lockes magtdeling netop som en strukturel legitimeringsprocedure, der fremtvinger forenelige begrundelser, og derved tilstræber at bringe refleks og dynamik sammen, når nu idealerne må forventes at forblive idealer.

Montesquieus begreb om den sociale dynamik som 'fordærvelse', stemmekøb og 'yderligtgående lighedsånd' peger frem mod Rousseau, der som den første konsekvent synes at udpege rettens filosofiske og sociologiske side, med hans målsætning om at bringe retfærdighed og nytte sammen. Rousseaus statsborger-begreb synes således at stå i forlængelse af Montesquieus politiske dyd og det positive frihedsbegreb, ligesom statsborgerens dobbeltstatus som suveræn og undersåt foregriber Habermas' metafor om rettens Janusansigt - enheden af legitimitet og positivitet. Statsborgerbegrebet er muligvis den første moderne politiske institution, der for alvor konkretiserer en retlig models integration mellem dynamisk vilje og refleksiv fornuft. Rousseaus problem synes imidlertid at være, hvordan de konkrete viljers indbyrdes dynamiske moment som natur (sociologi), kan undgå at tyrannisere fornuften i et direkte demokrati. Hans løsning, den Machiavelli-inspirerede civile trosbekendelse, risikerer at stille kollektivet i et dynamisk-patroniserende forhold til individet. Problemet skyldes, at Rousseau forestiller sig den statsborgerlige integration mellem fornuft og vilje gentaget på kollektiv-niveau - i et 'groß-subjekt' som Habermas skriver - hvor vilje og fornuft imidlertid ikke på samme måde er knyttet sammen i én enhed i form af en person.

Habermas' anklage om subjektfilosofi rammer også Kant på grund af hans prioritering af moral over ret. Så selvom Kant i lighed med Rousseau vil tøjle dynamiske (heteronome eller realpolitiske) motiver med en refleksiv struktur, der bærer videre på både statsborgerskabet og en positiv 'ydre retslig' frihed, så ender han ligesom Locke med at give den ultimative retskilde en ekstern og dermed dynamisk placering i forhold til modellen - i individets moralske samvittighed - og som sådan 'kombinerer' han refleksive og dynamiske momenter snarere end at integrere dem. Dette fællestræk mellem Kant og Locke, den model-eksterne retskilde, er netop den fordobling, Habermas hævder, moderne fornuftsret har overtaget fra traditionel naturret, og som han kritiserer for at forvirre ret og morals idealtypiske co-originalitet og deraf følgende gensidige komplettering (frem for rangordning). Men hvorfor vil Locke og Kant supplere (eller stække) retten med eksterne kilder? Et muligt svar er, at deres respektive ekskursor til henholdsvis natur og fornuft udtrykker en intuition om, at der *må* være en kilde for retskritikken udenfor gældende ret. At det *må* være muligt for mig at protestere mod min dom på et ikke-juridisk almenmenneskeligt grundlag. Det er denne intuition om

'frigørelse' eller 'uafhængighed' der senere bliver genstand for Hegels kritik af den moderne bevidsthed.

Kant er imidlertid på samme kurs som Habermas for så vidt han bestræber sig på at holde den sociologiske lovmæssigheds dynamik på afstand. Til gengæld får han indført en 'filosofisk' dynamik hvor den individuelle samvittighed hele tiden truer med at ekskludere retsfællesskabets statsborgerlige ret. Den centrale forskel på Kant og Habermas er her deres respektive universaliseringsprincipper - (D) og det kategoriske imperativ. Habermas udelukker principielt ikke Kants kategoriske imperativ, men han forsøger logisk set at grave et spadestik dybere ved at hævde ét abstrakt universaliseringsprincip (D) for handlenormer, der siden kan anvendes som henholdsvis moralprincip og demokratiprincip²⁴⁶.

Ligesom Habermas med dette argument får knyttet retlige og moralske rationaler sammen i ét (co-originalt) logisk udgangspunkt, kan man sige, at Hegel allerede i sin models abstrakte præmisser integrerer refleks og dynamik, når han forener fornuft og vilje i ét fornuftsbegreb, med to sider: Den selvbevidste (filosofiske) tanke og den aktuelle (sociologiske) verden. Dette fornuftsbegreb kan følgelig ikke løsrives fra sine omgivelser, og derfor anklager Hegel både det liberalt forståede individs protest mod kollektivet og terrorregimets blodige løsrivelsesforsøg i forhold til historien for at overdrive det selvbevidste moment.

Denne tankegang er også baggrunden, når Hegel udråber forfatningen som 'hellig', fordi han opfatter grundloven som historiens politiske aktualitet, uden hvilken politisk tænkning ikke kan udfylde et adækvat begreb om politisk fornuft. Habermas tildeler sine 'grundrettigheder'²⁴⁷ en lignende originær status, idet han afviser, at der overhovedet kan tales politik uden sættet af grundrettigheder. Men til forskel fra Habermas' skema, der teoretisk set er tomt, indtil borgerne (idealtypisk) aktiverer dem selv som forfattere, repræsenterer Hegels forfatning en konkret aktualitet med et indhold, der fra begyndelsen forpligter borgerens politiske tanke. I Hegels model er denne borgers krav om en fornuftig magtpraksis retmæssig, men det samme er den fornuftige stats magtkrav om normkonform handling.

Et sidste, men tankevækkende lighedspunkt mellem Hegel og Habermas, som jeg ikke har nævnt tidligere, er den kontingente karakter, de hver især tilskriver henholdsvis monarken og den

²⁴⁶ Se afsnittet 'Afledning af moral- og demokratiprincipper fra (D)' i kapitel 2.

²⁴⁷ Se afsnittet 'Rettighedernes genese' i kapitel 3 om retssystemet.

kommunikative magt. Habermas' model består således groft sagt af en omhyggeligt tilrettelagt integration mellem en reflektiv beslutningsprocedure i retten og en dynamisk social virkelighed, men også af et uberegneligt element - den kommunikative magt. Tilsvarende integrerer Hegels model to omhyggeligt strukturerede politiske og sociale momenter, men på toppen af kransekagen placerer han ligesom Habermas en ubekendt - monarken. Begge 'ubekendte' har den funktion at træffe beslutninger i sager, efter de har gennemgået en tilberedningsproces i den gennemstrukturerede offentlighed - de udfylder med andre ord oraklets funktion i Dürkheims arkaiske scenarium²⁴⁸. I begge modeller er det endvidere tilberedningsprocessen der begrundes orakelsvarets legitimitet. Hegel hævder således, at monarken blot skal være i stand til at sige 'ja' for at træffe en legitim beslutning, mens Habermas rent ud konkluderer, at den fornuftigt begrundede politiske vilje må forblive kontingent²⁴⁹. Både Hegel og Habermas anser det altså for nødvendigt at lægge et kontingent moment til det kontrollerede kompleks af refleks og dynamik. Samtidig rummer begge løsninger imidlertid et subjekt - det tilfældige flertal eller monarken. Dette fællestræk understreger, at dilemmaet i moderne retsfilosofi i høj grad kredser om den fælles *viljesdannelse*: Nogen *skal* bestemme, men samtidig bryder vi os ikke om, at det skal være *nogen* - så hellere slå plat og krone.

Fælles for de moderne løsninger på dette dilemma er bestræbelserne på at komme frem til en adækvat beskrivelse af den meningsdannelsesproces, der går forud for selve beslutningen. Habermas står foreløbigt for enden af denne udvikling med en model, der ligesom Hegels bevidst søger at mediere mellem refleks og dynamik. Et godt eksempel er hans brug af en anden tænk, Ingeborg Maus, til at karakterisere den demokratiske lov som "...kombinationen af retsafgørelseres indholdsmæssige vilkårlighed med deres procedurale forudsætningsers uvilkårlighed"²⁵⁰. Den konkrete afgørelse henter (kontingent) autoritet i den reflektive folkesuveræne procedure, hvorefter den legitimt kan sanktioneres dynamisk under forudsætning af at grupperne af autoriserende og sanktionerede individer udgøres af de samme personer.

Men hvorledes kritisere de resulterende beslutninger? Med udgangspunkt i Habermas' taksonomier over gyldighedsområder og -kriterier er det blandt andet muligt at praktisere retskritikken som en diskussion af rettens genstandsområde - for eksempel i den etisk-politiske diskurs - og som sådan er

²⁴⁸ Se afsnittet 'Retsstatens idé' i kapitel 3.

²⁴⁹ Se afsnittet 'Den kommunikative magts kontingens' i kapitel 4 om retsstaten.

der plads til en diskussion af 'naturlige' eller 'fornuftige' rettigheder. For eksempel med henblik på handleområder som retssubjekter enten *ikke* ønsker reguleret eller netop ønsker beskyttet gennem regulering²⁵¹. Da offentligheden, hvor en sådan retlig diskurs kan finde sted, og hvor den kommunikative magt artikulerer sig, er legitimerende ressource for modellen, betyder dette, at retskritik og ret bliver gensidige forudsætninger *i* modellen.

Hos Habermas er den retskritiske diskurs derfor et af retsstatens selvforhold. Ret og retskritik kan for at benytte Habermas' egen terminologi betragtes som lige oprindelige eller co-originale i fællesskabet, og det er blandt andet den institutionelle eksplicitering af denne co-originalitet, der skal bære modellen ved at virke integrerende. Hvis man retter blikket mod historien, er det blandt andet muligt at finde en lignende tankegang i Machiavellis positive syn på en fri partidannelse. Allerede realpolitikeren Machiavelli opfattede et gensidigt inkluderende forhold mellem ret og retskritik som et nødvendigt træk for en retlig model, der har sin egen stabilitet som mål.

²⁵⁰ Se afsnittet 'Fra kommunikativ til administrativ magt' i kapitel 4.

²⁵¹ Netop her giver Hegels refleksive fortolkning af begrebet om privilegier mening. I Danmark tolereres for eksempel nogle typer rituel omskæring (mandlig omskæring) mens andre forbydes (kvindelig omskæring), selvom begge indgreb kan hævdes at være i strid med FN's børnekonvention, da ingen af dem har nogen helbredsfræmmende betydning, og det omskårede subjekt er umyndigt og ikke kan afgive samtykke. Den tolererede variant kan betragtes som et handleområde, der i overensstemmelse med nogle retssubjekters identitet *ikke* reguleres og som sådan instantierer pågældende praksis qua ikke-sanktioneret en rettighed - et privilegie.

Konklusion

En mulig tolkning af van Gogh-scenariet er, at van Goghs fremstilling af Islam var en kommunikativ magtdemonstration af hans (og måske et flertal i Europas) foragt for morderen og hans trosfællers værdigrundlag, og at morderens handling tilsvarende kan ses som en magtdemonstration, der tjente til at illustrere hans foragt for en ret, der autoriseres af en kommunikativ magt, som ikke respekterer ham – mordhandlingen kan som sådan betragtes som et tilfælde af selvtægt, hvor selvtægtspersonen ikke blot håndhæver, men i lighed med Habermas' dommerkonge også bestemmer sin egen ret uafhængigt. Hvorfor gør han det?

Et muligt svar i hegelianske termer er, at både van Goghs og morderens handlinger savner en medierende artikulation, til at gøre deres synspunkter politiske og retmæssige. Denne diagnose rammer primært morderen, men også van Gogh der med habermasianske termer kan siges at give sit synspunkt et stærkt ekspressivt udtryk og dermed knytter et betydeligt subjektivt indhold, foragten og fornærmelsen, til sin objektive påstand, om at islam er kvindeundertrykkende. Da van Goghs meddelelse samtidig sanktioneres som retmæssig af den kommunikative magt qua sin overensstemmelse med ytringsfriheden, oplever morderen, dels at det er retmæssigt at fornærme og såre ham offentligt, men især at *han ikke har mulighed for at påvirke retstilstanden, fordi den kommunikative magt²⁵² er imod ham.*

De vestlige demokratier praktiserer således en høj grad af dynamik i offentligheden, og resultatet er altså blandt andet, at *kommunikativt afmægtige* kan opleve deres værdier, synspunkter eller interesser blive ekskluderet. Afhængig af præferencer kan det forekomme mere eller mindre kontroversielt eller formålstjenligt. Materielt velstillede mindretal må for eksempel forholde sig til, at flertallet enes om at beskatte deres rigdom i større eller mindre udstrækning. Mindretallenes handlingsalternativer er umiddelbart to: *Refleksivt* at søge indflydelse på retten ved at mobilisere kommunikativ magt eller *dynamisk* at unddrage sig/ekskludere retten. Det sidste kan enten ske ved at supplere sin kommunikative afmagt med en anden type magt indenfor fællesskabet, for eksempel social magt, eller ved at ekskludere fællesskabet. Hvis ikke man ligefrem vil emigrere synes valget altså at stå mellem afmagt, korruption eller kriminalitet. Hvor retten er dynamisk-ekskluderende, risikerer den kort og godt selv at møde dynamiske svar.

²⁵² Min brug af 'kommunikativ magt' her er muligvis ikke er fuldstændig kongruent med Habermas' egen brug.

Men hvor de potentielle skatteunddragere står i en forhandlingssituation i forhold til fællesskabet, som for eksempel i tilfældet Maersk McKinney-Møller vs. Danmark, fordi de netop har en magtressource, der kan supplere deres kommunikative afmagt, står andre kommunikativt afmægtige mindretal uden alternative magtressourcer. Theo van Goghs mordere repræsenterede et sådant kommunikativt afmægtigt mindretal i det hollandsk-europæiske samfund, der var og er chanceløse med henblik på at sætte såvel kommunikativ som supplerende magt bag mange af deres synspunkter. Det virker ikke urimeligt at antage, at denne afmagt er en del af forklaringen på, at van Goghs mordere som et svar på en fuldstændig massiv dynamik valgte det ultimativt dynamiske svar at slå modparten på munden ved at myrde Theo van Gogh. Handlingen kan således forstås som en tilsidesættelse af hele den ret, morderen alligevel oplevede tilsidesatte ham selv.

Jeg gætter på, at sociologer ville have nemt ved at bekræfte empirisk, at retssubjekter, der som van Goghs mordere oplever retten som dynamisk ekskluderende på ét punkt, er tilbøjelige til selv, ligesom van Goghs mordere, at ekskludere retten på andre punkter. Muslimer, der i Danmark oplever massiv administrativ/kommunikativ modstand mod deres ønsker om for eksempel at bygge en moské eller anlægge en gravplads, vil måske efterfølgende være mere tilbøjelige til at parallelimportere sodavand, arbejde sort og praktisere socialt bedrageri eller på anden vis tilsidesætte retten og således yderligere fremprovokere og bidrage til den uvilje, der fremmer dynamikken.

En mulig teoretisk forklaring på moderne demokratiers vanskeligheder med at rumme denne type problemer er, at retten ikke er en 'ren' kategori. Derimod er det rimeligt, som Habermas beskriver det i sit fylogenetiske argument, at antage at *retten er et kompleks af både magt og legitimering*. Og hvad mere er: magt og legitimering følger ideelt set hver deres principper. *Ren magt er dynamisk, mens ren legitimering er refleksiv*. Beskrivelsen af deres gensidige komplettering som ret vanskeliggøres imidlertid af, at begge principper er på spil overalt, men aldrig på én gang - en dynamisk relation kan strengt taget ikke samtidig være refleksiv.

Gennem den moderne retsfilosofis historie kan man således følge, det ene forsøg efter det andet, på alligevel at bringe principperne sammen i én struktur, med behørig respekt for uønskede blandingsformer under navne som 'korruption' eller 'tyranni'. Repræsentation, flerkammersystemer, magtdeling og vetoret er alle eksempler på den slags bestræbelser. Repræsentation virker for eksempel grundlæggende ved først at tilfredsstille rettens refleksive krav om legitimering gennem valgkamp og -handling, og siden tilfredsstille samme rets dynamiske magtkrav gennem lovgivning og regeringsførelse.

Det ideologiske momentum i moderne retsfilosofi kan således betragtes som variationer i den strukturelle distribution mellem refleks og dynamik på forskellige handleområder. Det typiske eksempel er økonomien, hvor synspunkterne fordeler sig på en skala fra (refleksiv) planøkonomi til (dynamisk) markedsøkonomi. I Danmark har vi på det seneste haft en fornyet debat om religionen og dens institutionalisering som folkekirke. Fortalerne for en adskillelse af kirke og stat kan udmærket ses som proponenter for en 'dynamisering' af trosspørgsmål - disse borgere ønsker ikke længere at føle sig 'religiøst integrerede' gennem deres statsborgerskab.

Det er Habermas' fortjeneste, at han med sine taksonomier for handle- og gyldighedsområder netop gør det muligt at føre en diskurs, om sammenhængen mellem et handleområdes substans og dets regulering som privat, offentligt, kulturelt, politisk etc.. Hans fremstilling af denne diskurs som en legitimerende forudsætning, der mobiliserer det indbyrdes patriotiske forhold mellem retssubjekterne ('forfatningspatriotisme'), indebærer desuden et udpræget proceduralt retsbegreb, hvor intet i princippet er helligt for diskursen - heller ikke forfatningen selv.

Det synes at følge, at *ytringsfriheden må forsvares med argumenter* og ikke blot praktiseres som magt, hvis modellen skal opretholde et legitimerende forhold til alle retssubjekter. På den anden side ser det ud til, at flertallet af retsfæller har en tendens til at designe modellen til at fravælge at argumentere med mindretal og i stedet udvikle dynamiske afstødningsprocesser i forhold til 'restgrupperne'²⁵³. Men hvilken mening giver denne afstødning retsfilosofisk?

Svaret er muligvis, at afstødningsprocesserne er symptomer på en autoriserende kommunikativ magts uafhængighed af den rationelle rets legitimerende ydelser i forhold til de ekskluderede subjekter. Magten truer med andre ord hele tiden med at instrumentalisere retten i en moderne variant af flertalstyranniet. Og så længe de ekskluderede subjekter er tilstrækkeligt få og afmægtige, kan modellen bære, fordi forholdet mellem ret og magt forekommer gensidigt for det kommunikativt magtfulde flertal. Eller, for at benytte denne redegørelses foretrukne terminologi: Den

²⁵³ Det danske retssystemets nylige beslutning om at udvise de to dansk opvoksede umyndige retssubjekter, der knivdræbte den italienske rygsækturist Antonio Curras, til Tyrkiet, hvortil de højst har formel tilknytning, er muligvis et symptom på en sådan udvikling. Dansk Folkepartis forslag 31. maj 2005 om at tage stemmeretten fra indvandrere med permanent opholdstilladelse, men uden statsborgerskab (ca. 200.000 personer i Danmark) er et andet tilbagevendende eksempel på en helt eksplicit dynamisk afstødningsstrategi. Fremskridtspartiet fremsatte i sin tid et lignende forslag i Folketinget 6 gange. Sådanne målrettede forsøg på at ændre adgangen til valgdeltagelse er uden tvivl et eksempel, på det Habermas

kommunikative magts selvstændiggørelse ledsages af *en tendens til dynamiske (magt-) løsninger på refleksive (legitimerings-) problemer*. Flertallet oplever ikke selv, at modellen er ‘hullet’, og når nogle subjekter ‘falder igennem’ opfattes det som ulydighed snarere end som retlig utilstrækkelighed på modellens side. De tabte retssubjekter oplever på den anden side retten som illegitim. Kvantitative flertal kan med andre ord aldrig, jf. Hegels kritik af massevalget, udfylde legitimeringens krav om refleks i forhold til mindretallene. Tendensen vil naturligvis forstærkes i samfund præget af etisk-politisk og/eller social polarisering mellem stærke flertal og svage mindretal. Det paradoksale er, at målet med denne (magt-) strategi, for eksempel når Danmark udviser Antonio Curras’ mordere til Tyrkiet, synes at være en bekræftelse af retten, mens det faktisk er muligt at argumentere for, at det kun er magten, der bekræftes - det legitimerende aspekt i forhold til dommens subjekter lades nemlig i stikken. Hvis rettens formål derfor er et både-og som beskrevet i indledningen²⁵⁴, er resultatet af strategien, at retsfølelse reduceres til magtfølelse, og at prisen for denne magtfølelse er et tab af legitimitet, der må forventes at føre til mere snarere end mindre kriminalitet. Destabilisering snarere end stabilisering.

I etisk-politiske konflikter om fællesskabets autentiske selvforståelse eller identitet står flertallet i moderne vestlige demokratier med andre ord i en valgsituation mellem *at dominere eller enes med mindretallet* - dynamisk eller refleksiv løsning. *Prisen for at dominere* risikerer i hvert tilfælde at udvikle sig til et legitimitetstab med uønskede destabiliserende konsekvenser (for eksempel korrupcion, kriminalitet eller endog terror), men samtidig bekræftes magtens (den kommunikative) autorisering af retten, og som sådan er gevinsten, at flertallet oplever, den aktuelle model blive bekræftet - flertallets integration styrkes på bekostning af mindretallets disintegration. En fortolkning af mordet på Theo van Gogh i overensstemmelse med denne strategi kan principielt se både van Gogh og hans morder som patrioter, der med machiavelliansk virtu ofrede deres personer for en kollektiv selvforståelse - kollektiverne var blot forskellige.

Prisen for at enes risikerer på den anden side at være, at den aktuelle model må revideres, og at flertallet derfor må evaluere deres selvforståelse. Gevinsten, hvis evalueringen lykkes, tilbyder til gengæld ideelt set at udbrede det legitimerende kredsløb til alle retssubjekter, og således yde øget stabilitet qua øget integration af mindretal. Set med disse briller er der ingen patriotisme i sigte på

opfatter som magtens instrumentalisering af retten: en ændring af de retlige forudsætninger for magtudøvelse i overensstemmelse med egeninteresser. Se eventuelt afsnittet ‘Administrativ magt’ i Kapitel 3.

nogen af siderne i Theo van Goghs tragedie: Begge parter betjente sig af hver deres magtpraksis i deres indbyrdes relation, og hverken offer eller morder synes således at have anerkendt hinanden som gensidigt forpligtede retsfæller.

Desværre er ingen af løsningerne altså gratis, men set i lyset af både Habermas og før ham en betragtelig tendens i moderne europæisk retsfilosofi synes vi i hvert enkelt tilfælde af retlig ulydighed eller retskritik principielt at stå i samme valgsituation: integration eller ikke integration? Refleksiv eller dynamisk løsning?

²⁵⁴ *Både at imødekomme 'retsfølelsen' og at fremme normkonform handling.*

Litteraturliste

- Ackrill, J.L., *A new Aristotle Reader*, New York: Princeton University Press, 1987.
- Arendt, Hannah, *Über die Revolution*, München/Zürich: Piper, 1965.
- Arendt, Hannah, *Vita Activa*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 1960.
- Brod, Harry, *Hegel's Philosophy of Politics: Idealism, Identity, and Modernity*, Oxford: Westview, 1992.
- Cartwright, Nancy, *The dappled World*, Cambridge: CUP, 1999.
- Christiansen, F.V./Rump, C., *Nomological Machines in Science and in Engineering*, København: Københavns Universitet, 2004 (Under udgivelse).
- Copleston, Frederick, S.J., *A History of Philosophy*, vol. 5, Image Books, New York, 1994 (1959).
- Elster, Jon, *Stat, organisasjon, klasse*, Oslo: Pax, 1976.
- Eriksen, E.O./Weigård, J., *Kommunikativt Demokrati*, København: Hans Reitzels Forlag, 2003 (Oslo, 2002).
- Habermas, Jürgen, *Borgerlig offentlighet – dens fremvekst og forfall: Henimot en teori om det borgerlige samfunn*, Oslo: Gyldendal norsk forlag, 1997 (1962).
- Habermas, Jürgen, 'Den europæiske nationalstat - om suverænitets og statsborgerskabets fortid og fremtid', København: Gyldendal, 2001 (1996).
- Habermas, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999 (1996).
- Habermas, Jürgen, *Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.
- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- Habermas, Jürgen, 'Folkesuverænitet som procedure', København: Gyldendal, 2001 (1992).
- Habermas, Jürgen, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1990 (1962).
- Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997 (1981).
- Habermas, Jürgen, *Theorie und Praxis*, Neuwied am Rhein: Luchterhand, 1963.
- Harste, Gorm, *Efter oplysningen - Habermas og Luhmann om autonomi og autopoiesis*, Århus: Århus Universitet, 1998.
- Harste, Gorm, *Habermas*, Århus: Modtryk, 2002.

- Harste, Gorm, 'Hegel. Modernitet som samfundskritik', *GRUS nr. 48*, Aalborg, 1996.
- Harste, Gorm, 'Kommunikation, naturteologi og politik i Kants *Kritik der Urteilskraft*', Aalborg: Nordisk Sommeruniversitet, 1994.
- Harste, Gorm, 'Verdensborgerret - om naturfolks betydning i Immanuel Kants garanti for "den evige fred"', Odense: Man & Nature, 1993.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt am Main: Ullstein, 1972 (1821).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, *Retsfilosofi: Elementær retsfilosofi eller naturret og statsvidenskab i grundrids*, Frederiksberg: Det lille Forlag, 2004 (1821).
- Høeg/Ræder (udg.), *Platons Skrifter*, Bd. 7, 'Sofisten'; 'Statsmanden'; 'Filebos', København: Hans Reitzel, 1992.
- Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg: Felix Meiner Verlag, 1965 (1785)
- Kant, Immanuel, *Grundlæggelse af moralens metafysik*, København: Hans Reitzels Forlag, 1993 (1785).
- Kant, Immanuel, *Kant*, indl. v. Justus Hartnack, København: Munksgaard/Rosinante, 1998.
- Kant, Immanuel, *Til den evige fred*, forord af Mogens Chrom Jacobsen, København: Gyldendal, 1995.
- Kotkavirta, Jussu, 'On the locus of the political in Kant's practical philosophy', i Harste, Gorm (red.), *Kompleksitet og Dømmekraft*, Aalborg: Nordisk Sommeruniversitet, 1994.
- Locke, John, *Anden Afhandling om Styreformen*, indl. v. Niels Henningsen, Frederiksberg: Det lille forlag, 1996 (*An Essay concerning the true and original, extent and end of civil government*, 1690).
- Locke, John, *Two Treatises of Government*, indl. v. Professor W.S. Carpenter, London: Dent, 1975.
- Machiavelli, Niccoló, *Drøftelser af Livius*, Hasselager: Helikon 2004 (*Discorsi*, 1531).
- Merleau-Ponty, Maurice, 'Maleren og filosofien' (1960) i: Dehs, Jørgen (udg.), *Æstetiske teorier*, Odense Universitetsforlag, 1984.
- Nørager, Troels, *System og Livsverden*, Århus: Anis, 1987.
- Skinner, Quentin, *Liberty before liberalism*, Cambridge: CUP, 2001 (1998).
- Skinner, Q, *Machiavelli*, New York: Oxford University Press, 2000 (1981).
- Skinner, Quentin, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge: CUP, 1979-80.

Outhwaite, William, *Habermas*, København: Reitzel, 1997.

Rasmussen, David, 'How is valid law possible?', London: Sage Publications Ltd., 1996.

Ross, Jan, 'Glauben darf man alles', *Die Zeit*, 28. oktober 2004.

Rousseau, Jean-Jaques, *Samfundspagten*, indl. v. Mihail Larsen, København: Rhodos, 1987 (1762)

Teubner, Günther, 'Udviklingsmodeller i sammenlignende perspektiv', i Born.A, m.fl. (red.),

Refleksiv Ret, København: Nyt fra samfundsvidenskaberne, 1988 (1982)