



**AALBORG
UNIVERSITET**

Speciale

Arbitrærhed i USA's retssystem

En undersøgelse af dødsstraffens anvendelse i USA

Sally Kannegaard Lybæk, Aalborg Universitet, Anvendt Filosofi (KA)



Sally Kannegaard Lybæk

Dato: 02.06.25

Vejleder: Jens Damgaard Thaysen

Antal anslag: 138756

Antal normalsider: 57,8

Indholdsfortegnelse

Abstract	4
Indledning	5
Problemfelt.....	6
Furman v. Georgia	7
Furman v. Gregg	7
Hvorfor dødsstraf?	9
Dødsstraf i tal: 1980 v. 2014.....	10
Michael Moore's retributivisme	13
<i>Desert</i> som betingelse	13
Proportionalitet v. disproportionalitet.....	15
Absolutte normer	16
Konsekventialisme og deontologisk retributivisme.....	17
Hvorfor retributivisme?	18
Anthony Duffs kommunikative liberalisme.....	22
Duffs kommunikative teori	22
Straf som kommunikation.....	23
Medlemskab, rolle ansvar og censure	24
Inklusion og eksklusion	26
Liberalismens sociale kontrakt	28
Kerneverdier.....	29

Kritik af <i>incapacitation</i>	31
Kritik af generel afskrækkelse	32
Kritik af retributivisme	33
Redegørelse for debatten vedrørende dødsstraf	34
The collapse of the Case against Capital Punishment	35
Unavoidable capriciousness	37
Avoidable capriciousness	37
Absolut og komparativ fortjeneste - ifølge Van den Haag	38
Does it Matter if the Death Penalty is Arbitrarily Administered?	39
Forskning og legitimitet	43
Absolut og komparativ fortjeneste - ifølge Nathanson	44
Hvem slipper? Og hvorfor?	44
Kan vi dømme uden bias?	45
Diskussion og vurdering	46
Kan man retfærdiggøre dødsstraf i et system med arbitrære faktorer i fordelingen?	47
Hvorfor er det krænkende, når den ene slipper, men den anden straffes?	50
No-complaint argument	53
Originalisme og moralsk eksklusion	54
Afrunding	56
Litteratur	58

Abstract

Although capital punishment remains legal in 27 of the 50 American states, its continued use can seem difficult to justify based on the well-documented racial arbitrariness found in the penal system. The main objective of this thesis is to investigate whether the death penalty can be morally justified in a system colored by racial and socio-economic bias. Drawing on close readings of key Supreme Court opinions (*Furman v. Georgia* and *Gregg v. Georgia*), empirical data from both new and historical studies, to compare how the statistics have changed, and using philosophical writings, the thesis seeks to gather a nuanced layout of the debate on the death penalty. With a focus on Michael Moore's retributive theory, Antony Duff's communicative theory, Van den Haags sociology and Nathansons abolitionist view, these theories will be uncovered and discussed in relation to each other. It is through the combination of the empirical data and philosophical writings, that the thesis maps the terrain of the modern death penalty debate. Through the analysis and discussion, the thesis revealed a persistent *race-of-victim* and *race-of-defendant* effect which shows the flaws in the US justice system. The thesis focuses exclusively on hypothetical cases where the defendants are equally guilty, and the crimes are of comparable nature. This ensures that the discussion remains fair and is not distorted by differences in the severity of the crimes or the level of culpability. It was found that the same historical unjust treatment of marginalized groups within the US penal order, continues to fester in the juries today. Philosophically, these facts unsettle a lot of different theories, even ones that, in principle, permit the death penalty, such as Moore's retributivist view - even if that theory can justify capital punishment under ideal conditions, it becomes much harder to defend when faced with evidence of systemic bias, arbitrariness, and unequal application. The legitimacy of the death penalty is not only a question of moral desert in the abstract, but also of whether real-world institutions can implement it justly. The thesis therefore concludes that abolition in the remaining 27 states could be the solution that is best suited to limit the discrimination. However, eliminating capital punishment will not rid the criminal-justice system of classism or racism, but it will remove the penalty in which those inequities are most lethal and least corrigible, and thus represents a necessary, if only partial, step toward a more defensible penal order.

Indledning

I maj 2025 sidder omkring 2.100 personer på dødsgangen i USA. Indtil videre er 19 personer blevet henrettet i år, og yderligere 9 henrettelser er planlagt inden slutningen af året (Sainz, (2025)). Af de 2.100 dømte, består ca 830 af dem, af afroamerikanere, som svarer til 40% af de indsatte (Dunham, (2025)). Selvom det kan påpeges at afroamerikanere statistisk set laver mere kriminalitet, viser forskning at det ikke er så simpelt som blot at undersøge kriminalitetsrater, men at der bør ses på racebaserede biases i strafudmålingen og udvælgelse til dødsstraf. Denne markante overrepræsentation rejser alvorlige spørgsmål om legitimiteten af det amerikanske retssystem. Dødsstraffen er den absolut hårdeste straf i det amerikanske retssystem, baseret på dens irreversible natur, og netop på baggrund af straffens hårdhed og irreversibilitet kræver den en høj moralsk legitimitet. Når den praktiseres i et system, der historisk set begår de samme mønstre og opretholder strukturelle uligheder viser det væsentlige problematikker, som leder til det spørgsmål dette speciale sætter ud for at besvare: Kan dødsstraffen retfærdiggøres i et samfund, hvor systematisk diskrimination er en veldokumenteret realitet?

Specialet indledes med en klar afgrænsning af de problemstillinger, der undersøges, samt en præcisering af, hvorfor disse aspekter falder inden for undersøgelsens ramme. Herefter præsenteres en overordnet nogle af de historiske sager, som udfordrede dødsstraffen i USA, med særligt fokus på de to skelsættende højesteretsafgørelser *Furman v. Georgia* (1972) og *Gregg v. Georgia* (1976). I forbindelse med dette inddrages empiriske data fra 1970 til nu, som afdækker nogle af de racemæssige mønstre, som præger det amerikanske retssystem. Denne empiri skal sikre at det er klart hvilke problematikker som specialet vil omhandle samt danne et objektivi standpunkt hvorfra akademisk diskussion kan opstå. For at sikre kendskab til de retsfilosofiske tilgange, inddrages to straffeteorier, hvor retributivismen og den kommunikative teori præsenteres af henholdsvis Michael Moore og Antony Duff. Dertil redegøres der for den normative debat omhandlende dødsstraf, som har til formål at læne sig op af det fagfilosofiske, og samtidigt sikrer en nuanceret tilgang, derfor gennemgås en række argumenter både for og imod dødsstraf. Denne del af opgaven tager udgangspunkt i centrale tænkere på området; Stephen Nathanson, Ernest Van den Haag. Specialet søger at undersøge de problematikker, der både historisk og i nutiden præger det amerikanske retssystem, med særligt fokus på racediskrimination i forbindelse med dødsstraf. Formålet er at afdække de potentielle arbitrære og moralsk problematiske aspekter ved dødsstraffen og vurdere, om den

bør afskaffes helt. Dette spørgsmål er særligt relevant i en tid, hvor både det republikanske parti og vælgere i stor grad viser villighed til at anvende hårdere straffe, hvilket gør en grundlæggende moralsk vurdering af dødsstraffen endnu mere presserende (Farber, (2021), GPPR).

Problemfelt

Retssystemet i USA er præget af en skiftende juridisk og politisk holdning til strafferammernes legitimitet, hvilket afspejles i en række skelsættende retsafgørelser og lovgivningsmæssige ændringer. Dødsstraf har været en del af det amerikanske retssystem siden kolonitiden, men har især i det 20. og 21. århundrede været præget af intens debat og juridiske udfordringer, der har haft afgørende betydning for straffens anvendelse og moralske legitimitet (DPI, (u.d.), History).

Når der i denne opgave benyttes begrebet *arbitrær*, henviser det til en uretfærdig eller disproportionel anvendelse af dødsstraf, hvor afgørelser i høj grad påvirkes af irrelevante faktorer som race eller økonomisk status, fremfor udelukkende af sagens juridiske, faktuelle og moralske indhold. Arbitrærhed indebærer, at det i praksis ses som tilfældigt eller uforudsigeligt, hvem der idømmes dødsstraf og hvem der slippet, selv i sager med sammenlignelige forbrydelser. Det er netop dette denne opgave tager udgangspunkt i: sager hvor der antages at A. de hypotetiske kriminelle er skyldige i deres tiltale, og B. når hvide og sorte amerikanere sammenlignes, antages det, at deres hypotetiske forbrydelse er af samme alvorlighed. Disse valg tjener flere formål: Først og fremmest sikrer det, at fokus bliver på straffen og retssystemets behandling af den tiltalte, snarere end skyldsspørgsmålet i sig selv, altså at spørgsmålet ikke drejes hen til en "bliver afroamerikanere oftere fejldømt"-vinkel. På denne måde bliver det muligt at undersøge hvordan dødsstraffen måles forskelligt for personer med samme skyld. Ydermere er det vigtigt at selve forbrydelserne kan sammenlignes. Hvis der er stor forskel på forbrydelsens karakter, ville det ikke være muligt at vurdere, om strafudmålingen sker på arbitrære måder. Ved at overholde disse, bliver det muligt at belyse den arbitrærhed, som specialet ønsker at undersøge.

Furman v. Georgia

I 1972 markerede sagen *Furman v. Georgia* en milepæl, hvor USA's højesteret skulle afgøre, om dødsstraffen skulle omstødes. Det centrale grundlag for hvorfor sagen skulle vendes lød som følgende: "The death penalty is unconstitutional under the Eighth Amendment prohibition against cruel and unusual punishment when it is imposed in an arbitrary and capricious manner that leads to discriminatory results" (Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)), det vil således sige, at sagen hovedsageligt omhandlede problematikker med dødsstraffen i sin natur, altså om den var konstitutionel eller ikke, samt i den administrative uddeling af straffen, hvor der diskuteredes arbitrærhed i selve fordelingen af dødsstraffen. De vigtigste argumenter for hvorfor dødsstraffen skulle omstødes var, at straffen brød med den 8. og 14. forfatningsparagraf, fordi den ikke beskyttede amerikanske borgere mod "Cruel and unusual punishment" (Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)). Et flertal i Højesteretten vurderede, at dødsstraffen blev anvendt på en måde, der i praksis var disproportionalt hård over for marginaliserede grupper og ikke overholdte forfatningens forbud mod "cruel and unusual punishment". Særligt dommerne Brennan og Marshall argumenterede for, at dødsstraffen i sig selv stred mod forfatningen. De anså dødsstraffen som en "unusual" form for straf, der ikke længere var passende i et moderne retssamfund. Ifølge dem kunne staten godt opretholde et effektivt straffesystem med mindre voldsomme, men stadig effektive straffe. Det følger af den 8. forfatningsparagraf; "(...) must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society" (Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)), med dette menes det, at der nødvendigvis må ske revideringer for at sikre, at den måde strafferammerne i USA forløber, hele tiden er tidssvarende med moralske standarder. Denne afgørelse medførte en midlertidig afbrydelse af dødsstraf i hele landet, således blev over 630 dødsstrafsdømte reduceret til livstidssdomme (Graham, (1972), [Nytimes.com](https://www.nytimes.com)).

Furman v. Gregg

Fire år efter *Furman v. Georgia* blev dødsstraffens legitimitet igen debatteret i Højesteretssagen *Gregg v. Georgia* (1976). Her fastslog Højesteret, at dødsstraf i sig selv ikke var i strid med den 8. og 14. forfatningsparagraf, på betingelse af at der blev indført tilstrækkelige procedurer og kriterier for at minimere risikoen for arbitrærhed i anvendelse og udmåling af straffen. Disse nye tiltag skulle sikre, at dommere og nævninge ville have et

mere konkret grundlag at gå ud fra, når de skulle afgøre hvem der skulle modtage dødsstraf. Afgørelsen byggede på en antagelse om, at nye juridiske retningslinjer og en mere struktureret proces ville gøre beslutningsprocessen mere objektiv og struktureret, i det at det blev klarere for dommere hvordan de skulle skelne mellem de sager, hvor dødsstraf kunne være passende, og dem, hvor den ikke burde anvendes. Højesteret vurderede, at de bekymringer om diskrimination og uretfærdig anvendelse af dødsstraf, som blev rejst i *Furman*, kunne imødekommes gennem denne ny lovgivning, som sikrede, at dommere og nævninge fik tilstrækkelig information og vejledning i deres beslutningsproces. Som Højesteret formulerede det:

“The concerns expressed in *Furman* that the death penalty not be imposed arbitrarily or capriciously can be met by a carefully drafted statute that ensures that the sentencing authority is given adequate information and guidance, concerns best met by a system that provides for a bifurcated proceeding at which the sentencing authority is apprised of the information relevant to the imposition of sentence and provided with standards to guide its use of that information” (Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976)).

Med dette mente Højesteret, at dødsstraffen ville kunne udføres uden samme risiko for arbitrære domme, fordi lovgivningen nu skabte en mere klar og kontrolleret beslutningsproces. En af de væsentligste ændringer var indførelsen af den såkaldte *bifurcated trial*. Dette er en todelt retssagsproces, hvor den tiltalte i første del af retssagen, skal erkendes for skyldig eller uskyldig. Hvis den tiltalte erkendes skyldig, beslattes der i den første del af sagen også om forbrydelsen er så grov, at der er tale om en såkaldt capital offence, og at dødsstraf dermed *kan* være en passende straf (LLI, (2022), capital offence). I den anden del af retssagen ser man både skærpende (aggravating) og formildende (mitigating) omstændigheder. Hver stat har en liste over skærpende faktorer, hvor mindst én af punkterne skal være til stede i den tiltaltes forbrydelse, før dødsstraf kan være en passende straf (DPI, (u.d), Aggravating Factors by State). Selvom de skærpende omstændigheder varierer fra stat til stat, er der visse punkter, der går igen i næsten alle amerikanske delstater. Blandt de mest hyppige er:

1. Overlagt mord - dødsstraf kan være passende, hvis drabet blev begået med forsæt, hvilket vil sige, at det var planlagt og ikke skete ved selvforsvar eller som uagtsomt manddrab.

2. Drab på en politibetjent - hvis offeret var en politibetjent, der var på arbejde eller udførte sin tjeneste, anses dette som en særlig alvorlig forbrydelse, der kan udløse dødsstraf.
3. Gentagne grove forbrydelser - hvis gerningspersonen tidligere har begået lignende alvorlige forbrydelser, kan dette anvendes som en skærpende faktor, der øger sandsynligheden for en dødsstrafdom (DPI, (u.d.), Aggravating Factors by State)

Disse omstændigheder, som Højesteret i 1976 indførte, skulle som nævnt før være med til at sikre en mere objektiv og retfærdig anvendelse af dødsstraffen. Formålet var at hvis dommere i de forskellige delstater fulgte klare kriterier for hvad der retfærdigt kunne udløse en dødsstrafdom, ville det bidrage til, at der, rent administrativt blev uddelt dødsstraf på en mindre arbitrær måde. Udover den todelte retsproces og de skærpende omstændigheder, slog Højesteret fast, at dødsstrafdomme også skulle gennemgå en obligatorisk appel (appellate review), hvor en højere domstol vurderer, om sagen er blevet behandlet korrekt. Som The U.S. Courts of Appeals forklarer: "Federal courts of appeals review the procedures and the decisions in the district courts, also known as trial courts, to make sure that the proceedings were fair and that the law was applied correctly" (uscourts.gov, (u.d.). About the U.S. Courts of Appeals). Denne appelproces blev anset som værende et vigtigt sikkerhedsnet som, der også skulle være med til at forhindre de mønstre, som Furman havde påpeget. Ud fra en tiltro til disse nye implementationer, besluttede Højesteret derfor, at dødsstraffen kunne eksistere inden for rammerne af den amerikanske forfatning, så længe de nye retningslinjer blev fulgt, og dermed blev dødsstraffen reaktiveret i 1976.

Hvorfor dødsstraf?

Det kan hævdes, at en vis grad af arbitrærhed og diskrimination gør sig gældende i mange, hvis ikke alle former for juridiske afgørelser. Dog vil denne opgave have særligt fokus på dødsstraffens anvendelse. Dette skyldes den særlige og irreversible karakter, som dødsstraffen besidder. I modsætning til andre former for straf, hvor fejl kan korrigeres gennem appel- og ankesystemet, og domme potentielt kan omstødes, er dødsstraffen endegyldig. Når en henrettelse er blevet gennemført, er det ikke muligt at råde bod på eventuelle fejl eller uretfærdigheder i retssagen. Mr. Justice Steward hævdede under Furman v. Georgia: "The penalty of death differs from all other forms of criminal punishment, not in degree, but in kind. It is unique in its total irrevocability. It is unique in its rejection of

rehabilitation of the convict as a basic purpose of criminal justice. And it is unique, finally, in its absolute renunciation of all that is embodied in our concept of humanity” (Furman v. Georgia, 408 U.S. 238 (1972)).

Det Steward argumenterer for her er, at dødsstraffen afviger fra de centrale formål, man traditionelt forbinder med strafferetten, særligt rehabilitering. En person, der er henrettet, kan ikke forbedre sig, reflektere over sine handlinger eller vende tilbage til samfundet. På den måde afviser dødsstraffen hele ideen om, at straf kan være en proces, hvor individet inkluderes som en del af fællesskabet, hvilket er noget Antony Duff betegner som essentielt i sin straffeteori¹. Den sidste og måske mest kontroversielle påstand i citatet er at dødsstraffen er: “an absolute renunciation of all that is embodied in our concept of humanity”. Her hævder Steward, at dødsstraffen ikke blot er i strid med, men er et komplet opgør med vores menneskelighed. Denne formulering rejser imidlertid nogle spørgsmål: Gælder denne kritik i alle tænkelige samfund, også i et hypotetisk samfund hvor dødsstraf praktiseres uden arbitrærhed eller diskrimination? Er det et absolut princip om respekt for menneskeliv eller handler det om at give kriminelle en straf som proportionelt stemmer overens med forbrydelsen? Ud fra Stewards argument kan det siges, at irreversibiliteten forstærker betydningen af et retfærdigt retssystem samt vigtigheden af forskning om mulighederne for at mindske systematisk bias. Hvis USA ønsker at sikre retfærdighed i deres juridiske system og opretholde princippet om lighed for loven, må de forholde sig kritisk til, i hvilket omfang arbitrære faktorer og subjektive bias påvirker afgørelser i sager om dødsstraf.

Dødsstraf i tal: 1980 v. 2014

Racediskrimination i anvendelsen af dødsstraf i USA er et veldokumenteret problem, der rejser alvorlige spørgsmål om retfærdighed og lighed i det amerikanske retssystem. Flere undersøgelser har afsløret betydelige uligheder baseret på både offerets og den tiltaltes race. I dette afsnit vil der udlægges for empiriske studier fra henholdsvis 1980'erne og nutiden. Formålet med dette afsnit er både at belyse netop hvorfor denne arbitrærhed er så problematisk, samt at kunne sammenligne de historiske tal til moderne tider, for at undersøge om der er sket den ønskede minimering af diskrimination i dødsstraf, som Højesteretten lovede efter Gregg v. Georgia. Først udfoldes de vigtigste fund i Pierce og Bowers artikel

¹ En pointe som vendes tilbage til

“Arbitrariness and Discrimination under Post-Furman Capital Statutes” og dernæst bliver nyere forskning sat op imod.

Ifølge Bowers og Pierce blev der fra 1930 og frem til tidspunktet for deres undersøgelse i 1980 henrettet 3.862 personer i USA, hvoraf 2.066 var afroamerikanere. Proportionelt til det sorte befolkningstal, svarede det til 5 gange deres population. Umiddelbart kunne dette fremstå som en indikation på systemisk racesdiskrimination i USA's juridiske system, men det var for Bowers og Pierce vigtigt at nuancere dette: "Yet, this disproportion does not, in itself, constitute evidence of differential treatment of or discrimination against blacks in the application of the death penalty" (Pierce & Bowers, (1980), s. 575). De fremhæver i undersøgelsen, at sorte amerikanere historisk set har begået betydeligt mere kriminalitet end hvide amerikanere, blandt andet som følge af fattigdom og undertrykkelse, som generelt er forbundet med en større mængde voldelig kriminalitet. Dog mener de, at det ikke er tilstrækkeligt at sammenligne henrettelser med befolkningsantal, hvis man vil afdække potentiel diskrimination i dødsstraffen. I stedet mener de, at man må analysere, hvordan forskellige grupper behandles inden for den samme form for forbrydelse, da det er her, retssystemets beslutninger og eventuelle problematikker viser sig (Pierce & Bowers, (1980), s. 575).

For at kunne påvise uretfærdighed i det amerikanske retssystem, viser Bowers og Pierce i deres analyse, at både gerningspersonens og offerets race har betydelig indflydelse på sandsynligheden for, at en dødsstraf idømmes, men at *offerets* race spiller den mest afgørende rolle. Da Bowers og Pierce analyserede kontroller for offerets race, viste resultaterne, at sorte gerningspersoner oftere modtager dødsstraf end hvide gerningspersoner for forbrydelser af lignende natur. Samtidig, og endnu mere markant, viste dataene, at gerningspersoner uanset deres egen race, langt oftere dømtes til døden, hvis deres offer var hvid, sammenlignet med hvis offeret var sort. Dette fremgår tydeligt af forskellene i sandsynligheden for at blive idømt dødsstraf. For eksempel var sandsynligheden for dødsstraf i tilfælde med hvide ofre og sorte gerningspersoner 29%, mens den faldt til blot 3% i tilfælde med sorte ofre og sorte gerningspersoner. I forhold til hvide gerningspersoner blev der påvist en sandsynlighed på 7% hvis ofret også var hvid, mens der ved et sort offer var 0% sandsynlighed for at modtage dødsstraf. Det er netop disse resultater som Bowers og Pierce mener understreger en systematisk skævhed i retspraksis, hvor *værdien* af offerets liv, og grusomheden af

forbrydelsen, synes at vurderes forskellig alt efter offeret og tiltaltes race (Pierce & Bowers, (1980) s. 577).

I det følgende rettes blikket mod nyere statistikker, idet det er særligt relevant at undersøge, hvorvidt de tidligere dokumenterede problematikker fortsat gør sig gældende i det amerikanske retssystem. De nedenstående tal er indsamlet og formidlet af Death Penalty Information Center, som har sammenfattet centrale fund fra en række aktuelle undersøgelser af racediskrimination i forbindelse med anvendelsen af dødsstraf.

Ligesom i Pierce og Bowers analyse, findes en bemærkelsesværdig pointe i forholdet mellem ofrets race og anvendelsen af dødsstraf, for eksempel viser data at nævninge i delstaten Washington er tre gange mere tilbøjelige til at anbefale dødsstraf til en sort tiltalt end til en hvid tiltalte i sager hvor forbrydelsen er af lignende karakter (DPI, (2025), Washington). Ligeledes viser data fra Louisiana, at sandsynligheden for at blive idømt dødsstraf er 97% højere for tiltalte, hvis offeret er hvid, sammenlignet med tiltalte, hvis offeret er sort. Dette antyder, at offerets race har en betydelig indflydelse på, hvorvidt dødsstraf bliver anvendt, hvilket rejser bekymringer om retfærdigheden i straffesystemet. Disse statistikker understøttes af yderligere data, der viser, at 42% af de indsatte på dødsgangen i USA i 2014 var sorte, selvom afroamerikanere kun udgør omkring 13% af den samlede befolkning. Desuden er 54% af de personer, der er blevet uretmæssigt dømt og senere frikendt fra dødsstraf, sorte, hvilket peger på alvorlige fejl og bias i retssystemet (DPI, (2025), factsheet). Ydermere viser en undersøgelse fra 2019, udført af forskere Scott Phillips og Justin Marceau, at tiltalte i sager med hvide ofre, er 17 gange mere sandsynlige for at blive henrettet, end tiltalte i sager med sorte ofre (Ukendt (2020) ej.org). Disse uligheder har ført til omfattende debat og kritik af dødsstraffens anvendelse i USA, som netop ses i de store Højesteretssager som Furman og Gregg. Menneskerettighedsorganisationer, som Amnesty, mener at sådanne racemæssige skævheder underminerer retssystemets legitimitet og strider mod principperne om lighed for loven. De opfordrer derfor til at reformere eller helt afskaffe dødsstraffen for at sikre et mere retfærdigt retssystem (amnesty.org, (2023)).

Når man sammenligner de nyere statistikker med Bowers og Pierces analyse fra 1980, bliver det tydeligt, at de uligheder og mønstre, der blev påpeget for over 40 år siden, i høj grad stadig gør sig gældende i dag. Det rejser alvorlige spørgsmål om, hvorvidt de reformer, der blev indført efter *Gregg v. Georgia*, har haft nogen reel effekt. I *Gregg v. Georgia*, blev der som nævnt tidligere, indført nogle nye tiltag, som havde til formål at minimere de

diskriminerende mønstre, disse tiltag var, de skærpene omstændigheder, den *bifurcated trial* process, og den obligatoriske appel. Men alligevel tyder disse data på, at reformerne og tiltagene ikke har haft den ønskede effekt, enten fordi de ikke er blevet implementeret korrekt, eller fordi der stadig kan være subjektiv bias i retssagerne, og derfor har tiltagene ikke lykkedes med at minimere de underliggende strukturelle problemer.

Michael Moore's retributivisme

I de kommende afsnit vil der udlægges for Michael Moores retributivistiske straffeteori, der fokuseres på hans værk, *Placing Blame* (1997). For at forstå kernen i Michael Moores retributivistiske straffeteori er det afgørende først at undersøge begrebet fortjeneste (desert), og hvordan hans teori hviler på ideen om, at straf og fortjeneste hænger sammen. I det følgende afsnit rettes fokus derfor mod den grundlæggende idé om, at straf bør gives, fordi og kun fordi den kriminelle har gjort sig fortjent til det. Dette indebærer en nærmere gennemgang af, hvordan Moore adskiller sig fra konsekventialistiske tilgange til straf, samt hvordan han argumenterer for en stærk moralsk forpligtelse, staten har til at straffe kriminelle. Samtidig vil der åbnes op for spørgsmålet om, hvorvidt og hvordan denne tilgang håndtere proportionalitet og grænser for straffens hårdhed, herunder spørgsmålet om dødsstraf.

Desert som betingelse

Retributivisme er en straffeteoretisk tilgang, som fokuserer hovedsageligt på gengældelse, skyld og fortjeneste, det er netop dette som Moore også læner sig op af. Først vil der udlægges for hvad hans konkretisering af retributivisme er;

“As we have seen, retributivism is the view that we ought to punish offenders because and only because they deserve to be punished. Punishment is justified, for a retributivist, solely by the fact that those receiving it deserve it” (Moore, (1997), s. 153).

Det som Moore fremstiller her, er en teori som hæfter sig ved begrebet *desert*, som beskriver den måde, et individ kan fortjene en specifik straf, hvis vedkommende har gjort sig skyldig i en ulovlig handling. Moore gør det klart, at de positive ting straf *kan* medføre, såsom at afskrække andre fra at begå kriminalitet, at oplyse samfundet om rigtig og forkert, eller at uskadeliggøre farlige personer gennem fængsling, ikke i sig selv kan retfærdiggøre straf.

Disse potentielle medfølger kan godt være værdsatte, men de er, ifølge Moore, sekundære til selve straffen. Det centrale spørgsmål er ikke, hvad straf kan føre til, men hvorvidt den skyldige har gjort sig fortjent til straffen, altså er det for Moore alene gerningspersonens skyld, der gør straffen retfærdig. Moore forklarer herefter at staten både har en legitim ret til, men også en forpligtelse til at straffe dem, som fortjener det. Således er der en form for implicit moralsk tilladelse gennem ulovlige handlinger, som giver staten ret til at straffe. På den måde kan det siges, at det ikke er nok, at staten har tilladelse og et legitimt grundlag for at straffe hvis de har muligheden - nej de *skal* faktisk forsøge at straffe så mange af dem der fortjener det som muligt. Dette lægger sig op af faktummet om at Moore har en *positiv* retributivistisk tilgang. Det kommer specielt til udtryk i det følgende: "Retributivists assert that punishment is justified only if those who receive it deserve it, but that is not the connection between desert and punishment distinctive of retributivism. Rather, the more distinctive assertion of the retributivist is that punishment is justified if it is given to those who deserve it. Desert, in other words, is a sufficient condition of a just punishment, not only a necessary condition" (Moore (1997), s. 153). Hvad der bliver klart i citat er, at der er en væsentlig forskel mellem positiv og negativ retributivisme. Når Moore kommer med påstanden "punishment is justified only if those who receive it deserve it" kommer det fra *negativ retributivisme*, som har en nødvendig betinget tilgang til straf: Man må ikke straffe nogen, *medmindre* de har fortjent det. Men Moore repræsenterer det, der kaldes positiv retributivisme, og det er i den anden del af citatet at det bliver tydeligt: "Punishment is justified *if* it is given to those who deserve it". Det betyder, at *desert* i sig selv er nok til at retfærdiggøre straf. Han mener altså, at det ikke bare er *tilladt* at straffe skyldige, det er faktisk retfærdigt og statens pligt at gøre det (Moore (1997), s. 153-54). I forbindelse med netop denne ide om fortjeneste, er det vigtigt at pointere Moores synspunkt på proportionalitet. Selvom han hævder, at skyld er en betingelse for at blive straffet, betyder det for Moore ikke, at alle former for straf er acceptable. Faktisk insisterer han på, at straf skal gives proportionelt til forbrydelsens alvor og dermed forbryderens fortjeneste. På den måde fungerer proportionalitet som en begrænsning for hvor hårdt og hvordan staten må straffe, selv når straf er fortjent. Det indebærer, at der skal være et passende forhold mellem graden af skyld og straffens hårdhed, således at staten hverken straffer for hårdt, som f.eks. at give dødsstraf for butikstyveri, eller for mildt, som f.eks. at give en bøde for mord (Moore, (1997), s. 197).

Denne måde at beskrive straf som en forpligtelse til staten, danner grundlag for Moores videre beskrivelse af retributivismen. Han uddyber og sammenfatter sit synspunkt i følgende formulering: "Retributivism is thus the view both that punishment institutions in general are justified by the giving of just deserts and that the punishment of each offender is justified by the fact that he or she deserves it" (Moore (1997), s. 155), i dette sammenfatter han egentlig retributivismen i en enkelt sætning, men på samme måde siger han to ting på én gang; en generel og en specifik pointe. Den generelle pointe tager hånd om selve retssystemets legitimitet. Retributivismen hævder, at det, der grundlæggende retfærdiggør et straffesystem, er idéen om at staten gengælder kriminelle handlinger på en retfærdig måde. Det vil sige, at systemet er berettiget at straffe, fordi det har som formål at give kriminelle, hvad de fortjener, når de har gjort noget forkert. På samme måde retfærdiggøres hver enkelt straf med udgangspunkt i netop det samme princip: personen fortjener straffen. Det er ikke fordi straffen har nogle andre positive værdier (som nævnt tidligere; f.eks. afskrækkelse eller rehabilitering), men fordi der er en intrinsisk værdi i at straffe den forkerte handling.

Proportionalitet v. disproportionalitet

Moore pointerer selv, at retributivisme ofte bliver beskrevet som en "øje for øje"-teori, hvor straffen skal passe til forbrydelsen i form og intensitet (lex talionis). Men han distancerer sig eksplicit fra sådanne simple måder at tænke retributivisme på. Det er ifølge ham muligt at være retributivist og samtidig afvise dødsstraf eller brugen af tortur, selv i tilfælde hvor forbrydelsen kunne retfærdiggøre det, hvis man fulgte ideen om ren gengældelse. Dog understreger Moore, at det er et krav til retributivismen: at den må forholde sig til spørgsmålet om *hvor hårdt* man må straffe, og med *hvilke midler*. Dermed anerkender han, at proportionalitet ikke blot handler om at der skal være forhold mellem forbrydelse og straf, men også om *hvordan* dette forhold konkret skal udmåles (Moore, (1997), s. 88).

For at besvare denne praktiske men også moralske problematik med at udmåle straf, benytter Moore sig af begrebet culpability, som kan bruges som en form for målestok, som knytter sig til gerningsmandens intentioner bag handlingen. Som han formulerer det: "Culpability sets the outer limits of desert and thus, of proportionate punishment. (Proximately) causing the harm intended or risked brings one's deserts up to those limits but causing more harm than intended or risked does not increase one's deserts beyond those limits" (Moore 1997, 247)" Culpability sætter dermed grænserne for hvor meget straf kriminelle fortjener. Begrebet

indebærer også, at intentioner og skade spiller ind. Hvis en person udøver den mængde skade, de havde planlagt, så når deres skyld op til den maksimale straf, de kan fortjene. Men hvis det viser sig, at personen rent faktisk udøvede mere skade end vedkommende havde planlagt, så fortjener de ikke mere straf. Et tydeligt eksempel kan være to personer, der kommer i slagsmål på en bytur. Begge slår en anden med en knytnæve i panden. Den ene rammer, og det resulterer blot i en bule. Den anden rammer også, men personen mister balancen, falder og dør på stedet. Begge havde samme intention: at gøre skade som reaktion på en intern konflikt. Men ifølge Moore fortjener den person, der endte med at dræbe offeret, ikke en hårdere straf end den første person, netop fordi skyld og intention var identiske, og straf bør afspejle netop dette, ikke blot konsekvenserne af situationen.

Absolutte normer

Moore adresserer også spørgsmålet om, hvorvidt visse moralske normer kan betragtes som absolutte. Med dette menes det at der findes regler som gælder ubetinget og uden undtagelser i alle situationer. I dette stiller han sig skeptisk overfor ideen om absolutter som "thou shalt not kill" og "thou shalt not torture". Han forklarer at der er et *general need* for undtagelser i disse moralske normer, Moore fremfører således, at disse tilsyneladende absolutte normer alligevel rummer åbenlyse undtagelser: for eksempel i tilfælde af selvforsvar, hvor det at dræbe en anden person kan være moralsk passende eller endda nødvendigt. Det indikerer, at sådanne normer i praksis må fortolkes baseret på, om omstændighederne kan være så voldsomme, at normerne må brydes, og ikke blot som et absolut princip.

Denne pointe åbner et vigtigt spørgsmål i forhold til dødsstraf: Hvis der kan findes legitime undtagelser fra normen om ikke at dræbe, kan det så også gælde, når staten udmåler dødsstraf som gengældelse for særligt grove forbrydelser? Moore forpligter sig ikke klart til en position her, men hans analyser antyder, at dødsstraf ikke nødvendigvis må afvises ud fra et absolut forbud mod at tage liv. Især i et citat hvor Moore forklarer nogle forskellige måder moralske normer kan brydes på, herunder det ovenstående eksempel om selvforsvar: i forlængelse af dette skriver Moore "Don't kill, unless in self-defence, to protect your family, to aid in a just war lawfully declared, to execute those deserving of the death penalty such as Adolf Eichmann" (Moore, (1997), s. 706). Specielt sidste eksempel i citatet er interessant i netop dette speciale. Her nævnes den tyske SS-officer, som var ansvarlig for at administrere transporten af over 150.000 jøder til koncentrationslejre (Stræde, (u.d), lex.dk). At Moore inddrager Eichmann i dette er interessant fordi, det forudsætter at der er en grænse for

hvornår dødsstraf i så fald er det rigtige, fordi den kriminelle har gjort noget så forfærdeligt at det proportionelt kun er døden, som kan give hvad vedkommende fortjener. I dette bliver Eichmanns handlinger under anden verdenskrig, proportionelt forfærdelige nok til at han i 1960 blev henrettet i Jerusalem (Stræde, (u.d), lex.dk). Eichmann bliver et eksempel på en gerningsmand, hvis handlinger er så gennemgribende onde, at kun døden kan proportionelt matche hans skyld. Her fungerer døden ikke blot som en fysisk straf, men som en *stand-in* for den lidelse, han påførte andre. Hans henrettelse i Jerusalem i 1960 bliver dermed et udtryk for, at hans død ikke kun skete, fordi staten skulle gengælde hans handlinger, men fordi hans forbrydelser nåede en proportionel grænse, hvor en anden form for straf ikke kunne måle sig. Med dette argument afviser Moore idéen om, at dødsstraf i sig selv nødvendigvis udgør en krænkelse af den menneskelige værdighed eller ideen om nogle moralske absolutter som "thou shalt not kill". I stedet må man undersøge, om dødsstraffen i den konkrete kontekst kan opfylde kravet om proportionalitet og dermed er en moralsk nødvendighed.

I forbindelse med ovenstående er det dog også vigtigt at berøre den måde Moore fastholder, at retributivismen ikke i sig selv læner sig op af en specifik strafferamme, altså er der ikke én konkret måde, hvorpå vi kan straffe. På den måde kan det siges, at retributivismen ikke giver præcise svar på, hvordan og hvor meget kriminelle skal straffes, f.eks. hvor mange års fængsel en given handling bør udløse eller hvornår en handling er grusom nok at den udløser dødsstraf. Retributivismen tilbyder i stedet en mere generel moralsk ramme, hvori det bliver muligt at vurdere, om en specifik straf er passende, ved at overveje, om den skyldige får den straf vedkommende fortjener. På den måde kan det siges, at selve den konkrete udmåling af straf bliver overladt til det givne juridiske system, som har til ansvar at finde netop den straf, som proportionelt passer til forbrydelsen (Moore, (1997), s. 88)

Konsekventialisme og deontologisk retributivisme

Moore går nu ind i en diskussion om, hvorvidt retributivisme bedst forstås som en konsekventalistisk eller deontologisk teori. Ifølge ham handler konsekventialisme om, at det gode ved en handling afhænger af de gode konsekvenser, den fører med sig - et eksempel kunne være at give en hjemløs 1000kr, en konsekventalist ville typisk tænke at det er godt at give den hjemløse 1000 kr, hvis det fører til noget positivt, f.eks. at han køber et jakkesæt, får et job og får et bedre liv. Det er altså konsekvenserne, der gør handlingen moralsk god. Deontologi, derimod, hævder, at det gode i handlinger skal vurderes ud fra visse pligter eller

normer, som er knyttet til den person, der handler. Dette kalder Moore for *agent-relative* normer. En agent-relativ norm er en slags moralsk regel, der gælder særligt for bestemte personer eller roller. For eksempel har læger et agent-relativt normsæt som forudsætter at de med al deres magt forsøger at redde og tage sig af sine patienter, altså har læger et helt særligt ansvar som gælder specifikt for dem. Moore overfører denne tankegang til staten og hævder, at staten har et særligt ansvar for at sikre retfærdighed ved at straffe dem, der bryder loven, netop fordi det er statens opgave, på samme måde som lægens (Moore, 1997, s. 155).

Moore pointerer herefter, at retributivisme ofte bliver placeret i en deontologisk ramme, altså som en teori, der bygger på disse agent-relative normer. Han fremlægger en hyppig brugt kritik af denne tilgang; Retributivismen kan i princippet ikke legitimere nogen form for strafferamme, fordi det ikke er muligt at garantere, at der ikke opstår fejl. For eksempel kan det ikke udelukkes, at nogle uskyldige bliver fejldømt. Moore modargumenterer ved at sammenligne denne kritik til andre områder, hvor vi accepterer en vis risiko for fejl eller skade. Han fastlægger, at man ved, at nogle former for arbejde, f.eks. minearbejde eller at bygge højhuse, har en høj risiko for, at nogen kommer til skade, men alligevel er det ikke moralsk forkasteligt at ansætte folk til at bygge højhuse. Grunden til at det godt kan være legitimt at sætte nogle liv på spil, er at der ikke er dårlige intentioner bag. Altså at de ansvarlige gør alt de kan for at sikre at deres ansatte er så sikre som muligt, for eksempel ved at investere i det bedste sikkerhedsudstyr til arbejdere i miner. På samme måde mener Moore, at staten godt kan have et straffesystem, selvom det aldrig kan være fejlfrit. Så længe intentionen ikke er at straffe uskyldige og der gøres alt for at undgå det, kan straffesystemet være en legitim institution. Moore konkluderer altså, at det afgørende er, at staten handler ud fra sine agent-relative forpligtelser: at sørge for, at de skyldige får den straf, de fortjener (Moore, (1997), s. 158).

Hvorfor retributivisme?

I dette stykke vil Moores argumentation for hvorfor netop retributivismen kan retfærdiggøres uddybes yderligere. Moore mener, at der er tre hovedpunkter, som retfærdiggør dets brug:

Det første punkt som Moore fremlægger, er et *conceptual claim*: Hård behandling er kun en straf, hvis den kriminelle har fortjent hård behandling. Han mener at hvis vi virkelig skal forstå hvad konceptet om straf er, må vi forstå at det handler om mere end bare hvordan straffen ser ud (fængsel eller bøde), men lige så meget om *hvorfor* straffen bliver givet, altså

fordi den kriminelle fortjener at blive straffet. På den måde er formålet eller intentionen bag straffen også en vigtig del af selve begrebet. Dette punkt kan måske virke lidt indforstået og en unødvendig indvending fra Moore, men hans skelnen er vigtig. Moore forsøger at beskytte en bestemt forståelse af, hvad straf er. Hvis vi ikke ved hvornår hård behandling egentlig er en straf, risikerer vi at kalde alt muligt for straf f.eks. tortur eller social udskamning, selvom at straf som disse, for Moore ikke handler om retfærdighed (Moore, (1997), s. 159).

Det andet punkt handler for Moore om, at retributivismen er et *legal claim*. Med dette mener han, at retributivismen har et mål om at straffe dem, som fortjener det. Dette retskrav passer ifølge Moore direkte ind i det etablerede system, og derfor er det i princippet en simpel opgave at kunne opnå et sådant retributivistisk mål. Moore kritiserer her kort utilitaristiske tilgange for ikke at passe ind i de etablerede doktriner, og derfor ikke har lige så nemt ved at kunne passe ind i de moderne strafferammer (Moore, (1997), s. 159). Med andre ord forsøger Moore at overbevise os om, at retributivismen er den straffeteoretiske tilgang, som både intuitivt og i praksis giver mest mening. Det antages, at retributive principper allerede er indgroet i den måde, vi faktisk tænker og praktiserer straf på, selvom vi ikke nødvendigvis har kendskab til straffeteori, dette er en pointe som vendes tilbage til.

Moorens tredje begrundelse for retributivismen er et moralsk argument, der tager afsæt i, hvordan vi generelt retfærdiggør moralske principper. Moore fortsætter med at forklare, at hvis man har en konsekventalistisk tilgang på moral, kan man retfærdiggøre retributivismen ved at vise, at dette i praksis fører til gode konsekvenser, f.eks. afskrækkelse eller rehabilitering. Retributivisme bliver i så fald et middel til at udlede andre former for goder, udover den intrinsiske værdi i at straffe kriminelle. Hvis man i stedet har en ikke-konsekventalistisk tilgang hævder han, at den forpligtelse, staten har til at straffe skyldige, kan forsvares på samme måde som andre moralske normer vi anser som basale. Hvis det eksempelvis betragtes som intrinsisk forkert at straffe *uskyldige*, uafhængigt af eventuelle positive konsekvenser, så må det også kunne forsvares, at det på samme måde er intrinsisk rigtigt at straffe *skyldige*. Ydermere, når vi afviser at straffe uskyldige, anerkender vi samtidig, at straf må være proportional og knyttet til fortjeneste. Derfor er det moralsk rigtigt at straffe skyldige, fordi straffen her opfylder kravet om proportionalitet, mens det er forkert at straffe uskyldige, da dette indebærer en uretfærdig og disproportional straf, som vedkommende ikke fortjener. Med andre ord: Hvis man er deontolog, og vurderer moral ud fra potentielle konsekvenser af handlinger, må retributivismen forsvares ud fra dens egen

værdi: at det i sig selv er moralsk rigtigt at straffe dem, der har begået en forbrydelse (Moore, (1997), s. 159-60). Moore konkluderer, at hans primære fokus gennem *Placing Blame* er det tredje argument for retributivisme, altså det moralske. Han ønsker at kunne forsvare det normative udsagn om, at straf i sig selv er et moralsk gode. Det er altså ikke de gode konsekvenser af straf, som interesserer Moore, men derimod den intrinsiske værdi, der findes i at give den skyldige, hvad vedkommende fortjener. For denne opgave bliver det imidlertid særligt interessant at undersøge, om Moores retributivisme indeholder en grænse for straf og hvor denne grænse i så fald går. Spørgsmålet er, hvor proportionalitet i forhold til straf og forbrydelse kommer fra, og om det kan danne etisk grundlag for- eller imod hårde straffe såsom dødsstraf.

Dette spørgsmål kan besvares ud fra et andet centralt argument for, hvorfor retributivismen ifølge Moore er en legitim og korrekt tilgang til straf: betydningen af vores følelser og intuitioner som fundament for både vores moralske kompas og rationalitet. Moore hævder, at det ikke blot er rationelle overvejelser om konsekvenser, men i høj grad også de følelsesmæssige reaktioner som mennesket oplever, som spiller en afgørende rolle i, hvordan vi vurderer skyld, straf og proportionalitet. Når vi føler, at kriminelle fortjener at blive straffet, viser disse følelser en dybtliggende moralsk intuition, som ikke kan ignoreres. Moore forklarer det på følgende måde: "We need our emotions to know about the injustice of racial discrimination, the unfairness of depriving another of a favourite possession, the immorality of punishing the innocent. Our emotions are our main heuristic guide to finding out what is morally right" (Moore, 1997, s. 115-16+132). Det som i citat fremhæves, er at vores følelser fungerer som en vejviser i vores moralske erkendelse. Det vil således sige, at de intuitive følelser som udspringer, ikke blot er subjektive impulser, men er et vigtigt billede af, hvad der er rigtigt og forkert. Moore understreger også, at hvis vi forestiller os selv der begår en kriminel handling, vil vi føle en form for *ressentiment* overfor os selv i en situation. Den samme følelse får vi over for kriminelle, som har handlet forkert. Moore trækker her på drabet på Bonnie Garland, som blev brutalt myrdet af sin partner Richard Herrín. I dette bruger Moore, psykiateren Willard Gaylins interview med en gruppe kristne som var undskyldende over for Harríns handling. Gaylin spurgte: "What would you feel like if it was you who had intentionally smashed open the skull of a 23-year-old woman with a claw hammer while she was asleep, a woman whose fatal defect was a desire to free herself from your too clinging embrace? My own response, I hope, would be that I would feel guilty unto death. I could not imagine any suffering that could be imposed upon me that would be unfair

because it exceeded what I deserved” (Moore, (1997), s. 145). Det Moore vil vise er, at de fleste mennesker intuitivt vil føle dyb skyld og anerkende, at enhver straf, der stemmer overens med den handling man har begået, må være retfærdig, fordi det er en passende reaktion på ens handlinger. Dette eksempel illustrerer, hvordan vores moralske følelser selv i ekstreme tilfælde peger på en indre forståelse af relationen mellem proportionalitet, handling og straf.

Dog understreger Moore, at disse følelser over for kriminelle ikke er retfærdiggjort hvis de er bundet i moralsk forkastelige holdninger som racisme: “Some emotions, such as racial prejudice, have negative moral worth in the sense that to have them is to be a morally worse (less virtuous) person. The true worry that most people have about retributivism is that the retributive urge is one such emotion (or set of emotions)” (Moore, 1997, s. 119). Det som afspejles her, er en bekymring for, at retributivisme bliver et udtryk for subjektive biases, som folk kan have mod specifikke grupper i samfundet. Moore anerkender denne risiko, og accepterer at det kan være nødvendigt at undersøge om visse følelser er baseret på had, eller om de er legitime moralske følelser. I denne sammenhæng er det vigtigt at understrege, at straf som institution hviler på et retributivistisk grundlag og ikke på personlig hævn. Gengældelse anses kun som legitim, når den udøves af autoritative myndigheder, og ikke som en privat handling. Det betyder, at personlig hævn ikke anses som legitim, selv hvis den pågældende person fortjener straf. For eksempel er det ikke tilladt at opsøge en, som har begået en uretfærdig handling, for selv at påføre vedkommende straf (Moore, (1997), s. 140).

Ydermere er det for Moore afgørende, at jo strengere og mere alvorlige straffene bliver, desto vigtigere er det, at de udføres på en ansvarlig og ordentlig måde, både etisk og administrativt. Vi kan ikke blot tillade, at straf bliver en kaotisk distribution af vrede og hævnlyst. Det er nødvendigt at sikre, at uanset hvor hård straffen der gives, altid bliver administreret med respekt for etiske og moralske normer. Som Moore pointerer, opnår vi større klarhed af hvordan vi bør indrette strafferammen når vi forsøger at undgå uetiske straffe: “For if we recognize the dangers retributive punishment presents for the expression of resentment, sadism, and so on, we have every reason to design our punishment institutions to minimize the opportunity for such feelings to be expressed. There is no contradiction in attempting to make a retributive punishment system humane; doing so allows penitentiaries to be faithful to their names - places for penance, not excuses for sadism, prejudice, hatred, and the like” (Moore, 1997, s. 152). Hvad Moore her slår fast, og som er specielt brugbart i dette speciale,

er at vi må designe og administrere vores straffesystemer på en sådan måde, at det forhindrer at straf bliver en undskyldning for brutalitet, fordomme og had. På den måde bliver det klart at retributiv retfærdighed ikke blot handler om at gengælde forkerte handlinger, men også om at gøre det på en måde som er moralsk forsvarlig.

Anthony Duffs kommunikative liberalisme

I de følgende afsnit vil opgaven rette fokus mod den indflydelsesrige straffe teoretiker Antony Duff, særligt med udgangspunkt i hans værk *Punishment, Communication, and Community* (2003). I bogen fremlægger Duff en liberal-kommunikativ tilgang til straf, som han selv placerer i opposition til de to kerne teorier inden for straffeteori: retributivisme og afskrækkelse. I de følgende afsnit vil der først redegøres for den kommunikative tilgang, dernæst liberalismen, og afslutningsvist vil der udlægges for Duffs kritik af *incapacitation*, generel afskrækkelse samt retributivisme.

Duffs kommunikative teori

I et kommunikativt samfund, er medlemskab af fællesskabet ikke baseret på en social kontrakt eller et abstrakt "ja" til nogle fælles værdier, men snarere noget, man fødes ind i. Den enkelte borgers plads i samfundet forstås dermed som noget, der er givet og ikke valgt, således medfølger også visse moralske forpligtelser, som ikke er til forhandling. Det kommunikative fællesskab minder i den forstand om en familie, at være født ind i en bestemt familie indebærer visse relationer og ansvar over for andre familiemedlemmer, ikke fordi man har valgt det, men fordi det ligger i selve relationens natur. På samme måde hævder den kommunikative tilgang, at individet er knyttet til det større samfund gennem sociale og kulturelle værdier. Ens rolle som borger og de tilhørende forpligtelser, er altså ikke noget man vælger til eller fra, men noget der følger af den sociale kontekst, man er en del af (Duff, 2003, s. 49–51). Den kommunikative tilgang tager udgangspunkt i en erkendelse af, at vi allerede er en del af noget. Spørgsmålet bliver derfor ikke, hvordan individer bør vælge at leve deres liv i fællesskabet, men hvordan fællesskabet som helhed bør leve, og hvilke gensidige forpligtelser der følger af vores indlejring i sociale kontekster. Herfra følger også, at de to traditioner må have forskellige perspektiver på, hvad det vil sige at være et individ og hvad det vil sige at være en del af et samfund (Duff, (2003), s. 50).

Straf som kommunikation

I dette afsnit vil Duffs svar på hvordan man i et liberalt kommunikativt samfund bør straffe kriminelle, på en inkluderende og retfærdig måde. Kommunikative metoder bygger på gensidigt engagement rettet mod et individ, der ønskes at kommunikeres med. Målet med denne kommunikation er at appellere til vedkommendes rationelle og logiske evner. Med andre ord, skal der forsøges at kommunikeres i en lingvistisk tone, som modtageren har en reel forståelse af, så det ønskede budskab modtages. Med "rationel" mener han ikke at modtageren nødvendigvis må være en højtuddannet og intellektuel person, men at den tiltalte kan forstå moralsk begrundelse og indgå i en dialog, både sprogligt og kulturelt. Ifølge Duff er de politiske processer i et liberalt samfund styret af kommunikative metoder, som forsøger at adressere dets borgere, i en tone som stemmer overens med de normative "spilleregler" og sprog, som der i det givne samfund er blevet etableret. Det er statens ansvar, at kommunikere til dets borgere, præcist *hvorfor* staten har et legitimt grundlag for at tage lederskab over fællesskabet - grundlag som er bygget på baggrund af de fælles værdier som er iboende i fællesskabet. Altså må staten forsøge at etablere en tillid til, at de beslutninger der tages, og de straffe som udføres, er baseret netop på de fælles værdier som (de fleste) borgere deler (Duff, (2003), s. 80). Retssager bør på samme måde også være styret af kommunikative metoder, hvor dommere har et ansvar for at kunne formidle til den tiltalte, hvorfor en potentiel straf er retfærdig. Duff forklarer her, at den dømte forventes at kunne forene sig med, og forstå grundlaget for sin straf. Formålet med at kommunikere og sikre, at den dømte opnår en vis form for forståelse, er, at man i et kommunikativt samfund ønsker, at den dømte på sin vis svarer tilbage med egne refleksioner – fordi vedkommende fortsat betragtes som et fuldgældigt medlem af fællesskabet. Det er samtidig vigtigt at understrege, at målet ikke blot er at skabe en forståelse i selve retssagen, men også at påvirke den dømtes fremtidige adfærd i en positiv retning, da Duff argumenterer for, at straf i et liberalt og kommunikativt fællesskab ikke primært bør handle om kontrol, men om at appellere til den enkeltes egen moralske dømmekraft og personlige udvikling (Duff, (2003), s. 80).

Straf bør således forstås som en form for dialog, hvor samfundet adresserer den kriminelle som et ansvarligt medlem, der stadig kan tage del af de fælles værdier. Duff beskriver det på følgende måde:

“They communicate the censure that those wrongs deserve; internal to censure is the intention or hope that the person censured will accept it as justified; and to accept censure as justified is to accept that one did wrong, which entails repenting that wrong and seeing the need to avoid such wrongdoing in future” (Duff, (2003), s. 80).

Det som Duff understreger er, at *formålet* med en dom ikke blot er at påpege, at en person har gjort noget forkert, men også at udvise en tydelig moralsk kritik af vedkommendes handlinger. Det interessante i dette er hvordan denne kritik virker: I Duffs optik vil der opstå et håb om, at den dømte vil anerkende at dommen er legitim, når denne accept opstår, accepterer personen også, at handlingen de er blevet dømt for, er moralsk forkert og strider mod de fælles værdier og normer i samfundet. Når vedkommende så er indforstået med at A. deres dom er legitim, og B. deres handling var moralsk forkert, så kan individet påbegynde en indre transformation hvor han eller hun angrer sine handlinger, og vil arbejde med sig selv for at undgå at en sådan handling vil ske igen. Det handler altså ikke om at tvinge en person til at blive "bedre", men om at skabe et rum hvor muligheden for, at vedkommende selv kan tage ansvaret og finde sin plads i fællesskabet. På den måde opstår der en slags gensidig proces: når samfundet eller domstolene møder den kriminelle med respekt og taler til personen som et fuldgældigt medlem af fællesskabet, bliver det også mere sandsynligt, at den kriminelle selv tager ansvar og opretholder sin plads i fællesskabet (Duff, (2003), s. 80).

Medlemskab, rolle ansvar og censure

I forbindelse med ovenstående afsnit, er det også vigtigt at overveje, hvad det overhovedet vil sige at være et inkluderet medlem af et fællesskab. Duff uddyber dette spørgsmål i følgende centrale citat: “I believe, however, that criminal punishment could and should be inclusionary, as something that we can do, not to a 'them' who are implicitly excluded from the (law-abiding) community of citizens, but to ourselves as full, if imperfect, members of that community” (Duff, (2003), s. 77).

Hvad der menes i citat er, at inklusion i straffesystemet ikke bare teoretisk er muligt, men at det kan og *skal* være inkluderende. Duff foreslår at vi må se på inklusion som noget vi gør for hele fællesskabets skyld, og ikke blot en måde hvorpå vi kan straffe *dem*. Han insisterer på, at selv individer, der har begået kriminelle handlinger, fortsat er en del af *os* - det samlede fællesskab af borgere. De er "full, if imperfect, members", men det er *vi* også. Betegnelsen *fuld* eller *fuldgældigt* medlem understreger, at deres grundlæggende status som en del af

samfundet ikke ophører i kraft af deres kriminelle handling. De bevarer grundlæggende rettigheder og bør behandles med respekt for deres værdier. Tilføjelsen "imperfect" anerkender, at de har begået fejl og handlet i strid med samfundets love og normer, og Duff mener at deres handlinger naturligvis bør have konsekvenser, men alligevel definerer deres uperfekthed dem ikke fuldstændigt og bør ikke være grundlag for en total udstødelse fra fællesskabet. Hvis man accepterer præmissen om, at straf er noget, *vi* gør ved *os selv*, får det afgørende betydning for, hvordan vi bør forstå straffens rolle i fællesskabet. I stedet for at se straf som noget, der rammer en fremmed gruppe af *de kriminelle*, som vi andre skal beskyttes imod, understreger Duffs tilgang, at straf er en handling, vi udfører mod medlemmer, der stadig, på trods af deres forbrydelse, er en del af *os* (Duff, (2003), s. 77-78).

I forlængelse spiller begreberne *rolle ansvar* og *censure* en helt central rolle. Rolle ansvar indebærer, at straf ikke blot forstås som en direkte konsekvens af lovbrud, men snarere som en kommunikerende og ansvarsgivende handling, hvor den dømte borger kaldes frem for ikke både at modtage sin dom, men også for at indgå i en moralsk dialog med fællesskabet. Når et individ begår en forbrydelse, er det ifølge Duff ikke blot et brud på loven, men et brud på de sociale og normative værdier, der binder os sammen som medborgere. Det er derfor fællesskabet, gennem retten og dommeren, der må reagere. Men det skal ske på en måde, der anerkender den dømte som et fortsat medlem af fællesskabet: "a full, if imperfect, member" (Duff, (2003), s. 77). I den forstand får dommeren et dobbelt ansvar: både at repræsentere samfundets normer og at henvende sig til den tiltalte som et autonomt, moralsk ansvarligt menneske. Det betyder, at straffen skal formidle et klart udtryk for *censure*. Censure er i Duffs optik ikke tænkt som hævn eller som en nedgørelse af den tiltalte, men som en måde at kalde den tiltalte til ansvar på, netop fordi vedkommende stadig ses som en del af det moralske fællesskab. På den måde bliver det en form for anerkendelse, hvor dommeren taler til den kriminelles evne til at forstå og reflektere på. Således når vi dømmer nogen gennem straf, forsøger vi samtidig at få dem til selv at erkende, at de har gjort noget forkert og ideelt set at de selv vil tage afstand fra deres handling og rette sig efter normerne fremover. Her kan med fordel bruges et konkret eksempel: I et tilfælde som butikstyveri, er dommerens opgave ikke bare at afgøre om den tiltalte er skyldig, og derefter udmåle en passende straf, men også at kalde den tiltalte frem for selv at forklare handlingen. Men dommerens ansvar er også, at kunne forklare hvorfor en handling som butikstyveri kræver en censure og irettesættelse, og derefter ønskes det at den tiltalte tager stilling til dette. Denne tilgang understreger, at selv i straffen forbliver den kriminelle en del af *os* (Duff, (2007), s. 90-92).

Inklusion og eksklusion

Da der nu er udlagt, hvad det vil sige at være medlem i et kommunikativt liberalt samfund, rejser spørgsmålet om, hvad det betyder, når man overtræder de regler, der danner fællesskabets rammer. Hvis det liberale samfund bygger på en forestilling om en social kontrakt, der forudsætter, at individer gensidigt respekterer hinanden og overholder de fælles spilleregler, opstår der naturligt et dilemma: Når et individ bryder denne kontrakt f.eks. gennem alvorlig kriminalitet, har vedkommende da samtidig fraskrevet sig retten til de rettigheder, som kontrakten beskytter? Og kan det i så fald retfærdiggøre, at staten fratager individet frihed, autonomi og beskyttelse? Ifølge Duff må fællesskabet overveje, hvordan det inkluderer medlemmerne. Han mener, at der er en etisk forpligtelse til at straffe på en inkluderende måde, ikke på en ekskluderende måde, også når det gælder dem, der har overtrådt fællesskabets regler. For at konkretisere dette introducerer Duff fire former for inklusion, som et samfund bør tilstræbe, hvis det vil være både legitimt og moralsk ansvarligt: politisk, materiel, normativ og lingvistisk inklusion (Duff, 2003), s. 75).

Politisk inklusion handler om borgerens mulighed for at deltage aktivt i det demokratiske fællesskab. Det indebærer for eksempel retten til at stemme, ytre sig politisk og deltage i en offentlig debat. Duff pointerer, at der i liberale debatter, er uenighed om politisk deltagelse bør være *available* eller *required*, men at der er enighed om, at et liberalt samfund nødvendigvis må være demokratisk (Duff, (2003), s. 75-76).

Materiel inklusion forudsætter, at for at individer kan være fuldgældige medlemmer af et samfund, skal de have adgang til nogle materielle goder og ressourcer. Disse er helt grundlæggende ting, som gør det muligt at leve et meningsfuldt liv såsom uddannelse, sundhed, arbejde og økonomisk stabilitet. Duff påpeger noget ret interessant i forbindelse med materiel inklusion; "We might disagree about what resources should be seen as essential, about how far people should have only equal opportunities to try to acquire such resources or equal guarantees of being provided with them. But whatever our views on such questions, people are excluded from full membership of the community insofar as they are, either deliberately or in fact, denied fair access to such resources and benefits" (Duff, (2003), s. 76) Hvad der i citatet postuleres er, at selv i et samfund med uenighed om, hvilke ressourcer der er essentielle, og hvordan de bør fordeles, så er det alligevel muligt at identificere en basal grænse for, hvornår mennesker reelt ekskluderes fra fællesskabet. Det sker, når medlemmer

nægtes en fair adgang til de ressourcer, som er nødvendige for at kunne deltage i fællesskabet. Med andre ord er fraværet af adgang til basale goder som uddannelse, sundhed og bolig lig med et reelt fravær af medborgerskab. Men her kan man stille spørgsmål ved, hvor universel Duffs påstand egentlig er. For selvom han skriver ud fra en liberal ramme, hvor man i teorien deler et fælles værdigrundlag, så er der stadig betydelige variationer inden for liberalismen i forhold til, hvordan materielle ressourcer bør fordeles, og hvad man anser som *fair access*. Nogle liberale positioner vægter det frie marked og individuelt ansvar højt, mens andre insisterer på en langt stærkere velfærdsstat og omfordeling. Derfor er det langt fra givet, at der kan opnås enighed om, hvor grænsen for reel eksklusion går. Duffs forestilling om, at der nødvendigvis *må* være et punkt, hvor alle vil sige “nu er grænsen overskredet”, kan derfor virke for simpelt. Måske findes en sådan grænse i teorien, men i praksis er det vanskeligt at se, hvordan man skulle identificere den.

Normativ inklusion omhandler individets rolle i samfundets fælles normer og værdier. Det handler ikke blot om, hvorvidt borgeren *eksisterer* i et normativt fællesskab, men om at borgeren faktisk *indgår* i de værdier, der udgør grundlaget for fællesskabet. I et liberalt samfund ville disse værdier typisk være autonomi, frihed og respekt for individets ret til at leve det liv, de ønsker. Ifølge Duff er en borger normativt ekskluderet, hvis vedkommende ikke behandles ud fra disse værdier eller slet ikke tiltales som en, der har adgang til dem.

Lingvistisk inklusion, handler ikke blot om, hvorvidt folk taler det samme sprog i hverdagen, det handler om noget dybere; om borgerne har mulighed for at deltage i det sprog, som samfundets værdier, normer og politiske beslutninger formidles gennem. Det betyder, at selvom vi måske taler forskellige sprog derhjemme, så skal der findes et fælles normativt sprog, altså en måde hvorpå vi kan diskutere, forstå og udvikle de fælles værdier og regler, som fællesskabet bygger på. Dette sprog er det, der gør politisk deltagelse og gensidig forpligtelse muligt. Problemet opstår når nogen ikke forstår dette sprog, f.eks. fordi staten og medborgere ikke taler *til* personen i det sprog, dermed er man i praksis udelukket fra fællesskabet. Med andre ord kan man sige at Duff ser sprog som adgangsbillet til både demokratisk deltagelse og moralsk fællesskab: man kan først være *med*, når man forstår det sprog, som *det at være med* bliver talt i (Duff, (2003), s. 76).

Efter at have gennemgået de forskellige former for inklusion retter Duff blikket mod straffens karakter og dens tendens til eksklusion. Ifølge ham er det moderne straffesystem i praksis

struktureret omkring eksklusion. Eksempelvis fratages indsatte i 23 delstater deres stemmeret og muligheden for at deltage i politiske beslutningsprocesser. Mens der er 10 delstater som fratager stemmeretten permanent ved nogle forbrydelser, også når de har afsonet sin straf (ncls, (2024) felon voting rights). Denne fratagelse udgør en form for politisk eksklusion. Hertil kommer materiel eksklusion, som nye løsladte møder, for eksempel i form af økonomiske barrierer, altså at det kan være svært for tidligere kriminelle at finde ny beskæftigelse, også efter de i princippet har afsonet deres straf. Den dømte kan også ekskluderes normativt, hvis samfundets værdier og moralske fællesskab ikke længere opleves som gældende for vedkommende, fordi de ikke anses som værende gyldige medlemmer af fællesskabet. Endelig peger Duff på risikoen for lingvistisk eksklusion, for eksempel hvis tiltalte ikke behersker det sprog, retsprocessen føres i, og dermed ikke er i stand til at forstå, engagere sig i eller gøre sin stemme gældende i sagen, og på den måde ikke kan kommunikere på en meningsfuld måde i den retslige proces.

Liberalismens sociale kontrakt

På dette tidspunkt er det interessant at dykke ned i hvordan liberalismen, ifølge Duff, er nået frem til, at netop dens krav til forholdet mellem individ og stat er de mest effektive og legitime? Ifølge Duff hænger det sammen med forestillingen om en social kontrakt, som er en form for hypotetisk aftale, som både staten og borgerne er bundet af, selvom den ikke er formuleret i eksplicitte love. Denne forskel mellem liberalisme og den kommunikative tilgang peger på en grundlæggende forskel i overbevisningen om, hvordan vi skal forstå individets forhold til fællesskabet. Hvor liberalismen typisk tager udgangspunkt i det enkelte individ fra et præ-socialt sted, et såkaldt "view from nowhere", og søger at oprette et samfund hvor frie og autonome borgere kan indgå i et samfund uden at miste deres selvbestemmelse. Duff trækker her på et klassisk liberalt tankeeksperiment, hvor man forestiller sig mennesket i en præ-social tilstand, altså en situation før staten og lovgivningen overhovedet eksisterer. I denne hypotetiske tilstand er mennesker isolerede individer uden sociale og politiske bånd. Her mener liberale tilgange, at mennesket på logisk vis vil finde sammen i fællesskaber. Men for at skabe et godt og sikkert fællesskab, må individerne i dette hypotetiske samfund, komme frem til en række fælles regler, som beskriver hvordan de skal behandle hinanden, og hvilke forpligtelser de har, både i forhold til hinanden som borgere, og i forholdet mellem borgere og samfundets ledere (Duff, (2003), s. 38).

Kerneverdier

Duff identificerer en række kerneværdier, som han mener er centrale i liberal tænkning som han beskriver det således:

“Central to any version of liberalism is an insistence on the moral standing and rights of individual agents: as agents who are, or have the potential to be, autonomous-determining their own actions in the light of their own self-determined ends and conceptions of the good; as agents who should be left free to determine those ends, goods, and actions— who should be allowed and perhaps helped to develop and to exercise that capacity for autonomy; as agents who should be allowed an extensive realm of privacy, of freedom from the uninvited interference of other people or the state, in which to exercise that freedom and autonomy; and as agents who should not simply be sacrificed for some larger social good - whose individual rights "trump" the consequentialist claims of social goods” (Duff, 2003), s. 36).

Hvad citat fremhæver er at mennesket ses som et autonomt væsen, som i korte træk betyder, at mennesket besidder evnen og retten til at tænke, handle, og danne sine egne mål og værdier, samt vælge i overensstemmelse med disse mål og værdier. For at opretholde menneskets autonomi, må staten i liberale tilgange, om nødvendigt, beskytte retten til at vælge frit. Dog betyder det ikke, at staten er komplet passiv og ikke påvirker borgerne i en vis grad. Staten kan understøtte individers valg og udviklinger, for eksempel gennem uddannelse og sundhed, men uden at påtvinge specifikke valg. En anden betingelse for at individer kan være frie til at vælge og handle, er vigtigheden af, at der er en tydelig afgrænset privat sfære, hvor staten og andre ikke har ret til at gribe ind, tvinge eller påvirke individet i en bestemt retning, medmindre der er tale om reelle trusler mod andre eller samfundet. Det vil således sige, at dette skel mellem en personlig og offentlig sfære, er for Duff afgørende for at forstå, hvad det vil sige at være et frit individ.

Det sidste centrale punkt i Duffs beskrivelse af liberalisme er hans afvisning af, at individet må *ofres* for kollektivets skyld. Her fremhæves:

“(…) and as agents who should not simply be sacrificed for some larger social good— whose individual rights ‘trump’ the consequentialist claims of social goods” (Duff, (2003), s. 36).

I dette beskriver Duff at individet ikke må reduceres til en form for middel for et kollektivt mål. Hvad der helt præcist er på spil her, er at Duff eksplicit adskiller sig fra utilitaristiske eller konsekventalistiske straffeteorier. I disse tilgange kan det i princippet være legitimt at individets interesser prioriteres mindre end det kollektivt gode. Men Duff pointerer, at der i liberalismen er visse grænser, som ikke må overskrides, heller ikke selvom det kan lede til gavn og nytte for en større sum af fællesskabet.

I forbindelse med dette rejser spørgsmålene sig: Hvordan kan man i et liberalt samfund straffe mennesker uden samtidig at krænke deres ret til frihed og autonomi? Går man ikke netop imod kontraktens principper, hvis man fjerner disse goder fra individet? Duff er særligt optaget af spørgsmålet, fordi han ser traditionelle straffeteorier som noget, der træder over individets grænser og udfordrer de idealer, et liberalt menneskesyn bygger på.

For at undersøge disse spørgsmål, kritiserer han, de tilgange, som gør straffen til et redskab for kollektiv nytte, hvor den kriminelle bliver behandlet som et middel til et samfundsmæssigt mål, f.eks. ved at manipulere kriminelles moralske overbevisninger. Dette er, i Duffs perspektiv, en klar krænkelse af den enkeltes autonomi, da denne reformering *tvinger sig ind* i den kriminelles private sfære i sindet. Kriminelle bør således ikke anses som tomme skaller, der kan modelleres ind i en bestemt og fast form, men som autonome væsener, der må gives rum og mulighed for at forme sig selv. Med dette kritiserer Duff også "punishments that aim simply to incapacitate offenders from further crimes infringe their autonomy by preempting their future choices" (Duff, 2003, s. 38). Dette rummer en vigtig pointe i hans kritik af konsekventalistiske straffeteorier, særligt dem der fokuserer på incapacitation (at "neutralisere" kriminelle, f.eks. ved at fængsle dem på livstid, så de ikke kan begå ny kriminalitet), fordi straffe som denne, har til formål at forhindre den kriminelle i at handle fremadrettet. For Duff er det problematisk i dette, at det forudsætter at individets fremtidige handlinger allerede er dømt, på en måde signalerer staten "vi tror ikke, du kommer til at ændre dig, så vi fjerner din mulighed for nogensinde at vælge anderledes". I sin kerne handler denne kritik om, at autonomi forudsætter muligheden for at træffe valg, også dårlige valg, men især muligheden for at ændre kurs. Når en straf fratager individet fremtidige handlinger, så griber staten ind i den private sfære af valg og udvikling, som autonomi netop kræver. Så hvordan er staten sikker på, at deres straffe ikke krænker individets frihed, selv når vedkommende har lavet en kriminel handling? Duff tager afsæt i den hypotetiske idé om en social kontrakt og forestiller sig, at et liberalt samfund nødvendigvis vil støtte sig til en

form for principielt system, eksempelvis John Stuart Mills *harm principle*, som er princippet om, at statslig indblanding over individet kun kan retfærdiggøres, når det er nødvendigt for at forhindre skade. Princippet bliver i Duffs kontekst et slags kompas, som (måske) sikrer, at staten kan straffe på en måde, så frihed og autonomi respekteres (Duff, (2003), s. 37)

Som tidligere nævnt afviser Duff, at straf kan retfærdiggøres ud fra hensyn til samfundets nytte. I stedet argumenterer han for, at straf må være en form for moralsk henvendelse til den dømte, der fungerer som en kommunikation, der respekterer vedkommendes status som gyldigt medlem af fællesskabet og forsøger at engagere vedkommende i en ansvarlig refleksion over sin handling. Dog understreger Duff, at teorier om social kontrakt ikke i sig selv løser spørgsmålet om straf, men han postulerer, at det er muligt at udlede, hvordan liberale idealer *ikke* vil håndtere kriminelle. Han skriver: "We might expect that, given their concern for individual freedom and privacy, liberals would reject purely reformatory or incapacitative justifications of punishment, for the reasons noted above" (Duff, 2003, s. 38) Hvad han her refererer til, er de kritikker mod straf som søger at reformere og ændre det moralske kompas i kriminelle, som Duff beskriver som et klart brud på den private sfære. Også straffe, der har til formål at afskrække den kriminelle fra at begå nye forbrydelser, særligt når de indebærer meget lange eller livsvarige fængselsstraffe. Disse straffe begrænser i høj grad individets mulighed for at ændre adfærd og vende tilbage til samfundet som ansvarlig borger. Begge former, mener Duff, indebærer et uacceptabelt brud på den private sfære, idet de overskrider grænsen for, hvad staten må tillade sig i forhold til individets rettigheder, og i de følgende afsnit vil disse former for straffe, kritiseres og udlægges yderligere for.

Kritik af *incapacitation*

Duff fremhæver tre tilgange inden for straf, som i hans optik er ekskluderende af natur. Den første er *incapacitation*, altså idéen om at gøre en kriminel ufarlig ved at fratage vedkommende muligheden for at handle frit, typisk gennem fængsling. Når en person har begået en kriminel handling, mister vedkommende, ifølge denne strafform, sin status som autonomt og ligeværdigt medlem af fællesskabet og må derfor *betale* med sin frihed og adgang til samfundets fælles værdier. Duff problematiserer denne tilgang, fordi den reducerer straf til et middel til at beskytte det lovlydige *vi* mod den kriminelle *dem*. Men denne måde at se straf på, ignorerer muligheden for, at den kriminelle kan udvikle sig moralsk og ændre

adfærd. Det forudsættes snarere, at vedkommende må kontrolleres eller isoleres for samfundets skyld. Når vi fratager den indsatte adgang til meningsfulde aktiviteter, refleksion og sociale relationer, afskærer vi dem også fra de hjælpemidler, der kan understøtte en egentlig personlig og moralsk udvikling. Med andre ord kan det siges, at *incapacitation* muligvis kan sikre, at individet ikke begår ny kriminalitet, eksempelvis gennem en livstidsdom, men den udelukker også muligheden for, at individet overhovedet kan vælge at ændre sig og handle anderledes i fremtiden. Dog understreger Duff, at det er helt legitimt, og endda nødvendigt, at forsøge at overbevise mennesker om, at de bør afholde sig fra kriminalitet, og også at anvende magt, hvis nogen er i færd med at begå en forbrydelse. Men det er, ifølge ham, ikke legitimt at fratage mennesker selve evnen til at vælge anderledes i fremtiden (Duff, (2003), s. 78).

Kritik af generel afskrækkelse

Duffs kritik af generel afskrækkelse tager udgangspunkt i, at denne tilgang til straf primært appellerer til menneskets egen interesse, ikke til de fælles moralske værdier, som Duffs egen tilgang appellerer til. Når man straffer med henblik på afskrækkelse, tænker lovbyggere potentielt: "jeg må lade være med at gøre det her, fordi det vil få negative konsekvenser for mig selv" ikke: "jeg må lade være med at gøre det her, fordi det er *forkert*". Med andre ord appellerer afskrækkelse primært til det, Duff betegner som rationelle egoister, altså individer der primært bekymrer sig om deres eget ve og vel og ignorerer de fælles værdier, som et givent samfund er bygget på. Duff anerkender, at der hypotetisk set kunne eksistere samfund, hvor en sådan præventiv strategi ville være effektiv, for eksempel i samfund, der udelukkende er baseret på "penalty clauses whose sole point is to give self-interested agents prudential reason to obey its terms" (Duff, (2003), s. 78), altså kan man forestille sig et samfund, hvor borgerne ikke føler nogen moralsk forpligtelse overfor hinanden, men hvor alle handler udelukkende efter egne interesser. I et sådan samfund ville afskrækkelse potentielt give mening, netop fordi reglerne og straffen sikrer, at folk adlyder loven for at undgå konsekvenser for dem selv. Opsummerende kan det således siges, at i et samfund med en sådan afskrækkelsesmetode, handler man ikke moralsk rigtigt, fordi det er *rigtigt*, men fordi det er *klogt* og rationelt for en selv. Imidlertid argumenterer han for, at denne måde at forebygge på, ikke er en holdbar eller ønskværdig tilgang i liberale fællesskaber. En af hovedårsagerne er, at afskrækkelse uundgåeligt skaber et skel mellem *os* og *dem*, hvor

samfundet ikke længere adresserer kriminelle som medlemmer, men som farlige desertører, som de *rigtige* medlemmer skal beskyttes mod (Duff, (2003), s. 79).

Kritik af retributivisme

I Duffs kritik af retributivismen danner han afsættet for kritikken gennem udsagnet "The guilty deserves to suffer". Selvom udsagnet ved første øjekast kan virke som et intuitivt og tiltalende grundprincip for retributivismen, stiller Duff en række væsentlige spørgsmål, der udfordrer udsagnets anvendelighed som grundlag for straffepraksis. For mange kan tanken om, at skyldige personer fortjener at lide, virke som en naturlig reaktion på forbrydelse, en form for moralsk balance, som er en pointe Moore også bruger for at forklare menneskelig intuition. Men Duff viser, at denne idé hurtigt bliver problematisk, når man undersøger dens praktiske og filosofiske sider.

Først rejser han spørgsmålet: Hvem er egentlig den *skyldige* og hvad fortjener vedkommende at lide? Er det dem som begår moralske overtrædelser eller er det dem der laver lovmæssige overtrædelser? Hvis i så fald den skyldige er dem der laver lovmæssige overtrædelser, peger Duff på endnu et problem: hvem laver lovene, og hvorfor skulle det at bryde *disse* love nødvendigvis gøre det retfærdigt at påføre straf? Hvis man skal kunne tage denne strafferamme alvorligt, må retributivismen, ifølge Duff, også kunne svare på, hvilken type lidelse der er passende, hvor meget lidelse der er *nok*, og hvordan vi måler det. Her kan bruges et eksempel: Skal en tiltalt, der har begået en forbrydelse, men som også selv har haft et liv præget af vold, traumer og mishandling, have en mindre eller kortere straf, fordi han eller hun allerede har lidt? Skal vi i så fald *fratrække* tidligere lidelse fra den straf, vi mener, personen fortjener? Retributivismen giver, ifølge Duff, ikke noget klart svar på disse spørgsmål, og derfor mener han at det gør idéen om fortjent straf upræcis og svær at anvende i praksis (Duff, (2003), s. 20-21).

Dernæst spørger Duff, hvordan man kan sige, at det overhovedet er statens rolle at udmåle og håndhæve denne lidelse. Hvis man hævder, at skyldige fortjener straf, må man også forklare, hvorfor det lige præcis er staten og ikke eksempelvis Gud eller samfundet, der har ansvar for at håndhæve denne straf. Duff postulerer, at det er én ting at sige, at nogen fortjener at lide, men det er noget helt andet at hævde, at det er staten der har ret til at påføre denne lidelse. For at besvare disse spørgsmål må retributivismen nødvendigvis også forklare sammenhængen mellem "desert", "guilt" og "suffering": "They need, that is, to explain what it is about crime

and about punishment that makes punishment appropriate or required as a response to crime; and why that is something that should concern the state" (Duff, (2003), s. 21). Det er altså ikke nok at sige, at skyldige personer fortjener at lide. Man må også kunne forklare, *hvordan* vi ved at de bør straffes, *hvad* denne straf bør indebære, og *hvorfor* staten er den rette institution til at udmåle den.

Duff slår også ned på retributivismen, gennem hans kritik af *unfair advantage*. Ideen er, at loven stiller både pligter og goder til rådighed: alle borgere nyder goder som sikkerhed og frihed, men må samtidig påtage sig pligten om at overholde loven. Når en person begår en forbrydelse, nægter vedkommende at overholde sin pligt, men nyder stadig godt af goderne. Dermed skabes en ulige fordeling, og straf fungerer som en mekanisme, der genopretter balancen ved at give den kriminelle en proportionel tilsvarende konsekvens.

Duff kritiserer teorien for, at den fremstiller kriminalitet som noget, der er forkert på baggrund af, at handlingen er forbudt af loven, altså som *mala prohibita*². For eksempel bruger han et eksempel om voldtægt. Duff hævder at den forkerte handling ved voldtægt, ikke opstår fordi gerningspersonen tager en urætfærdig fordel fra offeret, men fordi den krænker et andet menneske på dybt moralsk og fysisk plan. Med andre ord er voldtægt altså ikke forkert, blot fordi den bryder en lov, men fordi det er en moralsk forkastelig handling. Dette bliver tydeligt når der kigges på hustruvoldtægt i Indien, som stadig ikke er en ulovlig handling. Duff sætter således spørgsmålstejn til *mala prohibita*. For kan det betyde, at dem som begår voldtægt mod deres hustruer, ikke gør noget forkert, blot fordi der ikke er en lov der forbyder det? Duffs svar er et klart og tydeligt - nej. Duff slår fast, at det ikke kun er lovbruddet, der gør en handling strafbar og forkert, men også den underliggende moralske handling (Duff, (2003), s. 22).

Redegørelse for debatten vedrørende dødsstraf

I de følgende afsnit vil fokus være på at udfolde de centrale argumenter fra to markante stemmer i den akademiske debat om dødsstraf: Stephen Nathanson og Ernest Van den Haag. Formålet med denne redegørende del er at kortlægge, hvordan diskussionen om dødsstraf ofte er opbygget, samt hvilke argumenter der fremføres af henholdsvis tilhængere og modstandere

² Noget er forkert fordi det går imod *loven*, og ikke forkert fordi handlingen måske er *moralsk* forkert.

af straffen. Selvom debatten om dødsstraf rummer meget nuancering og kompleksitet og der således ikke kan dykkes ned i samtlige indvendinger og akademiske tekster, er det afgørende at etablere et overblik over nogle af hovedargumenterne. Redegørelsen vil tage udgangspunkt i Van den Haags artikel "The Collapse of the Case Against Capital Punishment" samt Nathanson's artikel "Does it Matter if the Death Penalty is Arbitrarily Administered?" som er et direkte modsvar til Van den Haags artikel.

The collapse of the Case against Capital Punishment

I sin artikel undersøger Ernest Van den Haag dødsstraffens legitimitet gennem tre centrale spørgsmål: (1) Er dødsstraf konstitutionel? (2) Er den effektiv? (3) Er den moralsk forsvarlig? I dette speciale vil der fokuseres på (1) og (3). Han begynder at adressere spørgsmålet om dødsstraffens konstitutionalitet ved at inddrage den amerikanske forfatnings 5., 8. og 14. paragraffer, som var afgørende i højsteretssagen *Furman v. Georgia* (1972). Særligt fokuserer Van den Haag på den 8. paragraf, der forbyder "cruel and unusual punishment" (*Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972)) i det amerikanske retssystem. Han argumenterer for, at dem, der hævder, at dødsstraffen er i strid med denne paragraf, implicit må antage, at der sker en form for moralsk udvikling over tid, således at begrebet "cruel and unusual punishment" kan forstås forskelligt i 1868 da den 14. paragraf blev indskrevet, og i 1978 da artiklen udkom. Med andre ord indleder Van den Haag nu en kritik af den moralske udvikling, som Højesteret under *Furman v. Georgia* benyttede som argument for hvorfor dødsstraffen burde omstødes. Van den Haag stiller imidlertid spørgsmålstejn ved, om der overhovedet eksisterer en sådan moralsk udvikling og konsensus, og hævder, at selv hvis en sådan fandtes, burde den ikke påvirke det amerikanske retssystem og dens dommere. Han fastslår, at dommere skal dømme ud fra forfatningens tekst og oprindelige intentioner og ikke ud fra en formodet skiftende moralsk konsensus, som i Van den Haags perspektiv hverken kan være objektivt eller eksistere (Van den Haag, (1978), s. 395). Dette er en position som kaldes originalisme, og som er en særlig kontroversiel tilgang, som kort beskrevet er en teori som forudsætter at love skal tolkes ud fra dens originale intention (Wex definitions team (2022), LLI) ³.

³ Denne tilgang vendes der tilbage til i senere afsnit.

For at demonstrere, at dødsstraf ikke er i strid med den 8. forfatningsparagraf, foretager Van den Haag en semantisk analyse af begreberne "cruel" og "unusual".

Han hævder, at en straf kun kan betegnes som "cruel", hvis den enten er ineffektiv eller hvis den gives disproportionalt til forbrydelse, og er *grossly excessive*. Han definerer retfærdighed som proportionalitet mellem forbrydelse og straf - jo alvorligere forbrydelsen er, desto strengere bør straffen være, og dermed hviler hans tilgang på et retributivistisk grundlag. Denne logik, argumenterer han, bør også kunne gælde for dødsstraf, så længe den er proportional med forbrydelsens alvor, er anvendelsen af dødsstraf retfærdig. Dødsstraf vil kun være uretfærdig, hvis den enten anvendes på en forbrydelse, der ikke er alvorlig nok til at retfærdiggøre den, eller hvis den ikke opnår de ønskede mål om at minimere mængden af grov kriminalitet, her viser hans argumentation at han blander retributivisme med generel afskrækkelse (Van den Haag, 1978, s. 395).

Van den Haag fortsætter med at analysere betydningen af begrebet "unusual" og argumenterer for, at dette begreb i praksis ofte handler om ulighed eller arbitrære faktorer i strafudmålingen. Van den Haag anerkender, at arbitrære faktorer kan være problematiske og potentielt stride mod den amerikanske forfatning, specielt når det kommer til hvordan straffe bliver uddelt. Men han afviser, at dette er et argument mod selve dødsstraffen som en legitim strafform. For ham er problemet ikke straffen i sig selv, men snarere den måde, den bliver administreret på. På den måde skelner han mellem dødsstraffens iboende karakter fra dens praktiske uddeling. Han hævder at dødsstraf ikke i sig selv er arbitrær eller *capricious*, men at capriciousness opstår i den proces, hvor straffen bliver fordelt blandt de dømte, og hvor menneskelige fejl, bias eller tilfældigheder kan føre til, at nogle skyldige undslipper straffen, mens andre ikke gør. Van den Haag illustrerer denne pointe med citatet: "It is the process of distribution which is capable of discriminating, not that which it distributes" (Van den Haag, 1978, s. 396). Med dette mener han at problemet ikke er eksistensen af dødsstraf, men hvordan den praktisk set bliver forddelt og administreret af domstolene. Hvis capriciousness opstår, skyldes det fejl og uligheder i retssystemet, og han mener, at løsningen derfor bør være at man fokuserer på at minimere denne vilkårlighed gennem bedre juridiske procedurer frem for at afvise dødsstraf som legitim (Van den Haag, 1978, s. 396). På baggrund af de empiriske data, specialet har belyst, er det dog vanskeligt at argumentere for, at sådanne reformer som fulgte Gregg v. Georgia, har bidraget med forbedring af de arbitrære mønstre i uddelingen af dødsstraf. Dette udfordrer Van den Haags skelnen mellem straffen i sig selv og den måde, den uddeles på. Han hævder som nævnt, at dødsstraf ikke i sig selv er arbitrær og

uretfærdig, men at problematikkerne udelukkende opstår i uddelingen, som er et problem, som i hans optik kan forbedres med reformer. Men her må det hævdes at så længe der stadig dokumenteres arbitrære mønstre, synes Van den Haags optimisme utilstrækkelig underbygget.

Unavoidable capriciousness

Van den Haag fortsætter sin analyse ved at undersøge, om arbitrærhed i uddelingen af dødsstraf kan mindskes tilstrækkeligt til, at straffen ikke længere strider mod den 8. og 14. forfatningsparagraf, eller om det er uundgåeligt, at visse former for arbitrærhed vil eksistere i retssystemet. For at besvare dette skelner han mellem to typer af arbitrærhed: unavoidable capriciousness og avoidable capriciousness. Han redegør for, hvad de to begreber dækker over, og diskuterer, hvorvidt det er muligt og tilstræbelsesværdigt at reducere dem.

Van den Haag definerer unavoidable capriciousness som de fejl og biases, der opstår uundgåeligt i enhver menneskelig beslutningsproces, inklusive domsafgørelser. Disse kan eksempelvis være utilstrækkelige bevismaterialer og politiets arbejdskvalitet, som kan påvirke domsafgørelsen, da disse er tilfældige omstændigheder og ikke nødvendigvis viser tiltaltes faktiske skyld. Han erkender, at disse fejl bør minimeres, men påpeger, at det aldrig vil være muligt at eliminere dem fuldstændigt. Selv når man stræber efter maksimal retfærdighed, vil der altid være en vis grad af unavoidable capriciousness i retssystemet. Van den Haag fremhæver, at The Framers (The Founding Fathers) var klar over, at der uundgåeligt ville snige sig en mængde tilfældighed og personlige biases ind, da de skrev forfatningen. Selvom de forsøgte at minimere arbitrærhed, udarbejdede de et system, der ikke krævede fuldkommen perfektion. Han pointerer: "The Constitution, though it enjoins us to minimize capriciousness, does not enjoin a standard of unattainable perfection or exclude penalties because that standard has not been attained" (Van den Haag, 1979, s. 396). Med dette understreger han, at forfatningen ikke kræver, at vi afskaffer en straf, fordi den ikke kan administreres fejlfrit. På den måde kan en straf som dødsstraf kan godt være forenelig med forfatningen, selv hvis den i praksis ikke altid administreres perfekt eller helt uden arbitrære faktorer.

Avoidable capriciousness

Når Van den Haag refererer til avoidable capriciousness, henviser han specifikt til situationer hvor arbitrærhed er så ekstrem, at straffe uddeles rent tilfældigt, uden forbindelse til skyld og

proportionalitet. Han bruger eksemplet hvis retten ikke længere skelner mellem skyldige og uskyldige:

“Capriciousness should be prevented by abolishing penalties capriciously distributed only in one case: when it is so unavoidable and so excessive that penalties are randomly distributed between the guilty and the innocent” (Van den Haag, 1979, s. 396). Med andre ord vil det sige, at det kun i situationer hvor straffen er uddelt helt tilfældigt, uden hensyntagen til hvem der egentlig er skyldig, er der legitimt grundlag for at afskaffe straffen. Altså mener Van den Haag at hvis retssystemet henretter mennesker uden beviser, uden skyld eller uden nogen juridisk vurdering, er det så alvorligt, at man bør afskaffe dødsstraffen helt. Et konkret eksempel kunne være, at 10 indsatte i et fængsel stilles op i en række, og helt tilfældigt bliver to af dem udvalgt til dødsstraf. De 10 kriminelle har hver især har forskellige domme, og har begået kriminalitet af komplet forskellige grader, og derfor er der ikke forbindelse mellem fortjeneste og straf. Afslutningsvis kan det derfor siges, at Van den Haag i praksis accepterer en vis mængde capriciousness som et uundgåeligt fænomen i retssystemet, og at det først i ekstreme situationer, at han mener at straffe helt kan afskrives.

Absolut og komparativ fortjeneste - ifølge Van den Haag

Van den Haag går herefter videre til at diskutere spørgsmålet om, hvorvidt det er krænkende, at nogle skyldige slipper for dødsstraffen, mens andre slipper, selvom deres forbrydelse er af samme karakter. Her kan der skelnes mellem absolut og komparativ fortjeneste:

Retfærdighed, ifølge Van den Haag, handler først og fremmest om, at de, der faktisk bliver straffet, har gjort sig fortjent til det, altså en absolut fortjeneste. Det, at andre skyldige undgår straf, betyder ikke, at det bliver uretfærdigt at straffe dem, der har gjort sig fortjent til den. Han fastlægger “Justice then cannot ever permit sparing some guilty persons, or punishing some innocent ones, for the sake of equality - because others have been unjustly spared or punished” (Van den Haag, 1978, s. 397).

For at illustrere dette argument bruger Van den Haag en analogi: Det at afskaffe dødsstraffen, blot fordi nogle skyldige undgår den, svarer til at lade alle indbrudstyve gå fri, fordi nogle indbrudstyve slipper uden straf. Pointen som Van den Haag ønsker at fremføre er, at vi ikke udligner diskrimination ved at lade flere gå fri for dødsstraffen, tværtimod går dette mod hans

teori om retfærdighed⁴. Det er dog værd at bemærke, at denne analogi kan kritiseres for at forenkle problemstillingen. Når dødsstraf uddeles i et system som er præget af racediskrimination, er problemet ikke kun, at nogle (ofte hvide) skyldige slipper for dødsstraffen, men at det er bestemte grupper som systemisk straffes hårdere end andre. Her bliver det netop ikke kun spørgsmålet om straffen er fortjent, men om det er retfærdigt at udvælge én skyldig, mens andre der har begået lignende kriminalitet slipper. Her bliver det ikke et spørgsmål om absolut fortjeneste, men et spørgsmål om komparativ fortjeneste, som omhandler hvordan straffen komparativt står i forhold til andres straffe i systemet (Feinberg, (1974), s. 299-300). Van den Haag fastholder dog, at dødsstraf ikke i sig selv er arbitrær eller uretfærdig. Han anerkender, at der kan forekomme ulighed og fejl i den administrative del, og i uddelingen af hvem der får dødsstraf, men han ser ikke dette som et legitimt grundlag for at omstøde straffen. Kun i de ekstreme tilfælde, hvor dødsstraf fordeles helt tilfældigt mellem skyldige og uskyldige og uden øje for proportionalitet, mener han, at der er grund til at afskaffe den.

Does it Matter if the Death Penalty is Arbitrarily Administered?

"Does it Matter if the Death Penalty is Arbitrarily Administered?" bygger på argumenterne fra *Furman v. Georgia-sagen* (1972), hvor USA's Højesteret, afgjorde, at dødsstraffen var i strid med den 8. og 14. forfatningsparagraf. Hvor særligt spørgsmålet om arbitrærhed var en central begrundelse for rettens afgørelse. Det blev betragtet som et alvorligt problem, at dødsstraffen blev administreret på en måde, der i praksis var for arbitrær. Ydermere fokuserede Højesteretten også på at det kun er en lille andel af de skyldige der faktisk blev idømt dødsstraf, selv i sager, hvor forbrydelsen objektivt set var sammenlignelig med sager, hvor gerningsmanden *blot* fik livsvarigt fængsel. Dette rejste spørgsmålet: Kan den ene gerningsmand være mere *fortjent* til dødsstraf end den anden, hvis deres forbrydelse objektivt er af samme natur? Netop dette er hvad Nathanson i artiklen forsøger at belyse.

I 1976 blev dødsstraffen genindført i *Gregg v. Georgia*, men *Furman v. Georgia* var langt fra irrelevant i den nye afgørelse. Mange af de argumenter, der blev fremført i *Furman*, spillede en central rolle i den nye lovgivning, som hævdede at ville eliminere den arbitrærhed, der

⁴ "Justice requires punishing the guilty - as many of the guilty as possible, even if only some can be punished - and sparing the innocent - as many of the innocent as possible, even if not all are spared" (Van den Haag, Conrad, (1983), s. 309).

tidligere havde kendetegnet anvendelsen af dødsstraf. Som redegjort for i tidligere afsnit blev der indført en række kriterier i hver delstat, for at imødekomme denne kritik, der skulle specificere, hvornår dødsstraf kunne idømmes, med det formål at reducere risikoen for arbitrære afgørelser.

Som Nathanson bemærker:

“By amending procedures and adding criteria which specify aggravating and mitigating circumstances, Georgia had succeeded in creating a system of 'gilded discretion,' which the Court accepted in the belief that it was not likely to yield arbitrary results”
(Nathanson, (1985), s. 150).

Med andre ord anså Højesteret de nye procedurer for tilstrækkelige til at minimere arbitrære domme. Nathanson forholder sig imidlertid kritisk til denne opfattelse og fremhæver en række forskningsresultater imod dødsstraf, der viser, hvorfor Gregg-afgørelsen fortsat var problematisk. Eksempelvis analyserede Charles Black de nye kriterier for, hvem der kunne idømmes dødsstraf, og konkluderede, at kriterierne enten var utilstrækkelige eller slet ikke blev overholdt i praksis. På samme måde påpegede Bowers og Pierce, at race og socioøkonomisk status fortsat spillede en afgørende rolle i, hvem der blev dømt til døden og hvem der fik livstidsdomme. Bowers og Pierces undersøgelser viste, som redegjort for tidligere, blandt andet, at sandsynligheden for en dødsdom var markant højere, hvis gerningspersonen var sort og offeret hvid, end hvis situationen var omvendt. På baggrund af disse kritikker argumenterer Nathanson for, at dødsstraffen igen bør omstødes i stedet for at fortsætte med kriterierne fra Gregg v. Georgia (Nathanson, (1985), s. 151).

Nathansons artikel fungerer som et direkte svar til og en kritisk dialog med Ernest Van den Haag, som forsvarer dens anvendelse, også i tilfælde hvor Nathanson vil argumentere for at det sker på en diskriminerende og arbitrær måde. Gennem Nathansons perspektiv er Van den Haags hovedargument, at det ikke er problematisk, hvis et individ straffes i overensstemmelse med sine forbrydelser, selv hvis andre, der har begået lignende forbrydelser, undgår straf. Han citerer Van den Haag:

“Justice requires punishing the guilty - as many of the guilty as possible, even if only some can be punished and sparing the innocent - as many of the innocent as possible, even if not all are spared. It would surely be wrong to treat everybody with equal injustice in preference to

meting out justice at least to some. [I]f the death penalty is morally just, however discriminatorily applied to only some of the guilty, it does remain just in each case in which it is applied" (Van den Haag, Conrad, (1983), s. 309).

I Nathansons optik argumenterer Van den Haag for, at det afgørende spørgsmål ikke er, hvorvidt retssystemet er fejlfrit eller fri for diskrimination, men snarere, hvorvidt de personer, der straffes, faktisk fortjener deres straf. Nathanson hævder, at Van den Haag mener at retfærdigheden i en straf udelukkende afhænger af, om den enkelte person har gjort sig fortjent til den, ikke af, hvordan andre behandles i lignende situationer. For Nathanson kan konsekvensen af dette synspunkt være, at det ikke bliver anset som problematisk nok, at dødsstraffen rammer proportionelt mange afroamerikanere og andre marginaliserede grupper, så længe de, der henrettes, rent faktisk har begået forbrydelser, der retfærdiggør denne straf. Men her kan det siges, at Nathanson forenkler Van den Haags position. Van den Haag benægter ikke, at diskrimination eksisterer i retssystemet, og han benægter ikke at det kan være problematisk, tværtimod anerkender han at der forekommer biases i den måde dødsstraffen uddeles på. Men for ham ligger problemet netop på den administrative måde, den bliver fordelt på, og ikke i selve dødsstraffens essens. Det er af samme grund han afviser, at sådanne biases og arbitrærhed nødvendigvis gør dødsstraffen illegitim, så længe at de skyldige straffes i proportionalitet til deres fortjeneste, mener Van den Haag, at retfærdighed opnås, også selvom ikke alle skyldige straffes lige hårdt. I dette appellerer han igen til absolut fortjeneste frem for komparativ. Heri ligger en væsentlig forskel i deres grundlæggende tilgange: hvor Nathanson ser diskrimination som en strukturel bias og straf som noget der skal vurderes komparativt, mener Van den Haag at diskrimination er en udfordring i det administrative, som ønskeligt minimeres, men det er ikke grundlag nok til, at dødsstraffen i sig selv er uretfærdig.

Nathanson retter nu fokus mod spørgsmålet om, hvorvidt det er muligt at skelne mellem de kriminelle, der bør idømmes dødsstraf, og dem, der ikke bør. Ifølge Nathanson, ser Van den Haag ikke dette som et særligt komplekst problem; han mener, at det i praksis er muligt at identificere, hvem der fortjener dødsstraf, og hvem der ikke gør. Det kan antages at Nathanson kan anerkende, at det principielt kan være muligt at lave en objektiv form for skelnen mellem kriminelle, men at han stiller sig kritisk overfor, om det kan realiseres inden for rammerne af det amerikanske retssystem, som det så ud umiddelbart efter Gregg v. Georgia. Han argumenterer for, at selv efter Gregg v. Georgia-afgørelsen, hvor der netop blev

indført kriterier for fordelingen af dødsstraf, forbliver udvælgelsen af, hvem der rent faktisk bliver dømt, præget af diskrimination og biases. Dette bygger videre på Charles Blacks argument, der fastslår, at dommere ikke har et tilstrækkeligt objektive grundlag for at afgøre, hvilke kriminelle der lever op til kriterierne for at blive udvalgt til dødsstraf og at denne mangel på præcise og anvendelige retningslinjer nødvendigvis resulterer i en beslutningsproces som i stor grad har en uretfærdig udvælgelse. Også selvom de kriterier som i opgavens problemfelt blev fremført, skulle være med til at mindske arbitrærhed, mener både Black og Nathanson, at disse ikke har bidraget med den ønskede effekt (Nathanson, (1985), s. 154). Den primære uenighed mellem Black, Nathanson og Van den Haag er således knyttet til deres forskellige vurderinger af systemets evne til at skelne mellem de personer, der fortjener dødsstraf, og dem, der ikke gør. Som nævnt analyserede Black dommernes procedurer når de skulle tildele dødsstraf og konkluderede at der ikke var en form for standard når de skulle vælge, også selvom det efter Gregg, skulle være blevet mere objektivt og klart. Yderligere argumenterede Black for, at arbitrærhed ikke kun opstår i den endelige udvælgelse af, hvem der faktisk modtager dødsstraf blandt de dømte. Han mente også, at der er en grundlæggende arbitrærhed forbundet med selve spørgsmålet om, hvem der *fortjener* døden. Det er her tydeliggjort at både Black og Nathanson mener, at systemet fortsat mangler klare og konkrete principper for, hvordan man adskiller dem der fortjener dødsstraf, og dem der ikke gør (Nathanson, (1985), s. 154). Van den Haag synes at have et enklere syn på problemstillingen ved hovedsageligt at skelne mellem *skyldig* og *ikke-skyldig*, hvilket også afspejles i hans udsagn: "Justice requires punishing the guilty (...) and sparing the innocent" (Van den Haag, (1978), s. 397). Men ifølge Nathanson tilsidesætter denne argumentation, at der findes adskillige andre vigtige skel inden for strafferetten. Eksempelvis differentieres der i USA mellem first-degree murder, second-degree murder og manslaughter, altså mellem overlagt mord, uagtsomt manddrab og andre grader af drab. Selv inden for kategorien first-degree murder er der stor forskel fra sag til sag, fordi både skærpende og formildende omstændigheder kan spille en væsentlig rolle i forhold til graden af forbrydelsen. De skærpende omstændigheder kan indebære særligt grusomme handlinger, såsom tortur eller ekstrem vold mod offeret, hvilket kan gøre en dødsstraf mere sandsynlig. Omvendt kan formildende omstændigheder omfatte faktorer som selvforsvar eller psykisk sygdom, som har påvirket den dømtes handling og mentale tilstand i gerningstidspunktet. Nathanson understreger således, at det ikke er en objektiv konklusion, at enhver skyldig i first-degree murder nødvendigvis bør eller generelt fortjener at idømmes dødsstraf, da der er forskel i de

formidlende og skærpende omstændigheder. På den måde mener han, at det at vurdere hvem der fortjener dødsstraf ikke er en så simpel proces, som Van den Haag postulerer, og at bare fordi man er skyldig betyder det nødvendigvis ikke, at man fortjener dødsstraf (Nathanson, (1985), s. 154).

Forskning og legitimitet

I følgende afsnit vil der igen vendes tilbage til Bowers og Pierces konklusioner i deres forskning, specielt resultatet om, at afroamerikanske, der slår en hvid ihjel, har meget større risiko for at modtage en dødsstraf end en hvid der slår en afroamerikaner ihjel. Hvad denne konklusion implicit viser er, at dommerne vurderer at det er en værre forbrydelse og at det dermed kræver en strengere straf når sorte slår hvide ihjel. Det er på baggrund af dette studie tydeligt, at der er dybt integrerede diskriminatoriske biases i det amerikanske retssystem. Nathanson postulerer; "Both legal analysis and empirical studies should undermine our confidence that the legal system sorts out those who deserve to die from those who do not in a non arbitrary manner. If we cannot be confident that those who are executed in fact deserve to die, then we ought not to allow executions to take place at all" (Nathanson, (1985), s. 155). Citatet fremhæver to vigtige komponenter: nødvendigheden af, at borgere og vælgere besidder en tillid til den juridiske og empiriske forskning, der belyser retssystemets funktion og problemer og hvorfor det er et problem hvis vi ikke lytter til forskning. Nathanson mener, at et legitimt retssystem hviler på en forestilling om, at lovgivning og praksis kan legitimeres gennem analyse og empirisk dokumentation. Når forskningen afslører systematiske fejl eller arbitrærhed i, hvem der idømmes dødsstraf, udfordrer det selve grundlaget for straffens legitimitet. Det stiller os overfor en etisk forpligtelse: Hvis vi ikke med sikkerhed kan fastslå, at de, der henrettes, faktisk fortjener denne straf, må vi enten reformere systemet eller helt afskaffe dødsstraffen. Fordi dødsstraf er irreversibel. Hvis vi tager fejl og henretter en person som faktisk ikke fortjener det, så har vi begået en alvorlig fejl. For Nathanson er det bedre at undlade at henrette, end at risikere at henrette nogen der ikke fortjener det. På den måde argumenterer han for, at manglende tillid til systemets evne til at administrere dødsstraf på en retfærdig måde, i sig selv er grundlag nok for at afskaffe den. Videnskabelig evidens og forskning bør således ikke blot informere, men aktivt forme vores juridiske institutioner (Nathanson, (1985), s. 154-55).

Absolut og komparativ fortjeneste - ifølge Nathanson

Nathanson forestiller sig nogle hypotetiske spørgsmål, som han tror, at Van den Haag ville stille. I det følgende vil der belyses hvordan Nathanson vil besvare disse spørgsmål, for at fastslå, at fordelingen af dødsstraffen er for arbitrær.

"How can it possibly be unjust to punish someone if he deserves the punishment? Why should it matter whether or not others equally deserving are punished?" (Nathanson, (1985) s. 156). Dette hypotetiske spørgsmål, som Nathanson opstiller er for at illustrere og kritisk undersøge Van den Haags perspektiv. Han stiller det ikke som sin egen position, men som en måde at inddrage Van den Haags synspunkt og teste dets konsekvenser. Det er en pointe som virkelig udpensler, at Van den Haag er fortalende for absolut fortjeneste. Herefter bliver det også tydeligt, at Nathanson er meget mere tilhænger af komparativ fortjeneste. Disse spørgsmål opstår ud fra Mr. Justice Stewards udtalelse under Furman, hvor han sammenlignede det med at blive udvalgt til dødsstraf, med at blive ramt af lyn, noget komplet tilfældigt.

Hvem slipper? Og hvorfor?

For at kunne belyse det ovenstående afsnit, imødegår Nathanson, Van den Haags argument for absolut desert, ved at introducere to illustrative eksempler:

"C. I tell my class that anyone who plagiarizes will fail the course. Three students plagiarize papers, but only one receives a failing grade. The other two, in describing their motivation, win my sympathy, and I give them passing grades. D. At my child's birthday party, I offer a prize to the child who can solve a particular puzzle. Three children, including my own, solve the puzzle. I cannot reward them all, so I give the prize to my own child" (Nathanson, (1985), s. 156).

Specielt eksempel C er interessant, da det indebærer, at børnene har en chance for at tale deres sag over for læreren. Dette kan ses som en direkte parallel med en retssag, hvor den tiltalte på samme måde får mulighed for at forklare deres side af sagen. Her kan man med fordel drage tråde tilbage til Antony Duff, og argumentere for, at det ikke er sikkert at den tiltalte (eller eleven) snakker samme *sprog*. Særligt hvis den tiltalte kommer fra et lavere socioøkonomisk ståsted, hvor uddannelse og viden omkring juridiske processer måske ikke er

udbredte, kan den kommunikative proces mislykkes. Problemet her opstår i, at når den ene part (læreren eller staten), taler med et sprog som kulturelt, socialt eller sprogligt ikke er det samme som den anden part, kan der opstå lingvistisk eksklusion, hvor det kun er elever/tiltalte der forstår staten/lærerens sprog, der kan overvinde udkommet af straffen. I eksempel D, ses en form for nepotisme, hvor en mor favoriserer sit eget barn, dette kan overføres til en dommer, der implicit eller eksplicit favoriserer tiltalte af samme race, potentielt fordi de føler en form for tilknytning (Nathanson, (1985), s. 157).

Disse eksempler fungerer som en kritik af Van den Haags påstand om, at så længe en kriminel fortjener sin straf, er det sekundært, hvordan andre i lignende situationer straffes. Det, eksemplerne viser, er, at det at give en person den straf, vedkommende objektivt set fortjener, ikke kan adskilles fra, hvordan andre behandles i tilsvarende sager. Nathanson konkluderer ud fra eksemplerne, at det ville være en mere retfærdig løsning, hvis *ingen* af de studerende blev straffet for plagiat, eller hvis *ingen* modtog en præmie for at løse opgaven. Disse eksempler fungerer således som en analogi for den systemiske racemæssige bias der findes i anvendelsen og udvælgelsen af dødsstraf.

Kan vi dømme uden bias?

For Nathanson er et af de helt grundlæggende problemer ved udvælgelsen af tiltalte til dødsstraf, i bund og grund fundet i dommernes mangel på objektivitet. Hvad der menes med dette er, at det i sidste ende er mennesker der beslutter hvem der skal modtage dødsstraffen og derfor kommer der enten implicite eller eksplicite biases med i beslutningerne. Nathanson gør det klart, at vores biases nok er så dybt integrerede i både vores samfund og vores måde at tænke på, at kan være ligegyldigt hvor meget en dommer forsøger at dømme ud fra et helt neutralt punkt, vedkommendes biases altid have en form for indflydelse på den måde den tiltalte dømmes. Det bliver således klart, at en dommer ikke nødvendigvis behøver at dømme uretfærdigt med vilje, men at det er en uundgåelig del af det at være menneske. Det kan godt være, at Nathanson vil mene, at det i teorien er muligt at udarbejde et system hvori menneskets biases og arbitrærhed ikke findes, men det er på nuværende tidspunkt og med de nuværende love ikke muligt. Således må de konkluderes ud fra Nathansons argumentation, at hvis det ikke er muligt at udligne de menneskelige biases, så er det nok grundlag for, hvorfor systemet skal revideres eller helt afskaffes (Nathanson, (1985), s. 160-62).

Diskussion og vurdering

Da der nu er redegjort for henholdsvis, forskning inden for dødsstraf, Moore, Duff, Van den Haag samt Nathanson, er det således vigtigt, at sammenføre og holde de forskellige teorier og argumenter oppe med hinanden.

Dødsstraffen i USA er ikke blot et spørgsmål om lovgivning for eller imod, men det er nu klart, at der er tale om et fagfilosofisk, etisk, normativt og politisk spørgsmål om legitimitet i et samfund, der hævder at værne om lighed, retfærdighed og frihed. Gennem dette speciale er det blevet udlagt for, at dødsstraffens praksis, både historisk og i dag, er tæt forbundet med strukturelle uligheder og systemiske bias, særligt i forhold til race og socioøkonomisk status. Allerede i *Furman v. Georgia* blev det slået fast, at dødsstraffen blev administreret på en arbitrær og diskriminerende måde, hvilket resulterede i en midlertidigt national omstødelse af dødsstraffen. Fire år senere forsøgte *Gregg v. Georgia* at forbedre den arbitrære måde, hvorpå domte udvælges til dødsstraffen, gennem juridiske reformer og nye processer. Men forskning fra både 1980 og 2014 viser, at problemerne med arbitrærhed fortsat er indgroet i den amerikanske retspraksis. Netop begrebet *arbitrærhed* spiller i specialet en af de mest centrale roller. Arbitrærhed i denne problematik udgør en udfordring for hele retssystemets grundlæggende legitimitet. Når systemets legitimitet forstyrres af faktorer som race, nationalitet eller socioøkonomiske status, undermineres selve grundlaget for at kunne kalde hele retssystemet retfærdig. På samme måde er arbitrærhed også et moralsk problem, når dødsstraf, som skiller sig ud fra alle andre former for straf, på grund af dens definitive natur, rammer skævt og ikke sikrer et retfærdigt og lige straffesystem, så skaber det problemer i forhold til at kunne legitimere en sådan definitiv straf.

For at besvare spørgsmålene om dødsstraffens legitimitet undersøges det ved at sammenbringe de empiriske data med både de fagfilosofiske og normative tilgange. Her inddrages Michael Moores retributivisme, som hævder, at straf er moralsk retfærdiggjort og endda nødvendig, hvis den gives til den, der fortjener den. Antony Duffs kommunikative tilgang vil blive sat op imod retributivismen, særligt i forhold til spørgsmålet om eksklusion og statens ansvar for at behandle selv kriminelle som fuldgældige medlemmer af fællesskabet. Derudover vil der trækkes på de normative argumenter fra Stephen Nathansons og Ernest Van den Haags, hvor konflikten mellem fortjeneste, frihed og retfærdighed samt den påviste arbitrærhed danner et afgørende spændingsfelt. Målet med diskussionen er at vurdere, om

dødsstraffen kan opretholdes som en moralsk forsvarlig praksis i lyset af de etiske problemer, der er blevet afdækket gennem specialet - herunder den markante ulighed på dødsgangen, hvor over 40% af de indsatte er afroamerikanere, samt den ekstremt lave sandsynlighed (0,13%) for, at en gerningsperson dømmes til døden, når offeret er afroamerikansk. Disse overvejelser rejser spørgsmålet, som der i det følgende besvares: Kan dødsstraffen retfærdiggøres i et samfund, hvor systematisk diskrimination er en veldokumenteret realitet?

Kan man retfærdiggøre dødsstraf i et system med arbitrære faktorer i fordelingen?

En af de mest centrale problematikker i forhold til dødsstraffen i USA er dens dokumenterede afhængighed af ubetydelige faktorer som race og social status. Ifølge Pierce og Bowers' undersøgelse fra 1980 blev sorte gerningspersoner i langt højere grad dømt til døden end hvide, især når offeret var hvidt. De påviste eksempelvis, at sorte gerningspersoner havde 29% sandsynlighed for at få dødsstraf, når offeret var hvidt, mens sandsynligheden faldt til 3% ved sorte ofre. For hvide gerningspersoner var tallene endnu mere skæve: 7% risiko ved hvide ofre og 0% ved sorte. Disse tal blev senere bekræftet af nyere statistikker indsamlet af Death Penalty Information Center i 2014, som viste, at sorte tiltalte stadig, havde markant højere risiko for dødsstraf i stater som Louisiana og Washington. Det er på baggrund af disse tal, at det kan blive en udfordring at fastholde et billede af dødsstraffen som en objektiv og legitim straf. Tværtimod bekræfter de en systematisk ulighed, som viser at domfældelser afhænger af offerets hudfarve mere end af forbrydelsens karakter.

Dødsstraffen bygger for både Moore og Van den Haag på et element af at give personer, som har begået en forkert handling, hvad de fortjener. På den måde er de begge retributivister, især i forholdet mellem straf, fortjeneste og retfærdighed. De er sammenlignelige i deres måde hvorpå de retfærdiggør straf i sin natur: hvor retfærdighed primært handler om at gengælde forbrydelsen i forhold til gerningspersonens skyld og fortjeneste. Moore formulerer det klart, når han skriver: "Retributivism is thus the view both that punishment institutions in general are justified by the giving of just deserts and that the punishment of each offender is justified by the fact that he or she deserves it" (Moore, 1997, s. 155). Her står det klart, at statens ret til at straffe, findes i selve ideen om "just deserts", altså at det enkelte individ fortjener sin straf som konsekvens af sin handling, og at det er retfærdigt at straffe baseret på denne fortjeneste. Van den Haag bygger på det samme fundament, når han slår fast: "Justice requires punishing the guilty - as many of the guilty as possible, even if only some can be

punished – and sparing the innocent - as many of the innocent as possible, even if not all are spared” (Van den Haag, (1983), s. 397). I begge tilfælde er udgangspunktet et tydeligt krav: At staten har en forpligtelse til at gengælde forbrydelser ved at straffe de skyldige netop fordi de er skyldige, ikke fordi det bringer nogle andre goder, men fordi det intrinsisk er godt at straffe skyldige, ligesom det er godt at uskyldige *ikke* straffes. Denne grundlæggende idé danner den fælles kerne i deres retributive tænkning, og det er ud fra denne forståelse, at dødsstraffen for begge kan anses som en legitim og muligvis nødvendig praksis: den gengælder forkerte handlinger i overensstemmelse med den moralske skyld⁵, som de begge mener, retssystemet bør afspejle. Det er noget tydeligere i Van den Haags formuleringer, at dødsstraffen er legitim, mens det for Moore ikke er en straf, der kan gives et komplet konkret svar på. Han bygger nærmere sine argumenter på, at det må være samfundet, der er ansvarlig for at administrere en form for målestok, som kan vurdere hvor meget og hvordan skyldige skal straffes, men som baseres ud fra en retributivistisk tilgang. Moore anerkender dog flere steder, at dødsstraf kan være legitim, hvis det proportionelt er i overensstemmelse med handlingen. Dette var tydeligt i eksemplet med Eichmann, hvor Moore understregede nødvendigheden i, at han fik hvad han fortjente da han blev henrettet. Det er netop i dette, hvor de to tænkere er enige, straf skal ske i proportion til fortjeneste.

Det er dermed påviseligt, at Moore og Van den Haag deler et fælles teoretisk grundlag, men det bliver særligt interessant at konfrontere dem med de empiriske data og dykke yderligere ned i hvordan de ville forholde sig til de mønstre og problematikker som dataene viser. Som tydeliggjort for før, insisterer Moore på, at straf kun er legitim, hvis den gives til dem, der fortjener det. Men for at kunne tale om at staten kan bevise og vurdere fortjeneste, må systemet være i stand til at identificere og skelne mellem dem som faktisk fortjener dødsstraf, og dem som ikke gør. Når dommere ifølge Nathanson er så præget af en dybt indgroet systematisk bias, bliver selve forbindelse mellem straffens hårdhed og den kriminelles fortjeneste usikkert i praksis, fordi der endnu ikke er en objektiv måde at lave skellet mellem de som fortjener og de som ikke gør. En udfordring for Nathanson er at arbitrære faktorer præger hele retssystemet, og ud fra denne antagelse, kan det argumenteres for, at det så kan være umuligt overhovedet at retfærdiggøre nogen form for straf. Hvis Nathanson har ret i, at der altid er en vis form for diskrimination i retssystemet, kan vi så overhovedet retfærdiggøre det at straffe? Det kan antages, at hvis man mener, at diskrimination i retssystemet er

⁵ Hvis vi da antager at tiltalte dømmes ud fra proportionalitet med forbrydelsen

uundgåeligt, og derfor kan bruges som grundlag for at afskaffe dødsstraffen, så må det logisk set gælde for al straf. Hvis det er uretfærdigt, at dødsstraffen rammer afroamerikanere oftere, og derfor bør afskaffes, kan man også påstå, at det er uretfærdigt, at afroamerikanere oftere får livstidsdomme, hvilket i så fald burde føre til afskaffelse af livstidsdomme (ccjs.com, (u.d)). Yderligere, hvis man anerkender, at afroamerikanere generelt arresteres og dømmes hårdere, kan man argumentere for, at fængselsstraffe i det hele taget bør afskaffes (Ghandnoosh, (2023), TSP.com). Dette kan føre til en hypotetisk situation, hvor der ikke eksisterer fængsel, og alle straffes i form af bøder. Men selv her kunne man hævde, at det er uretfærdigt, at afroamerikanere får flere og dyrere bøder, især givet at de ofte har dårligere socioøkonomiske forhold sammenlignet med hvide amerikanere. Dette kunne føre til en situation, hvor man ikke kan straffe nogen, fordi enhver straf vil være uretfærdig på grund af den indbyggede bias. Pointen i dette er, at man i princippet godt kan forestille sig et system, hvor al bias er taget ud, fordi der simpelthen ikke er et reelt straffesystem mere, men dette er baseret ud fra et langsigtet reduktionistisk synspunkt, som næppe vil kunne være en realitet i det nuværende system.

Men netop her kan Moore og Van den Haag stå som opposition. Moore vil fastholde, at culpability og fortjeneste er afgørende for at retfærdiggøre straf. Hvis vi opgiver ideen om straf, opgiver vi også ideen om både statsligt og menneskeligt ansvar, som er baseret på Moores argument om agent-relative normer, som forudsætter, at staten har ansvar for at straffe kriminelle, fordi det er et intrinsisk gode, samt at mennesket besidder følelser af skyld og fortrydelse i forbindelse med forkerte handlinger. Det er helt naturligt for os at vide, at forkerte handlinger bør straffes, så Moore vil mene, at det at reducere straf for at undgå uretfærdighed ville være at gå imod menneskelig intuition om rigtig og forkert. På samme måde vil Van den Haag også stille sig meget kritisk over for ideen om at afskaffe al straf. Han insisterer på, at ulighed i anvendelsen af straf ikke nødvendigvis gør straffen i sig selv uretfærdig. Han mener, at det selvfølgelig ikke er ønskværdigt, at nogle går fri fra straf, mens andre straffes, men at det ikke er nok til at afskaffe straffen helt. Så længe straffen i sig selv ikke er imod den amerikanske forfatning, og problematikkerne ligger i den administrative udførelse, så er der ifølge Van den Haag belæg for at beholde straffen. Ellers risikerer vi, som han hævder, at lade skyldige gå fri i retfærdighedens navn, hvilket, for ham, blot skaber en ny uretfærdighed.

Men nu befinder vi os et sted, hvor A) der er arbitrærhed og uretfærdighed i stort set alle former for straf, og B) at løsningen ikke nødvendigvis er at afskaffe al straf. Derfor bliver det næste interessante spørgsmål: Hvad *er* løsningen? For selvom det kan være rigtigt, at det amerikanske straffesystem rummer en iboende bias, som i praksis kan være både uundgåelig og umulig at eliminere, rejser det stadig et afgørende spørgsmål, hvor går grænsen for, hvor meget uretfærdighed og diskrimination vi som samfund kan acceptere i vores retspraksis? På et tidspunkt må mængden og karakteren af diskrimination være så alvorlig, at den i sig selv bliver en legitim grund til at ændre eller afskaffe bestemte straffe, samtidig med, at vi måske må acceptere, at *en vis grad* af arbitrærhed vil være uundgåelig i andre former for straf.

På grundlaget om dødsstraffens helt unikke karakter i dens komplette irreversibilitet og absolutte hårdhed, kan det hævdes at denne grænse nås det kommer til dødsstraf. Netop fordi dødsstraffen er irreversibel og fratager individet enhver fremtidig mulighed for at genfinde sin plads i samfundet eller at angre sine kriminelle handlinger. Derfor rammer konsekvenserne af systematisk bias hårdt, i forhold til andre hårde straffe som livstidsdomme, hvor den indsatte alligevel, har mulighed for at angre sine handlinger. Set gennem Antony Duffs kommunikative straffeteori kan dette argument understøttes yderligere. Ifølge Duff bør straf ikke ses som et middel til at afskrække eller manipulere kriminelle, men ses i stedet som kommunikation mellem samfund, stat og borger. Straf skal kalde den dømte til ansvar, give mulighed for erkendelse, accept og åbne op for muligheden for at genfinde både sig selv og sin plads i samfundet. I denne tilgang er dødsstraffen dybt problematisk, da den stopper enhver form for kommunikation, som Duff mener er kernen i et legitimt straffesystem. Samtidigt har den kriminelle ikke mulighed for at gå i dyb dialog med sig selv, acceptere at vedkommendes handlinger var forkerte, for derefter at kunne forbedre sig selv og på længere sigt opretholde sit medlemskab i det politiske og moralske fællesskab. På den måde vil dødsstraffen ifølge Duff være uacceptabel i sig selv, og ikke blot uacceptabel på grund af dets arbitrærhed. Han ville næppe mene, at staten nogensinde har behov for at kommunikere en *censure* så hård, at det kan retfærdiggøre en henrettelse. Da hans teori bygger på idealet om inklusion, må dødsstraf, som den ultimative form for eksklusion, stå i direkte opposition.

Hvorfor er det krænkende, når den ene slipper, men den anden straffes?

Spørgsmålet om, hvorvidt det er uretfærdigt, at kun nogle af de skyldige modtager dødsstraf, mens andre slipper, er helt centralt i både diskussionen om dødsstraffens legitimitet og i dette

speciale. Som redegjort for tidligere, mener Van den Haag, at det kan være umuligt at undgå arbitrære faktorer i hvem der ender med at få dødsstraf. Han mener at *capriciousness* selvfølgelig ikke er ønskværdigt og det kan antages at han i et ideelt samfund ville ønske at det helt kunne fjernes fra straffesystemet. Men han fastholder, at en vis mængde ulighed i anvendelsen og administrationen ikke gør straffen uretfærdig, så længe straf ikke gives tilfældigt i en form for lotteri. For ham skelner han tydeligt mellem straffen i sig selv, og den måde straffen bliver administreret på, og at disse er to vidt forskellige ting. Så når dødsstraffen bliver uddelt på en arbitrær måde, argumenterer Van den Haag for, at det er et problem i den måde straffen bliver administreret på, og ikke et problem med straffen i sig selv. Ifølge Van den Haags tilgang er det absolut vigtigste, at så mange skyldige som muligt får den straf som de fortjener. Retfærdighed er opfyldt hver gang en kriminel straffes, ikke nødvendigvis når *alle* skyldige straffes lige hårdt. Michael Moore er på sin vis enig i Van den Haag's tilgang. For Moore er det afgørende, at den enkelte får den straf, vedkommende har fortjent, hvor straffen udmåles proportionalt med den tiltaltes skyld. Tidligere i opgaven blev det nævnt, at Moore var noget mere vag i sin mening omkring dødsstraf, men at han heller ikke principielt afviser den. Moore understreger, at jo hårdere en straf er, jo vigtigere er det, at den udføres, tildeles og administreres på en retfærdig og gennemtænkt måde. Det vil sige, at selv hvis en person faktisk fortjener dødsstraf i kraft af sin skyld og culpability, vil det i Moores optik være kritisabelt, hvis udvælgelsesprocessen er præget af had eller diskrimination. På den måde vil Moore formentlig adskille sig fra Van den Haags tilgang, ved at argumentere for at den måde som dødsstraffen udvælges nu, er uretfærdig, også selvom det kan være, at alle dem som egentlig får den tildelt, faktisk fortjener straffen (i proportion med sin skyld), men at det administreres på en uretfærdig måde. Med andre ord er Moore mere optaget af de moralske principper bag selve straffen og er derfor også mere åben for kritik af systemisk uretfærdighed.

Nathanson stiller sig som bekendt meget kritisk over for dødsstraf, og en stor del af hans kritik retter sig mod den arbitrære måde, hvorpå dødsstraffen tildeles. Hvor Van den Haag ser ulighed som en fejl i den administrative del af straffen mener Nathanson, at det i virkeligheden er et udtryk for dybtliggende moralske problemer, i både samfundet og i retssystemet. Som nævnt tidligere, mener Nathanson at systemisk bias er et menneskeligt bias, fordi dommere og andre medlemmer af retssystemet alle har en vis mængde bias i sine beslutningsprocesser, også selvom det ikke er en eksplicit bias, således behøver vedkommende ikke være klar over at de besidder biases. Men alligevel deler han fokus med

Moore i forhold til proportionalitet, men hvor det for Moore er begreber som skyld, intention og fortjeneste, er det for Nathanson begreber som formildende og skærpende omstændigheder som er centrale. Dette viser at han ikke afviser straf i sig selv, faktisk anerkender han at straf kan være retfærdig og nødvendig, men han insisterer på at straf skal udmåles med henblik på disse ovenstående omstændigheder, og ikke på arbitrære faktorer. Det bliver særligt problematisk når den ene henrettes, mens den anden får en livstidsdom, specielt hvis de begge har samme formildende eller skærpende omstændigheder.

Antony Duff ville på samme måde være kritisk overfor en sådan ulighed som ses i udvælgelsen af dødsstraf. Hans teori om straf som kommunikativ proces mellem staten og tiltalte bygger på princippet om inklusion, borgerskab og gensidig anerkendelse. Hvis to personer har begået samme forbrydelse, men kun den ene modtager dødsstraf, bliver det svært at fastholde idéen om, at straffen er en meningsfuld dialog med både de kriminelle men også resten af samfundet. Det bliver utydeligt hvad det præcist er at staten forsøger at kommunikere til *dem* og til *os*. Når straffesystemet dømmer afroamerikanske gerningsmænd hårdere, og dømmer hvide gerningsmænd mindre (og slet ikke straffer gerningsmænd med sorte ofre), så kan det kommunikere at den ene forbrydelse er værre end den anden selvom de var i princippet var ens. Altså at det at dræbe en sort person ikke er lige så slemt som at dræbe en hvid. Eller at være en sort gerningsperson i sig selv er værre og fortjener en hårdere straf end hvis man er en hvid gerningsperson. Ydermere kan de kommunikere, at man som hvid gerningsperson fortjener at prøve igen, altså at få en *second chance*, for eksempel ved at få en kortere fængselsstraf og dermed på et tidspunkt kan løslades, mens det for sorte ikke er muligt på samme måde. Dette påviser og kommunikerer til resten af samfundet, at retssystemet ikke nødvendigvis er baseret på principper om klar retfærdighed, men at de er bygget på arbitrærhed. Alt dette underminerer Duffs ide om at straf skal være en inkluderende form for ansvarsgørelse, som i sidste ende er baseret på det gode straf kan bidrage til, heriblandt selverkendelse og forandring, og ikke på samme måde som Moore og Van den Haag, hvis tilgang bekymrer sig om gengældelse og straffens intrinsiske gode. Dødsstraf i sig selv er allerede problematisk i Duffs optik, fordi den afslutter kommunikation og inklusion mellem stat og borger permanent. Men når dødsstraffen ovenikøbet gives arbitrært, viser det at retssystemet som helhed bliver en form for magtudøver i stedet for kommunikator.

Ydermere kan det siges, at det krænkende ved, at afroamerikanere oftere modtager dødsstraf, mens hvide slipper, ikke blot kan forklares som en administrativ fejl, som Van den Haag hævder. Krænkelsen må, med Nathanson, forstås som en historisk moralsk skævhed i retssystemet. Det er historisk fordi det ikke er nyt: både Black og Pierce og Bowers studie viste det, mens tallene i det nutidige retssystem også viser uligheden. Det kan godt være krænkende hvis den ene slipper. Det kan være krænkende på baggrund af de historiske belæg, der har gentaget sig. Det kan også være krænkende i forhold til absolut og komparativ fortjeneste: det kan ud fra komparativ fortjeneste argumenteres for, at det kan være krænkende, fordi retfærdighed også handler om hvordan tiltalte straffes i forhold til andre. Når to tiltalte som har begået en forbrydelse af samme karakter ikke får samme straf, kan det ikke siges at der er sket en retfærdig dom, hvis man som Nathanson, hviler på en komparativ tilgang. Samtidig fra Duffs perspektiv bliver dødsstraf et krænkende system, fordi både staten og straffen ikke lever op til forpligtelsen om, at være en meningsfuld dialog. Når staten kommunikerer så alvorligt et budskab som dødsstraf til én person, men ikke til en anden med samme skyld, kan dialogen næppe være meningsfuld. Her er det et signal om ulighed, klassicisme og værdihierarki, i stedet for at den tiltalte kaldes til ansvar. Det er også her, straffen bliver krænkende: ikke fordi nogen bliver straffet, men fordi de bliver det på en måde, der afspejler og forstærker social og racemæssig ulighed.

No-complaint argument

I forbindelse med Van den Haags argumentation, er det interessant at inddrage Kasper Lippert-Rasmussens *no-complaint argument*. Dette argument består i ideen om, at hvis den dømte har gjort sig fortjent til dødsstraf, så kan den dømte ikke klage over at modtage straffen, og hvis vedkommende ikke kan klage, så må systemet være retfærdigt. Dette er en påstand som Van den Haag ligger tæt op af, baseret på hans argument om, at så længe dem, der straffes rent faktisk fortjener straffen, så er det ikke uretfærdigt at andre slipper. Men Lippert fremfører to væsentlige indvendinger mod dette synspunkt: han fremfører et skel mellem retten til at klage over selve dødsstraffen, og retten til at klage over at andre med samme fortjeneste slipper for den. Lippert postulerer, at det godt kan være, at den dømte ikke kan klage over straffen i sig selv, men at der er god grund til, at vedkommende godt kan klage over at andre ikke straffes tilsvarende: "one might be treated unjustly even if one is not in a position to complain about one's punishment as such provided one is in a position to complain about some conjunctive fact of which this is an essential part" (Lippert, (2014), s.

233). Med dette viser Lippert at selv hvis en dømt ikke har ret til at klage over straffen i dens natur, kan der stadig være en komparativ uretfærdighed i den måde straffen fordeles på. Denne pointe knytter sig både til Nathansons kritik af systemets bias, og til Moores argument for, at selv hvis dødsstraf kan være legitim, så forudsætter det at den skal udføres og udmåles i en retfærdig manér. Man kan med andre ord sige, at selv hvis individet ikke har belæg for at klage over sin straf, fordi den proportionelt stemmer overens med vedkommendes fortjeneste, så kan selve systemet stadig være uretfærdig, hvis det fordeler dødsstraffen på en diskriminerende måde (Lippert, (2014), s. 234). På denne måde bidrager Lippert til at svække Van den Haags argumenter, som hviler på, at retfærdighed afhænger af, om den enkelte har fortjent sin straf eller ej.

Originalisme og moralsk eksklusion

Når Van den Haag udtrykker skepsis overfor idéen om en moralsk evolution, som under *Furman v. Georgia* kom til udtryk i retten som en ny moralsk konsensus om dødsstraffen, viser Van den Haag et slægtskab med originalismen. Selvom han ikke selv bruger begrebet, lægger hans argumentation sig tæt op ad det, man i retsfilosofien kalder *originalism*: idéen om, at love, særligt forfatningen, bør fortolkes ud fra den betydning, de havde på det tidspunkt de blev vedtaget (Greenberg, (2012), kap. 3).

En originalistisk tilgang til den 8. forfatningsparagraf som forbyder "cruel and unusual treatment" vil typisk stille spørgsmålet: Blev dødsstraffen betragtet som "cruel and unusual" i 1608 da den første dokumenterede henrettelse fandt sted? (vdp.org, (u.d.)) Hvis ikke, er der intet grundlag for at erklære at den strider mod forfatningen i dag. Det er netop denne idé, Van den Haag læner sig op af, når han hævder, at ændrede holdninger i befolkningen ikke bør have betydning for, hvorvidt dødsstraffen er legitim. Man kan kritisere originalismen ved imidlertid at stille spørgsmålstegn ved, om det overhovedet er muligt at fortolke juridiske begreber uafhængigt af den nutidige kontekst. Her kan det slås ned på, at ikke bare sprog og ord hele tiden udvikler sig i takt med samfundet, men også vores værdier ændrer sig. Derfor giver det ifølge denne kritik ikke mening at fastholde en fortolkning baseret på, hvad begreber som "cruel" betød i 1608. Samtidig peger kritikken på, at originalisme ofte fører til en fastholdelse af historiske magtstrukturer, fordi man binder sig til et retssystem skabt i en tid, hvor store dele af befolkningen, især kvinder, sorte og fattige, var ekskluderet fra politisk og juridisk deltagelse (Wolf & Kayssar, (2023), brennancenter.org).

Som et eksempel på denne bekymring udtalte dommer David Wecht under en abortdebat, at det at genindføre love, som historisk har været brugt til at kontrollere og undertrykke marginaliserede grupper, føles som at historien gentager sig selv i en cirkulær bevægelse (Isozaki, (2024), statecourtreport.org). Overført til dødsstrafdebatten bliver pointen tydelig: Når vi insisterer på at dødsstraffen har en plads i straffesystemet, fastholder vi også ideen om at fordi det var acceptabelt i 1608, så er det også acceptabelt i dag. Med dette risikerer vi at overse de værdier og normer som har udviklet sig med tiden, og dermed er vi fastholdt i de samme arbitrære og uretfærdige mønstre.

Disse er pointer, der kan kobles til Duffs teori om inklusion som en nødvendighed i straffesystemet. Hvis vi vælger at forstå love og forfatning ud fra deres originale betydning, som Van den Haag taler for, risikerer vi at fastholde et syn på verden, hvor store dele af befolkningen automatisk bliver mere ekskluderet. Hvis de love, vi fortolker ud fra, er vedtaget i en tid, hvor kvinder, afroamerikanere og andre marginaliserede grupper ikke blev betragtet som inkluderet i alle fællesskaber, så kommer straffen til at kommunikere præcist det samme: nemlig at disse grupper stadig ikke betragtes som komplette og inkluderede medlemmer i dag. Med Duffs perspektiv bliver Van den Haags originalistiske synspunkt derfor mere end bare en måde at fortolke love på, det bliver et udtryk for en fortsat eksklusion. Det giver udtryk for, at der ikke er samme plads i samfundet til grupper som historisk er blevet ekskluderet. Der hvor Duff insisterer på, at alle borgere, også dem, der har begået alvorlige forbrydelser, skal ses som moralsk ansvarlige og inkluderede, fastholder Van den Haags tilgang en struktur der fortsat er med til at ekskludere dem, der allerede er marginaliserede.

Afrunding

Dette speciale har haft til formål at belyse det amerikanske retssystem, med fokus på anvendelsen af dødsstraf. Dødsstraffens moralske legitimitet er blevet undersøgt gennem en kombination af retsfilosofiske teorier, empirisk forskning samt normative debatter. Michael Moores retributivistiske tilgang anerkender dødsstraffen som en potentiel legitim strafform, hvis straffen er proportionel til den tiltaltes skyld, og hvis den administreres på en retfærdig måde, som ikke er præget af hverken ulighed eller diskrimination. Her konkluderes det, at dødsstraffen, som den administreres i dag, ikke lever op til Moores krav til en legitim straf, og dermed vil han ikke godkende dødsstraffen i den nuværende praksis. Antony Duffs kommunikative tilgang stiller sig mere opponerende til brugen af dødsstraf, idet det bryder med hans princip om kriminelle som fuldgældige medlemmer. Straf skal ifølge Duff være inkluderende og kommunikerende, og det er i dette speciale konkluderet, at der ikke findes en forbrydelse, hvor staten er nødt til at bruge dødsstraf til at kommunikere. Samt at den ulighed staten på nuværende tidspunkt kommunikerer, kun bidrager til yderligere eksklusion af marginaliserede grupper. Specialet har også vist, at Van den Haags forsvar bygger på en originalistisk tilgang til forfatningen, og en ide om at absolut fortjeneste er vigtigere end komparativ fortjeneste. Hans hovedargument bygger på ideen om, at det vigtigste er, at dem der har fortjent dødsstraffen rent faktisk får den. Ydermere at det ikke er selve dødsstraffen, der er problematisk, men at det snarere er et administrativt problem, som dermed danner grundlaget for, hvorfor han mener, at dødsstraf fortsat er legitim. Det er dog gennem empirien og analysen blevet klart, at denne tilgang risikerer at fastholde nogle historiske strukturer, hvori marginaliserede grupper fortsat ekskluderes. Opponerende til Van den Haag konkluderes det ud fra Nathanson, at det er krænkende og uretfærdigt, at nogle skyldige får dødsstraf, mens andre med samme grad af skyld, slipper, specielt når forskelsbehandlingen skyldes arbitrære faktorer.

Det er gennem disse konklusioner, at det bliver klart, at der er behov for, at reformere systemet, så arbitrære faktorer ikke længere i samme omfang har mulighed for at farve de juridiske beslutningsprocesser. Dog er det ikke tydeligt, præcist hvorvidt det i praksis er muligt at udforme et system, hvori der ikke findes en vis mængde bias. Måske kan det teoretisk set godt lade sig gøre, at skabe et system uden diskrimination som Moore ville mene, men på den anden side vil en tænker som Nathanson mene, at der altid vil være diskrimination indgroet i vores systemer, grundet vores menneskelige biases. Specialet slutter

derfor ikke med et entydigt svar på, hvordan et komplet retfærdigt dødsstrafsystem skal se ud, men det står klart, at der er en nødvendighed i at afskaffe dødsstraffen, som den ser ud på nuværende tidspunkt, baseret på den mængde diskrimination, der fortsat påvises. Dog kan man gå videre og overveje, at når hele retssystemet er bygget på strukturer, der systematisk ekskluderer og diskriminerer bestemte grupper, bør vi ikke blot afskaffe dødsstraf - vi bør gentænke, hvad det vil sige at straffe retfærdigt, og om det overhovedet er muligt i praksis.

Litteratur

- Bowers, W. J., & Pierce, G. L. (1980), *Arbitrariness and Discrimination under Post-Furman Capital Statutes*, Crime & Delinquency, 26(4)
- Death Penalty Information Center (2025). *Jurors in Washington State More Likely to Impose Death on Black Defendants*, DPI.com <https://deathpenaltyinfo.org/studies-jurors-in-washington-state-more-likely-to-impose-death-on-black-defendants>
- Death Penalty Information Center, (2025), *Facts about the Death Penalty*, DPI.com dpic-cdn.org/production/documents/pdf/FactSheet.pdf
- Death Penalty Information Center, (u.d), *Aggravating Factors by State*, DPI.com <https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/background/crimes-punishable-by-death/aggravating-factors-by-state>
- Death Penalty Information Center, (u.d), *Early History of the Death Penalty*, DPI.com <https://deathpenaltyinfo.org/facts-and-research/background/history-of-the-death-penalty/early-history-of-the-death-penalty>
- Department of criminology and criminal justice, (u.d), *UMD Finds Black Offenders More Likely than White Offenders to be Eligible for Life Sentences*, University of Maryland <https://ccjs.umd.edu/feature/umd-study-finds-black-offenders-more-likely-white-offenders-be-eligible-life-sentences?>
- Duff, A. (2003 EDT), *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press
- Duff, A. (2007), *Answering for Crime*, Bloomsbury Publishing
- Dunham, R. (2025), *Spring 2025 Death Row USA: U.S. Death Row Down 7.2% in Past Year; Recent Executions Point to Growing Race-of-Victim Bias*, Death Penalty Policy <https://dppolicy.substack.com/p/spring-2025-death-row-usa-us-death>
- Equal Justice Initiative, (2020), *Study Reveals Racial Bias in Executions*, EIJ.com <https://ejj.org/news/study-reveals-racial-bias-in-executions/>
- Farber, E, (2021), *Public Opinion on the Death Penalty: Where Republicans and Democrats Agree (and Disagree)*, Georgetown Public Policy Review <https://gppreview.com/2021/03/03/public-opinion-death-penalty-republicans-democrats-agree-disagree/>
- Feinberg, J., (1974), *Noncomparative Justice*, The Philosophical Review, Vol 83

- Graham, P. F. (1972), *Court spares 600*, New York Times
<https://www.nytimes.com/1972/06/30/archives/court-spares-600-4-justices-named-by-nixon-all-dissent-in-historic.html>
- Greenberg, M. (2021), *Legal interpretation*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy <https://plato.stanford.edu/entries/legal-interpretation/>
- Isozaki, C., (2024), *State Justices Speak Out Against Originalism*, statecourtreport.org
<https://statecourtreport.org/our-work/analysis-opinion/state-justices-speak-out-against-originalism>
- Lippert, R. K. (2014 ed), *Born free and equal?: A philosophical inquiry into the nature of discrimination*, Oxford University Press
- N. Ghandnoosh (2023), *One in Five: Ending Racial Inequity in Incarceration*, The Sentencing Project <https://www.sentencingproject.org/reports/one-in-five-ending-racial-inequity-in-incarceration/>
- Nathanson, S. (1985), *Does it Matter if the Death Penalty is Arbitrarily Administered?*, Philosophy & public affairs
- NCSL, (2024), *Restoration og Voting Rights for Felons*, ncsl.com
<https://www.ncsl.org/elections-and-campaigns/felon-voting-rights>
- Stræde, T., (u.d), *Adolf Eichmann*, Danmarks nationalleksikon
https://lex.dk/Adolf_Eichmann
- US Supreme Court, (1972) *Furman v. Georgia*, Justia.com
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/238/#annotation>
- US Supreme Court, (1972) *Gregg v. Georgia*, Justia.com
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/153/>
- Sainz, A. (2025), *A look at the status of US executions in 2025*, apnews.com
<https://apnews.com/article/executions-florida-texas-indiana-tennessee-alabama-oklahoma-18805a290e5f7822c854ab0305a09a1b>
- Van Den Haag, E., (1978), *The Collapse of the case Against Capital Punishment*, National Review
- Virginians for alternatives to the death penalty, (u.d.), *Virginia's Execution History*, vadvp.org
<https://www.vadvp.org/dp-info/virginias-execution-history/>
- Wex Definition Team (2022), *Capital Offence*, Legal Information Institute
https://www.law.cornell.edu/wex/capital_offense

- Wex Definitions Team, (2022), *Originalism*, Legal Information Institute
<https://www.law.cornell.edu/wex/originalism>
- Wolf, T, & Keyssar, A. (2023), *This Supreme Court's 'Originalism' Doesn't Have Much to Do with History*, Brennan Center for Justice
<https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/supreme-courts-originalism-doesnt-have-much-do-history>