

Rettsens bakveier

Rettskildelæren sier at man skal plukke de relevante trekkene ved søkers situasjon ut fra et omfattende regelverk, basert på en helhetsvurdering i lys av lovens forskjellige og til dels motstridende formål. I bakhodet har man kanskje forestillinger om Europa og de fire friheter. I hverdagen er saksbehandling mer rutinepreget. Det hører til sjeldenhetene at saksbehandlerne oppsøker lovteksten, langt mindre internasjonale rettskilder. Arnesen-utvalget avdekket også at det var mest vanlig å bruke rundskrivene, som skal ha innarbeidet alle relevante rettskilder (Arnesen et al.).

Saksbehandling i hverdagen handler om å manøvrere seg gjennom reglene, finne fram til de mest relevante fakta og koble dem på. Det rutinemessige vil understøttes av at man kjenner igjen «typer» av søkere som man har erfaring med å håndtere. Dette er til en viss grad problematisk, men antagelig ikke helt til å unngå.

Alle disse delavgjørelsene, som bare så vidt kommer fram i den siste modellen i forrige kapittel, viser til konkrete situasjoner. Det er «Trines» fravær fra de planlagte aktivitetene som skal vurderes, og «Bjørn» sine muligheter som skal legges til grunn. Trine og Bjørn lever konkrete og mangefasetterte liv. Bjørn har kanskje et enkeltmannsforetak og blitt skilt med alle de besværligheter som kan følge med det. Trine har kanskje aldri fått noe fast arbeid og drikker for mye til at det er bra for henne. De har personligheter og livsvilkår, gode og dårlige dager, god og litt mindre god moral i forskjellige deler av livene sine. De har vanskelige livssituasjoner de er mer eller mindre skyld i selv. Det

er fullt mulig å legge vekt på ulike deler av deres livsførsel og situasjon. Hver og en av alle avgjørelsene i modellen over kan påvirkes av hvordan saksbehandleren vektlegger forskjellige elementer i Trine og Bjørn sine situasjoner og måten de handler innenfor dem.

I forrige kapittel beskrev jeg hvordan rettsanvendelse skal foregå. Jeg har vist hvordan avgjørelser hviler på et stort antall mindre avgjørelser. I tillegg har jeg vist at hver av disse avgjørelsene har i seg en usikkerhet. Anvendelse av rettsregler foregår likevel litt annerledes enn rettskildelæren antyder. Helhetsvurderinger ser ikke kun hen til formålsparagrafer og reelle hensyn. Helhetsvurderingen rommer også en totalvurdering av det man i sosialt arbeid kaller «personen i situasjonen». Jeg skal si mer om akkurat dette nedenfor. Men først: Dette åpner for en annen type faglighet enn den juridiske.

Andenæs og Møller tilbyr et eksempel når de påpeker at skoleledere og andre beslutningstagere («ikke-jurister») tar avgjørelser i en kontekst der man både er under tidspress og tenker «skolefaglig» (Andenæs & Møller, 2016). Denne påpekningen har i varierende grad overføringsverdi til andre rettsområder, også forvaltningen i Nav. Rettsanvendelsen foregår ikke som i en domstol, der man tar seg tid og juridisk tenkemåte har hegemoni. Ofte er det andre fagligheter i spill – som også er mer fremoverrettet. Dette vil i stor grad være tilfelle for eksempel i sosialt arbeid, der man er trent opp til å hjelpe mennesker i konkrete situasjoner. Altså være løsningsorientert med blick på økonomi, menneskelige relasjoner og akutte helsebehov.

En sosionom har blant annet opplæring i psykologi og sosiologi. Vedkommendes faglige stolthet ligger i å bedømme hva en person trenger – ikke bare hva vedkommende har rett til. Å vurdere hva som kan hjelpe en person ut av en vanskelig situasjon – vedkommende ber nødvendigvis om hjelp når han/hun henvender seg til Nav – innebærer blant annet å ta i betraktning vedkommendes personlige egenskaper, helse, utdanning og andre ferdigheter, nettverk, økonomi og bosituasjon. Noe av dette er, som vi så i eksempelet med AAP, dekket inn i lovverket og de støttende rettskildene.

Den sosialfaglige vurderingen er likevel en annen, og løsrevet fra de forhold loven lister opp. De sosialfaglige setter sin stolthet i en sosial- og psykologisk helhetsvurdering der jussen ofte oppfattes som fremmedgjørende. Det samme kan sies for politiets arbeid, barnevern og andre som står i velferdsstatens frontlinje. Innenfor velferdsprofesjoner omtales juridisk og faglig skjønnsbruk som atskilte prosesser (Johansen, 2019).

Gjennom å holde på formelen «hvis X så Y», prøver jeg å sette det profesjonsfaglige skjønnnet inn i en modell som kobler det til jussen. Med disse foreløpige formuleringene har jeg lagt til rette for et analytisk skille mellom tre måter retten er åpen på.

Retten er i det store bildet selvtilstrekkelig og forutsigbar. Men for en samfunnsvitenskapelig tilnærming vil jeg peke på to «åpninger», foruten at rettskildelæren har et iboende element av ubestemthet. Til sammen blir det tre.

1. Rettskildelæren er forutsigbar, men grunnleggende sett ubestemt.
2. Det er større rom for skjønn.
3. Rettshåndhevelse foregår også «baklengs».

Dette kapittelet handler om punkt 2 og 3.

Hva med det «faglige» skjønnnet?

Den gjeldende rettskildelæren gir plass til «helhetsvurderinger» gjennom lovenes formål og reelle hensyn. Rettsanvendelse er like fullt innforstått lineært innenfor rettsvitenskapens fremstillinger. Det foregår som en prosess fra venstre mot høyre i den omtalte formelen «hvis X så Y». Skjønn spiller en underordnet rolle i dette perspektivet. Med Dworkins bilde er rommet for skjønnsbruk begrenset til de tilfellene der kildene ikke gir svar (eventuelt motstridende svar) eller der loven uttrykkelig sier det skal utvises skjønn.

Den juridiske forståelsen av skjønn står, som nevnt, i skarp kontrast til forståelsen av skjønn innenfor sosialt arbeid og andre profesjoner som utgjør førstelinjen i velferdsstaten, for eksempel barnevern, politi, kriminalomsorgen og utlendingsforvaltningen. Dette er yrkesgrupper som opererer under juridisk definerte rammer, som forvaltningsloven og politiloven. Her er det vanlig å omtale skjønn med henvisning til deres egen spesifikke faglighet. En barnevernsarbeider bruker blant annet sine kunnskaper om barns psykologi (Johansen, 2019). En sosialarbeider legger sin faglige innsats i å tolke «personen i situasjonen» på en konstruktiv måte (Ellingsen et al., 2023). Alle forventes å oppvise en viss grad av «kultursensitivitet» og toleranse overfor

mennesker med uvanlige livsvalg. Deres skjønnsutøvelse tematiseres likevel sjelden i juridiske termer (Oterholm, 2015; Grimen & Molander, 2008).

Er det mulig å snakke om disse formene for skjønn på en måte som innordner både den juridiske og spesialistfaglige dimensjonen, eller er dette, som Aubert slår seg til ro med, to atskilte sfærer som aldri kan møtes? Jeg mener det er en forbindelse her som virker oversett i litteraturen, og som kan bygge bro mellom fagtradisjonene.

Saksbehandling foregår verken som juristene eller de fagspesifikke utlegningene legger til grunn. Det er statsvitenskapen som har de beste begrepene for hvordan beslutninger fattes. Det er et rot. Man prøver seg fram, blir utilfreds, prøver noe annet og leter seg fram til en løsning. En berømt og hyppig sitert fremstilling av slike prosesser er levert av Lindblom (1958), med uttrykket «muddling through» (Johansen, 2019). Det er en prøve-og-feile-prosess. Man prøver seg frem, finner ut at det ikke blir riktig, og prøver noe annet. Uttrykket er kanskje best oversatt til å «fomle seg fram»¹³ (se også Boll, 2018)¹⁴.

Hva er utgangspunktet for en slik leteprosess? Det kan være forskjellige måter å gå fram på, men de fleste erfarne profesjonsutøvere utvikler en «nese» for hva slags person som søker, og har en «magefølelse» for om vedkommende for eksempel er uærlig. Ingen kommer forutsetningsløst inn i en situasjon, og ofte er det vanskelig å redegjøre for hvordan man har vurdert situasjonen man har stått overfor. Dømmekraft er en evne som er lett å feire, men vanskelig å sette fingeren på. Man snakker i stedet om «taus kunnskap». Profesjonsutøvere trenes i vitenskapelig tenkning, men det å ta avgjørelser på bakkeplan blir det Grimen (2008) kalte «praktiske synteser»: kombinasjoner av teoretiske kunnskaper og erfaringer fra flere fagområder. Anvendelse av profesjonskunnskap ligner mer på meningsdannelse enn subsumering i juridisk forstand.

Profesjonelle, praktiske synteser blander seg med utbredte fordommer og populærkulturelle strømninger og danner rammer om situasjonsforståelsen. Når den offentlige stemningen er i panikk over at et terrorangrep kan inntreffe, preger det polititjenestepersoner i deres tjenestutførelse. Det samme gjelder

13 Takk til en fagfelle for dette forslaget til oversettelse.

14 I dag er det mer vanlig å referere til Toulmins argumentasjonsmodell (Molander, 2019), men jeg ønsker å holde på det ubestemte som ligger i «fomlingen».

i mindre ekstreme tilfeller, som når en pandemi er under oppseiling, eller hvis man forestiller seg at man står overfor en narkotikaepidemi. Yrkesetikken spiller her en viktig rolle. Forestillinger om deler av befolkningen kan feste seg i kulturen. I politiet har en dramatisert forståelse av alle som befatter seg med narkotika blitt opprettholdt av en organisasjon med sterke politiske føringer (Rolleforståelsesutvalget, 2023). Dette har hatt betydning for måten mennesker med slik befatning behandles, der det har vist seg at politiet i et stort antall saker har gått langt utover deres beføyelser, der de helt konkret har tilsidesatt straffeprosesslovens bestemmelser om forholdsmessighet (Olsen, 2023).

Eksemplene viser betydningen av det faglige skjønnets helhetsvurdering, som består av mange og forskjellige elementer. Man danner seg raskt et bilde av situasjonen og begynner å lete etter grunner som underbygger den første innskytelsen av en løsning. Her kan «fordommer», erfaringsbaserte kategoriseringer og skarpe observasjoner basert på teoretisk innsikt blandes sammen i en uoversiktlig røre man ikke uten videre kan redegjøre for. Disse helhetsvurderingene legges til grunn for rettsanvendelsen.

Rettsanvendelsen hviler med andre ord på en profesjonalitet som selv er ubestemt. Litt mer systematisk kan man si at situasjonsvurderingen avhenger av flere ubestemte faktorer.

- Hvilke egenskaper ved personen/situasjonen som er faglig (ikke juridisk) relevante
- Strømninger i tiden
- Yrkesetiske strømninger
- Prioriteringer, arbeidsvilkår og strømninger på den enkelte arbeidsplass
- Personlige preferanser og fordommer

Jeg vil legge til at det har betydning hvilken profesjon som håndterer saken. Barnevern, sykepleiere, utlendingsmyndigheter, Nav-kontorer og politi ser for eksempel forskjellig på samme sak (Willumsen, 2015). Personer og institusjoner med ressurser og status vil også kunne snike inn sine interesser i disse åpningene.

Deler av denne prosessen går baklengs sammenlignet med det juristene forutsetter.¹⁵ En saksbehandler kan gjøre seg opp en mening om personen og situasjonen, og fornemme en rettferdig løsning. Det er omtalt i forbindelse med skoleledere og deres rettsanvendelse (Andenæs & Møller, 2016, s. 16) – men det er langt mellom eksemplene. Fra Nav-sakens felt kan man generelt hevde at om man ønsker å gi tilslag på en søknad, kan det utløses av en generell sympati med personen eller typen person som søker. Tilsvarende kan en avvisning være det man sikter mot, ut fra erfaringer med «typen» av søkere eller andre grunner. Deretter leter man etter grunner til å underbygge en slik avgjørelse. Saksbehandlingen får karakter av «etterforskning» – for eller mot klientene.¹⁶

Skotte (2018) beskriver en slik prosess i detalj (Johansen, 2019). Der er det flere barnevernsarbeidere som har bestemt seg for hvilket utfall de ønsker (Y), og prøver å finne grunner som kan aksepteres av Fylkesnemnda (nå «Barneverns- og helsenemnda»). Det hører med til historien at de ikke lykkes med dette. Prosessen inneholder veksling mellom måter å tenke på som bare delvis kommer fram i den juridiske modellen for rettsanvendelse og skjønnsutøvelse.

Alt dette kan sammenfattes som elementer i det Molander (2019; se også Grimen & Molander, 2008) kaller «epistemisk skjønn». Epistemisk skjønn handler om kunnskapsdannelse. Det refererer til erkjennelsesprosessen som foregår når man må finne frem til en situasjonsbeskrivelse.

Når man snakker om skjønn på denne måten, lager man et skille mellom jussen og den spesialiserte fagligheten. Setter man dette sammen i formelen, mister rettsanvendelsen forutsigbarhet. Det er ikke bare rettskildene som avgjør hva som er relevant i en situasjon; det er mulig å beskrive situasjonen på forskjellige måter.

Konsekvensene av den foregående setningen er uoverskuelige. I ytterste konsekvens kan den brukes til å rive fundamentet vekk under rettskildelærens løfte om forutsigbarhet og likebehandling og undergrave det positivistiske

15 Dette er, igjen, en påstand som kan modifiseres. Frøberg kritiserer f.eks. i sin PhD-avhandling avveiningsmodellen på et grunnlag som minner om det jeg sier her: «Ikke alle argumentasjonsmønstre man finner i domstolenes praksis lar seg uten videre innpasse i avveiningsmodell. Det man ofte ser er at domstolene først identifiserer en størrelse som den mener avgjør det aktuelle spørsmålet, f.eks. et prinsipp eller en lovgivervilje, som de øvrige kildene så brukes for å fastlegge innholdet i» (sitert i Boe 2021, side 249).

16 Takk til Salve Bjorå for uttrykket «etterforskning» i denne sammenhengen. Den folkelige forståelsen av etterforskning avviker imidlertid noe fra uttrykkets straffeprosessuelle betydning (hvor etterforskning, inntil tiltale er tatt ut, også skal utføres til mistenktes fordel).

verdensbildet. Det hele reduseres til rettseksterne faktorer, som listet opp over, og i ytterste konsekvens til trynefaktor og personlige preferanser. Setningen er en trussel mot rettsstatens legitimitet.

Åpningene i rettsanvendelsen skaper også praktiske bekymringer på styringsnivå. Ubestemmeligheten i situasjonsbeskrivelsen, i definisjonen av X, gjør at politiske vedtak kan komme ut som forvaltningspraksis på en annen måte enn det stortingsflertallet hadde planlagt. Det er dermed også et demokratisk problem (Eriksen, 2001). Styring av forvaltningspraksis har vært et politisk gjennomgangstema i flere tiår. Jeg kommer tilbake til dette temaet i andre halvdel av boken. Her er det nok å påpeke at dette demokratiske problemet ikke kommer til uttrykk i rettskildelæren, og i liten grad i rettsvitenskapen.

Jeg ønsker å skape en ramme omkring forvaltningspraksis som både ivaretar det juridiske perspektivet (at retten praktisk talt er forutsigbar) og som er preget av åpninger for andre faktorer enn de som er rettsinterne og anerkjent i rettskildelæren.

Fire grader av åpenhet

Åpningene mot de ikke-juridiske fagene sprenger rammene for rettskildelæren. De medfører at retten er mindre autonom enn juristene forutsetter. Men betyr det at retten som sådan er åpen? Dette er en nærliggende konklusjon som til dels hevdes innenfor rettssosiologien.

Når retten er åpen, er det andre hensyn som vinner frem. Jeg omtalte faglig relevante egenskaper innenfor de forskjellige yrkesgruppene, strømninger i tiden og yrkeskulturen, prioriteringer med mer på den enkelte arbeidsplass og personlige preferanser (fordommer). Her ligger det muligheter for at maktfulle interesser kan innfiltrere jussen. Dette kan analytisk sett skje på tre måter:

1. Ved påvirkning av de ordinære rettskilder (se forrige kapittel).
2. Ved påvirkning av de omtalte punktene (strømninger, prioriteringer med mer).
3. Ved andre måter å påvirke de delene av saksbehandlingen som foregår baklengs.

Dette er analytiske poenger og savner enhver form for forskningsbelegg. Som et rent analytisk grep videre kan vi kalle disse kanalene for påvirkning for «politiske». Politikk er å ville noe, og å forsøke å gjennomføre noe. Den er fremoverrettet i tid. Jussens formål er, stilisert sagt, å finne ut av hva som er rett, i tilbakeblikk på hva reglene er og var på det relevante tidspunktet. De trekkene ved retten som er åpne, gjør den mottakelig for politikk.

I retts sosiologien er det sterke tradisjoner for å legge vekt på politikkenes rolle. Det finnes flere måter å se dette for seg. Den første er den enkleste og mest banale, og er først og fremst knyttet til marxismen (Marx, 1992). Den sier grunnleggende sett at retten er et virkemiddel til å forlede befolkningen. Retten er et instrument for makthavere. Ideen om rettsstaten er ideologi som rettferdiggjør statens undertrykkelse av borgerne. Loven og institusjonene har i denne tenkemåten null eller negativ verdi for innbyggerne i et land, spesielt arbeiderklassen. Denne tenkemåten er i vekst også utenfor ytterliggående marxistiske bevegelser. Den kan gjenkjennes i en lang rekke varianter av konspirasjonsteorier (Strømmen, 2022), men den er ikke like uttalt i retts sosiologien.

Det gir mer mening å snakke om retten som ettergivende for ytre press. Noen har mer innflytelse enn andre, og de kan tvinge gjennom sine interesser selv i tilfeller der lovverket sier noe annet. Det er lett å tenke på mye omtalte straffesaker, som domstolsbehandlingen av tiltalen mot den profilerte idretts- og filmstjernen O.J. Simpson. Han var tiltalt for å ha fått sin kone drept, og det meste tydet på at han var skyldig i dette. Men ved å hyre de beste advokatene klarte han å finne en måte å bli frifunnet på.

Det er et alminnelig skue at rike personer og organisasjoner knytter til seg de fremste advokatene på deres felt og lykkes med å sno seg unna rettsforfølgelse, også i tilfeller som ligner på Nav-saken. I «Postkontorskandalen» i England foregikk mye av etterspillet i retten, der saksøkerne hele tiden måtte vurdere om de hadde midler til å fortsette å stå imot manøvrene fra Royal Mails advokatteam (Wallis, 2022). I Norge er det Regjeringsadvokaten som representerer staten i søksmålene gjort av de berørte i Nav-saken. Dette igjen betyr at det er betydelig juridisk kompetanse samlet på statens side, men at det ikke kommer fram på samme måte som i Postkontorskandalen. Dette har etterlatt en følelse av at staten ikke ønsker å gjenopprette den uretten ofrene har vært utsatt for.

Det er ingen tvil om at juridisk ekspertise har betydning for om man får gjennomslag i juridisk definerte tvister. Men det som kjennetegner denne tenkemåten om retten, er at den som tendens gir etter for press utenfra. Loven

og rettsinstitusjonene er fine på papiret, men når det står noe viktig på spill, er det interessene som går seirende ut.

Jeg tolker den norske rettssosiologen Thomas Mathiesen inn i denne tenkemåten. Han stiller problemet opp som en motsetning mellom «makt og rett», og sier at han anser makten som overlegen retten (om enn som en tese). Jeg kommer tilbake til Mathiesen i kapittel 8.

Jeg har brukt skillet mellom åpenhet og lukkethet, og i den terminologien blir de to tenkemåtene jeg har skissert over, varianter over måter å se på retten som en åpen institusjon, i motsetning til rettsdogmatismen (moderert positivisme) og rettspositivismen. For å gjøre det sammenlignbart kan vi kalle de to omtalte posisjonene innenfor rettssosiologien for varianter av «rettsnegativisme». Det kan dermed tegnes opp et skjema med fire graderinger av positivisme og negativisme, med «konsekvente» og «moderate» versjoner av begge.

- Konsekvent åpenhet (marxisme)
- Moderat åpenhet (Mathiesen)
- Moderat lukkethet (rettspragmatismen)
- Konsekvent lukkethet (rettspositivismen)

Jeg tydeliggjør disse posisjonene for å unngå en misforståelse. Mitt anliggende er å gjennomføre et dobbeltperspektiv. Det er noe annet enn å plassere perspektivet på en skala. Når Aubert hevder at det ikke er mulig å danne et sosiologisk rettsbegrep, er det kanskje fordi han underforstått har hatt en skala som ligner den jeg tegnet opp over, in mente. Men en annen rettssosiologi er mulig. Det kommer tydeligere fram når man ser på de internasjonale debattene og tar inn over seg den kontinentale rettssosiologien.

Åpen, men lukket

Internasjonalt sett kretser debattene om rettens måte å fungere, dens rolle og vesen, rundt noen av det 20. århundrets store navn som de engelskspråklige H. L. A. Hart og Ronald Dworkin, og tyskerne Jürgen Habermas og Niklas Luhmann.

De to førstnevnte skriver innenfra rettsvitenskapen. Den berømte «Hart-Dworkin-debatten» handler om hvorvidt domstolene (dommere) tar sine avgjørelser med referanse til lovverket, eller om de også styres av normer/prinsipper som ikke er lovfestet (Shapiro, 2007). Hart er den forfatteren som mest gjennomført har argumentert for rettspositivismen. Rettspositivismen innebærer som nevnt at lovverket utgjør en fullstendig ramme for juridiske avgjørelser. Han fremstiller jussen som et selvtilstrekkelig system der alle spørsmål får et svar. Det er også dette som menes med at man ser retten som lukket.

Men i tillegg til å levere en teori om jussen som system og å gi legitimitet til juridiske avgjørelser, gjenspeiler positivismen også en hverdags erfaring blant mennesker som arbeider med juss: at spørsmålene de må svare på har et svar. De finner et svar med rettsvitenskapens metoder og får dermed noe som virker som en bekreftelse på at rettssystemet er tilstrekkelig. Dermed styrkes rettspositivismen, og det at rettskildelæren står på sandgrunn tones ned. Teoretisk er det, som tidligere omtalt, vanskelig å få rettspositivismen til å henge helt sammen.

Dworkin er motparten til Hart, men han representerer ikke noen åpen rettsforståelse. Han argumenterte for at dommere (og andre som tar avgjørelser) også lar seg styre av prinsipper som ikke er lovfestet. Med en lang rekke eksempler viser han at dommer i Høyesterett hviler på argumenter som går utover rettskildene.

Hva betyr det for eksempel (jeg improviserer her rundt ett av hans eksempler) når det står i en rettskilde at det ikke er tillatt med kjøretøy i en park? Her kreves det flere grenseoppganger. Er en sykkel et kjøretøy? Nei, kanskje ikke, siden den ikke har motor. Når dette er avgjort, har man laget en ny rettskilde. Men denne hjelper lite når noen har plassert en ombygget traktor i parkens lekehjørne og laget en sklie på den. Traktorer er udiskutabelt kjøretøy, men i denne sammenhengen er den gjort uvirksom i den relevante kapasiteten. Det står imidlertid ingenting om dette verken i lovtekster eller andre rettskilder (i USA).

I denne sammenhengen betyr dette at avgjørelser også bestemmes av noe utenfor retten, en slags sunn fornuft eller ikke-juridiske normer. I Norge ville man kunne henvise til lovens forarbeider, formål og gjort en innskrenkende tolkning. Men dette er altså forskjellige «rettskulturer». Rettsfilosofisk sett står Hart og Dworkin mot hverandre, men «på bakken» er forskjellen ikke så stor. De opererer begge i realiteten innenfor den lineære og, for alle praktiske formål, lukkede modellen.

I rettssosiologien har jeg tegnet opp marxistene og Mathiesens retts-sosiologi som representanter for den konsekvente og moderate tenkemåten. I internasjonal sammenheng er det Habermas og Luhmann som er motpartene (Harste, 2021). De så på retten som et element i, eller en del av, samfunnet for øvrig, og dermed et åpent system.

I Luhmanns versjon ble dette et spørsmål om rettens funksjoner. For ham var samfunnet «funksjonelt oppdelt», og han bygger sin teori på dette utgangspunktet. Luhmanns rettssosiologi er så innviklet og oppslukende at jeg ikke ser det formålstjenlig å gå inn i hans begrepsverden, og heller ikke hans arvtager Teubner (men se for eksempel Teubner, 1988). Det som er viktig, er at de skriver om retten som et delvis lukket og delvis åpent system. Sand oppsummerer deres posisjon på denne måten:

Teorierne om det funksjonelt differentierede samfund bygger på den grundantagelse, at de ovennævnte samfundsopgaver og -funktioner er autonome med hensyn til, hvordan de løser sine oppgaver, og altså ikke er modtagelige for fullstændig eller direkte styring udefra (Sand, 2013, s. 412).

Med «rettens autonomi» siktes det, som nevnt, til at rettssystemet fungerer uavhengig av omgivelsene. Den motsatte antagelsen er at krefter utenfor den rettslige sfære overstyrer rettsreglene. Det vi ser her, er at den kontinentale debatten atskiller seg fra de fire posisjonene jeg har tegnet opp. Stereoperspektivet har således støtte i kontinental rettssosiologi, men ikke i norsk og til dels nordiske versjoner.

Motposisjonen til positivisme kalte jeg «rettsnegativisme». Negativisme er et ord jeg har funnet opp for å tegne opp de samfunnsvitenskapelige ytterpunktene i spørsmålet om rettens autonomi. Negativismen vokser særlig fram fra «kritisk teori». Dette er en teoretisk retning som startet med å avvise muligheten for rasjonell (og humanistisk) politikk. Opplysningsprosjektet var dømt til å mislykkes, og ikke bare det, men også til å gjenskape helvete på jord – holocaust – (Adorno & Horkheimer, 2011). Kritisk teori, slik den ble mottatt i norsk samfunnsvitenskap, tenderer til å fremstille retten som ettergivende for ytre krefter (Johansen, 2020).

For de innvidde kan det virke paradoksalt at Habermas ikke er «negativist», ettersom han regnes som den fremste representanten for denne

retningen. Habermas skapte imidlertid et nytt bånd til rettsstaten med sine problemstillinger. Han spurte hvordan rasjonell debatt og politikk er mulig (Eriksen & Weigaard, 1999). Habermas spiller imidlertid ingen viktig rolle i tradisjonell norsk retts sosiologi.

Mathiesen har vært den dominerende figuren i norsk retts sosiologi de siste tiårene, spesielt gjennom sin lærebok i retts sosiologi (Mathiesen, 2011). Mathiesens avvisning av rettens autonomi er et omdreiningspunkt i deler av denne læreboka. Mathiesen avviste Luhmanns forfatterskap, blant annet fordi han mente det var uforståelig, hvilket etter mitt syn ikke er helt urimelig. Men på denne måten kom forskjellene i måten å snakke om retten i bakgrunnen.

Hans nordiske kolleger diskuterte oftere med de kontinentale strømningene, men delte i stor grad Mathiesens skepsis mot å anerkjenne rettens autonomi (Dalberg-Larsen, 2014 [1989]; Hydén, 1984). Finlands representant i dette selskapet, Eriksson, var kanskje den som gikk lengst. Alle disse var i større eller mindre grad inspirert av Marx (det hørte til tidsånden), men Eriksson satte seg dessuten fore å etablere en «marxistisk retts sosiologi» (Eriksson, 1979). Marxistene mente at rettsstatstanken var en ferniss over det som i realiteten var for eksempel «borgerlig propaganda» (et uttrykk i datiden). Med en gang man begynte å skrape i overflaten, vant «kapitalinteressene» fram. «Rettsstaten» ble i denne sammenhengen en ideologi som tildekket de reelle maktforholdene. Mathiesen gikk ikke like langt, men unnlot å anerkjenne rettens autonomi (Mathiesen, 2011).

En lignende tenkemåte sier at retten, ved sin oppbygning, favoriserer noen rettssubjekter, for eksempel menn fremfor kvinner. Dette var synspunktet fra den fremvoksende kvinneretten på 70-tallet. De juridiske definisjonene var utformet med utgangspunkt i en mannlig virkelighet, der kvinners realiteter ble uforholdsmessig svakt representert (Andenæs, 1992). Det man sier her er at jussen legger til grunn at de som loven gjelder, lever under like omstendigheter, der dette ikke er tilfellet.

Satt på allmenn formel kan man si at substansiell ulikhet opprettholdes i møte med formell likhet. Substansiell ulikhet skaper behov for lovverk som inntar ulikheten i utformingen. Her ligger en kritikk av rettsstatens universelle karakter, og dermed kimen til en utfordring av fundamentet for vestlige samfunn.

Et unntak fra tendensen til å underkjenne rettens autonomi er Gravers «rettsretorikk» (Graver, 2007). Graver lanserer i denne boken en teori om

rettskilder, men om hva som skal til for å vinne fram med et juridisk argument. Hva er det som er overbevisende i juridisk definerte sammenhenger? Denne måten å tenke på har lange tradisjoner i den klassiske retts sosiologien, også i Skandinavia, og bærer med seg den samme optimismen på vegne av opplysning og rasjonalitet vi finner hos Habermas.

Graver ser imidlertid ikke ut til å ha fått særlig gjennomslag i juridiske kretser (Boe, 2021, kapittel 5 er viet Gravers bok), og har tilsynelatende ikke fått gjennomslag i retts sosiologien.¹⁷

Maktperspektivet til de nordiske retts sosiologene på 70- og 80-tallet ledet deres oppmerksomhet mot to hovedspørsmål: rettens virkning på samfunnet rundt (ofte formulert som funksjoner) og samfunnets påvirkning av retten (lovdanningsprosesser). Stereoblikket leder oppmerksomheten et annet sted – til rettsanvendelse, rettspraksis og skjønnsutøvelse. Her er det «gatebyråkraten» som kommer i sentrum. Nav-saken egner seg godt som en spesialstudie av rettsanvendelsen innenfor trykderetten.

Luhmann og Teubner er en del omtalt i nordisk litteratur (Hydén, 1988; Dalberg-Larsen, 1988), men helt utelatt i for eksempel Deflems (2008) og Roach Anleus (2000) lærebøker. For formålet med denne boken er det tilstrekkelig å slå fast at rettens relative autonomi blir anerkjent i den kontinentale retts sosiologiske tradisjonen.

Stereoperspektivet er en måte å stake ut en annen kurs enn den negativistiske tradisjonen i en del skandinavisk retts sosiologi, spesielt i Norge. Det interessante spørsmålet er ikke om retten er helt åpen eller helt lukket. Det interessante er hvordan den er lukket og hvordan den er åpen.

De politiske dimensjonene er langt mer tilstedeværende i samfunnsvitenskapelig litteratur enn i rettsvitenskapen. I disse studiene, som skal fylle mye i de resterende kapitlene i boka, er man opptatt av organisasjon og måloppnåelse. Av samfunnsvitenskapelig litteratur er det først og fremst statsvitenskapen som har interessert seg for forvaltningen, men litteraturen om sosialt arbeid er også relevant. I dette perspektivet er det opplagt at de politiske dimensjonene får mer plass, men de tar sjelden eller aldri opp rettsbegrepet. Forhåpentligvis kan de neste kapitlene bidra til å knytte disse sjangrene tettere sammen.

17 Her må man kunne spørre om det finnes noen retts sosiologi i tradisjonell forstand lenger i Norge. Det er mulig å peke på enkeltarbeider, men ikke noe miljø eller forskningsfellesskap.

