



RESEARCH PAPERS

from the Department of Social Sciences

Institut for Samfundsvidenskab og Erhvervsøkonomi

Research Paper no. 1/04

Senmoderne offentligret

Gerd Battrup

Roskilde University, Denmark

Research Paper no. 1/04

Senmoderne offentligret

Gerd Battrup

Roskilde University, Denmark

Research Papers from the Department of Social Sciences, Roskilde University, Denmark.

Working paper series

The Department of Social Sciences is one of the largest at Roskilde University with 60 permanent scientific personnel together with several Ph.Ds, and other teaching staff. Most of the academic personnel have a background in economics, political science or sociology. It is a general goal of our department and the rest of Roskilde University to foster interdisciplinary teaching and research. The later can be seen from the four main research lines of the department, namely:

- ❖ Welfare State and welfare society
- ❖ Public organisation and poliy analysis
- ❖ Innovation and processes of change in service and industry
- ❖ Institutions, actors and institutionalisation
- ❖ Public sector economics, organisation and planning

The Research Papers from the Department of Social Sciences are edited by Associate Professor Sven R. Larson.

Please note that:

The papers are on a 'work in progress' form, which means that comments and criticisms in the form of feed-back are welcomed. For this purpose, the address(es) of the author(s) is specified on the title page. Readers must also be aware that the material of the working papers might be printed later in journals or other means of scientific publication in a revised version.

© The author(s)

All rights reserved. No part of this working paper may be reprinted or reproduced or utilised in any form or by any electronic, mechanical, or other means, now known or hereafter invented, including photocopying and recording, or in any information storage or retrieval system, without permission in writing from the author(s).

ISSN 1399-1396

Abstract

The paper discusses late modernity (or post-modernity) and concepts of administrative law and “rechtssicherheit”, i.e. “good governance” based on the principle of “rule of law”. In a first section the paper pictures notions of “rechtssicherheit” in late modern Danish legal theory while in a second section describes general features of late modern or post modern law in Western societies. The two approaches are connected in a third section attempting to encircle displacements within the field of administrative law that can be linked to a shift in focus from government to governance. In a final section, the paper tries to expand the discussion on “rechtssicherheit” and late modern administrative law through search for adequate metaphors. The aim is to find metaphors that at the same time reject modern polarization between normative and calculative approaches to law and opens up for formulating notions of “rechtssicherheit” to be employed in an administrative context marked by not only political, social and cultural but also legal pluralism.

Keywords: Retssikkerhed, senmodernitet, offentligret, ommunalret, instrumentalisme, konstitutionalisme, menneskerettigheder, magt-adskillelse, nævn og råd, netværksstyring, professionsnormer, privatisering, udlicitering, markedsgørelse, polycentri, pluralisme

Address for correspondence: gba@ruc.dk

Senmoderne offentligret

Af Gerd Battrup, Roskilde University, Denmark

Indholdsfortegnelse

Introduction.....	Error! Bookmark not defined.
Retssikkerhed og risikosamfund.....	6
Forestillinger om retssikkerhed.....	7
Ret og senmodernitet.....	12
Netværkssamfund, ret og styring.....	18
Ret og metaforer.....	25
Referencer.....	28

Indledning

Retssikkerhed og risikosamfund

Retssikkerhed er modsætningen til vilkårlighed. Retssikkerhed er en kerneværdi i juridisk tænkning. Søgningen efter retssikkerhed kan forstås som en måde at håndtere de risici, der er forbundet med ”det senmoderne” eller ”risikosamfundet”: et forsøg på at imødekomme oplevelsen af uoverskuelighed, der følger med fornemmelsen af øget udsathed og skrøbelighed eller med andre ord et forsøg på at tøjle ”The Runaway World” (Giddens 2002). Produktion af risiko er uløseligt forbundet med det moderne, og det moderne var og er uløseligt forbundet med forsøg på at tackle risiko. Man kan trække en parallel mellem den senmoderne orientering mod retssikkerhed og modernitetens måder at fordele risiko på. Omdannelsen af de merkantilistiske vestlige økonomier til markedsøkonomier i slutningen af 1700 tallet var ledsaget og muliggjort af dannelsen af forsikringsselskaber (Giddens 2002). Den hastige industrialisering i slutningen af 1800 tallet var ledsaget af indførelse af objektivt ansvar eller ansvarsformodning for jernbanedrift, bilkørsel og anden ”farlig virksomhed” og ikke mindst etableringen af den tidlige socialstat: arbejdsulykkesforsikring, sygeforsikring, arbejdsløshedsforsikring og alderspensioner m.v. Men der er også en række indlysende forskelle. De mest i øjnene faldende er, at mens forsikringsordninger og sociale sikringsordninger retter sig mod konkretiserede og ikke mindst fysiske risici, retter fokuseringen på retssikkerhed sig bredt mod stort set alle mere eller mindre formelle sociale relationer og interaktioner. En anden forskel er, at forsikrings- og socialforsikringsordninger åbenlyst er en måde at håndtere fremtid på, så konnoterer ”retssikkerhed” ikke alene retfærdighed, men også stabilitet og forudsigelighed eller ”Verden af i går” (Zweig [1944] 2002). Megen retssikkerhedspolitisk diskurs synes at orientere sig mod ”fortiden”. En hurtig søgning i retsvidenskabelig litteratur efter 2. verdenskrig, viser imidlertid, at det først er fra slutningen af 1980’erne at ”retssikkerhed” har fået hastigt voksende betydning. En søgning på ”retssikkerhed” og ”alle materialer” på de danske bibliotekers fællesbase (www.bibliotek.dk) i september 2003 gav 895 hits. En søgning på ”retssikkerhed” og ”alle materialer” fra før 1981 gav 23 hits. De 23 bøger og artikler er alle fra 1970’erne og beskæftiger sig alle med enten

registersikkerhed, anvendelse af tvang indenfor psykiatrien, lægers tavshedspligt eller offentligt ansattes ytringsfrihed og ansættelsessikkerhed. Der er tale om et klassisk begreb og klassiske værdier, men også om en *ny* diskurs. På linje med den tæt forbundne øgede opmærksomhed eller ligeledes nye diskurs om professioner, professionel produktion og anvendelse af viden og etik (Zahle 2003) og anden søgning efter klassiske værdier eller traditioner, er der tale om konstruktioner af såvel ”fortid” som de værdier, der forsøges indskrevet i ”fortiden” og fastholdt for nutiden. hvilket kan resultere i, hvad der i sociologisk og historisk forskning betegnes som ”retraditionalization” (Heelas, Lash & Morris 1996) eller ”invention of tradition” (Hobsbawm og Ranger 1992). Der er grund til skepsis overfor de fortællinger om tradition, forandring og forfald, som diskussioner om retssikkerhed i en vestlig kontekst ofte væves ind i. Det betyder ikke at ”retssikkerhed” eller de værdier, figurer og metaforer, som forestillingerne om retssikkerhed typisk forbindes med, er uvæsentlige. Tværtimod. Men de skal ofte netop snarere forstås som værdier, figurer, principper eller pejlemærker end som faste regler baseret på en lang og ubrudt tradition.

Dette arbejdsrapport er et forsøg på at indfange og diskutere forestillinger om senmodernitet, offentligt og retssikkerhed. Det indeholder fire, mere eller mindre sammenhængende afsnit. Det første søger mere generelt at indkredse forestillinger om retssikkerhed, det andet beskriver centrale træk ved senmoderne vestlig ret, mens det tredje afsnit indkredser en række af de forskydninger fra government til governance, der præger senmoderne forvaltningsret. Det fjerde og sidste afsnit, der beskæftiger sig med ret, retssikkerhed og metaforer, forsøger at finde metaforer, der på samme tid gør op med den moderne polarisering mellem normorientering og kalkulation og muliggør formulering af forestillinger om retssikkerhed i en senmodernitet præget af ikke alene politisk, social og kulturel, men også retlig polycentri.

Forestillinger om retssikkerhed

Begrebet retssikkerheder forbundet med visioner om ”den gode orden”, som bl.a. udtrykkes i de forskellige menneskerettigheder eller ”grundlæggende rettigheder”, som er indeholdt i forfatninger og supranationale og internationale traktater, f.eks. i FN’s menneskerettighedserklæring, Den Europæiske Menneske-

rettighedskonvention eller EUs Grundrettigheder, der er fuldt integreret i Europakonventets udkast til ny traktat (Conv. 850/03). Man kan se forestillingerne og forventningerne til retssikkerhed som en forbindelseskæde mellem visionerne, de konstitutionelle rammer og hverdagspraksis. Et perspektiv, der gennemstrømmer alle forestillinger om og forståelser af retssikkerhed, der kan findes i nyere retsvidenskabelige udgivelser og som betyder, at der kan være visse diskrepanser mellem forskellige forståelser af retssikkerhed: forskellige forfattere vil vægte forskellige værdier i forskellige situationer.

En af de forestillinger, som man hyppigt vil støde ind i knytter sig til forestillinger om om ”den parlamentariske styringskæde”, nationalstat og suverænitæt. Retssikkerhed forstås som identisk med *virkeliggørelse af de politiske intentioner, der afspejles i lovgivningen*. Referencerne til de politiske intentioner, der afspejles i lovgivningen skal forstås i en meget konkret og en mere generel karakter. Der henvises både til den meget konkrete lovgivning: hvad var baggrunden for og målet med denne lov eller dette lovkompleks? Men perspektivet rækker videre. Med retssikkerhed i videre forstand forstås direkte eller indirekte også ”lovgivningen i bredere forstand”, dvs. hele kredsen af konstitutionelle værdier, herunder også *demokrati, respekt for individuelle rettigheder og mangfoldighed*

Retssikkerhed er også forbundet med *forudsigelighed og korrekthed*. Graden af retssikkerhed ses på den ene side tæt forbundet med et retsgrundlag, der præcist beskriver *retsfaktum* (hvad reguleres og hvilke faktiske forhold skal eller kan der lægges vægt på) og *retsfølge* (hvad skal eller kan afgørelsen gå ud på) og på den anden side afhængig af, at beslutningsprocessen – med domstolsprocessen som ideal – sikrer, at den berørte part kommer til orde, at afgørelser begrundes og at relevante faktiske oplysninger afdækkes samt at der gives adgang til prøvelse eller kontrol af offentlige myndigheders afgørelser. Der tales her om *individuel retssikkerhed* eller *retssikkerhed i snæver forstand*.

Fokuseringen på organisation og proces rækker imidlertid videre. En tredje forestilling om retssikkerhed er forbundet med forestillinger om ”rene hænder”. Målet er ikke alene at forebygge usaglige afgørelser eller magtfordrejning, men også at sikre *tillid* til at offentlige myndigheder og offentligt ansatte ikke varetager usaglige interesser. Offentlige myndigheder og offentligt ansatte bør derfor ikke alene være

fagligt kompetente i forhold til de opgaver, som de varetage. De ansatte, politikere, eksperter og andre, der deltager i en afgørelse, må ikke være inhabile, dvs. bærere af en interesse, der i den konkrete sammenhæng vil kunne være et incitament til at træffe en usaglig afgørelse. Det fremføres om et ideal at offentlige myndigheder bør organiseres på en måde, der forebygger inddragelse af usaglige hensyn, det sikrer at myndigheder kun varetager de hensyn, de nu engang er etableret for at varetage og ikke andre hensyn, selvom de i sig selv kan være nok så respektable. Der bør være en klar adskillelse mellem forskellige myndigheder og en klar *adskillelse mellem "embede" eller offentlig magt og personlige interesser*. En forestilling, der på den ene side skal meget konkret og kommer til udtryk i forskellige former for bestemmelser om personlig habilitet, men også har et bredere perspektiv. Det der er på spil her, er også klassiske liberale forestillinger om *magtfordeling og magtadskillelse*.

En udtalt fokusering på krav til personlig habilitet fører let til et ideal om klassiske bureaukrati i en webersk forstand. Et ideal, der i sig selv fører videre mod en udtalt hierarkisk orientering, der kan synes endnu mere fremtrædende i dele af nyere forvaltningsretlig teori, herunder selv kommunalretlig teori (se f.eks. Garde og Revsbech 2000) end i ældre teori (f.eks. Poul Andersen 1965, Ernst Andersen 1940 og Bent Christensen 1958). Man kan nyere teori således finde forsøg på at opstille en hel taksonomi over organisationsformers og myndigheders egnethed til at garantere retssikkerhed: domstole – domstolslignende organer – traditionelle centraladministrative forvaltningsorganer – nævn og råd – kommuner (Rønsholdt 2002). Det kan føre til en forskydning eller nedprioritering af andre værdier som demokrati i betydningen selvbestemmelse og magtfordeling og magtadskillelse mellem forskellige institutioner, f.eks. den statslige centraladministration og det kommunale selvstyre.

Retssikkerhed forbindes også med forskellige forestillinger om *effektivitet*. Der er ikke ret meget ved at have rettigheder, hvis de ikke kan håndhæves i praksis. Retssikkerhed hænger derfor tæt sammen med muligheder for håndhævelse. Men sammenkædningerne række videre. En klassisk diskussion i retsvidenskabelig og økonomisk teori er om hvorvidt der består et grundlæggende modsætningsforhold mellem retssikkerhed og effektivitet: Er retssikkerhed en hindring for effektivitet eller består der et valg mellem "Retfærdighed eller økonomi i den offentlige sektor?" (Lotz 2000). Svaret fra dele af nyere retsteori er, at modstillingen ikke er

reel: hvordan kan man tale om effektivitet, hvis resultatet af ”effektive beslutninger” er sagligt forkerte afgørelser eller afgørelser, som skader tiltroen til den offentlige sektor? (Henrichsen 1997) Afvisningen af den klassiske modstilling følges op af en afstandtagen fra at anvende en målestok for vurderingen af den retssikkerhedsmæssige standard, der tager udgangspunkt i domstolene eller det idealtypiske bureaukрати. Ganske vist viser undersøgelser af den almindelige tillid til offentlige institutioner, at den danske befolkning generelt – i lighed med stort set alle andre nordvesteuropæere – har en udtalt tillid til domstole, herunder EF Domstolen (Caldeira & Gibson 1996, Eurobarometer 59, 2003). Men der er ikke noget grundlag for at slutte at hierarkisk opbyggede forvaltningsorganer, herunder den statslige centraladministration – uanset al differentiering - skulle være omfattet af særlig tillid eller at hensynet til ”korrekthed” skulle være særlig udtalt i centraladministrativ praksis. Hvor særlige hensyn taler for en høj grad af juridisk korrekthed, f.eks. idømmelse af sanktioner, skatteopkrævning og afgørelser, der griber dybt ind i den personlige frihed mv. synes tendenserne især at gå mod yderligere differentiering ved henlæggelse af opgaverne til særlige mere eller mindre judicialiserede forvaltningsorganer. Der er imidlertid mange reguleringsområder, hvor kravet til ”korrekthed” er mindre relevant. Det gælder bl.a. offentlige omsorgsopgaver, herunder ikke mindst lokal præget virksomhed som pasning af børn, ældreomsorg, undervisning m.v. Med støtte fra en række ombudsmandsudtalelser peges på at kriterier som selvbestemmelse eller medbestemmelse, hensynsfuldhed, målspecifikation og professionsnormer for god kvalitet er nok så centrale for bedømmelsen af den retssikkerhedsmæssige standard (Henrichsen 1997:291 ff.).

Andre retsteoretikere retter en mere grundlæggende kritik mod sammenkædningen af den konstitutionalistiske forestilling om eksistensen af et sæt af ”grundrettigheder”, retssikkerhed, demokrati og frihed. Det gælder bl.a. retssociologen Hanne Petersen og konfliktforskeren Vibeke Vindelev i en diskussion af det konstitutionalistiske koncept om eksistensen af et sæt af ”grundrettigheder”. Det er ikke givet, at det bedste svar på oplevelsen af senmoderne uoverskuelighed og skrøbelighed er metaforer, der referer til konstruktion af bygninger eller tanker om ”grunden”. En musik-metafor, en bevægelses-metafor kan være mere givende. Ret kan også tænkes som ”forhandlet ret”, som ”kontinuert og kontekstbetinget kommunikation, snarere end først og

fremmest som kommando og kontrol. Retten må sikre og beskytte bevægelse, ikke bare det grundfæstede”. Retten må reflektere over de faktiske sociale relationer, der reguleres:

” Relationer har (..) altid været grundlag for fællesskaber og samfund, og de har måske også altid været i bevægelse, men forandringstempoet og den betydning, de er blevet tillagt, skifter måske. Familierelationer, generationsrelationer, arbejdsrelationer, forhold mellem (religiøse og/eller etniske) befolkningsgrupper har altid spillet en rolle bestemt af bl.a. traditioner og lovgivning. (..). De nære relationer, netværkerne og det personlige ansvar tillægges måske større betydning i og med at relationen mellem stat og borger svækkes. Det kunne måske også betyde, at de statsborger rettigheder, der her tillægges central betydning i forholdet, spiller en mindre rolle i andre nok så vigtige relationer. Vi ved, at det i alle samfund er vigtigt at være dele af flere relationer, og at man ikke uden videre sætter sine nære forhold på spil ved at kræve rettigheder (udviklet i forholdet mellem stat og borger) i langvarige arbejds- eller kærlighedsrelationer (..)Det giver måske grundlag for at spørge om, hvad det er for elementer, der karakteriserer de nære relationer, når det ikke – eller i hvert fald i mere begrænset omfang – er rettighedstænkning. (...) Hvad betyder det for retstænkningen, at vi måske bliver nødt til at tænke i nye figurer og begreber, som ansvar, respekt og værdighed – og ”nye” magt- og retfærdighedsforståelser? (...)Betyder det, at ordens-skabelse i andre relationer end de statslige bygger på tillid, ansvar, respekt, værdighed i højere grad end på rettigheder – eller at vi i hvert fald må være opmærksomme på, at der er flere værdier på spil i rets- og ordensskabelsen, og at de vekselvirker med hinanden? (Vindelev og Petersen 2000).

Det fælles for de forskellige forståelser af retssikkerhed er først og fremmest skabelse af tillid og troværdighed gennem *offentlighed* henholdsvis gennem sikring af indflydelse *på egne forhold* gennem *deltagelse*, adgang til *indsigt*, ret til *præcisering af grundlaget for afgørelser* og adgang til *prøvelse af afgørelser*. Det forudsætter, at der udvises *respekt og hensynsfuldhed* og at den enkeltes og grupperes værdighed ikke krænkes unødigt. Det forudsætter tolerance og respekt for – og refleksion over - de relationer, der reguleres. Herudover er det afgørende, at der træffes afgørelser af en *god saglig kvalitet* ,at afgørelserne træffes i *respekt for demokratiske vedtagelser*, herunder de politiske mål, der søges realiseret gennem lovgivning og at det sker med respekt for principper om magtfordeling og magtadskillelse *pluralisme*.

Ret og senmodernitet

I en efterhånden klassisk artikel fra 1987 med titlen "Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law" konstaterer den portugisiske retssociolog Boaventura de Sousa Santos, at mens den moderne tænkning trækker på metaforer, der relaterer sig til tid, så domineres senmoderne eller postmoderne tænkning – i ligning med den klassiske tænkning – af metaforer, der relater sig til rum. Forsøg på at indfange relationerne mellem ret og social virkelighed sammenlignes med relationerne mellem kort og rumlig virkelighed. Hvad man ser, afhænger af hvilken målestok, der anlægges. Anlægges der en stor målestok ses de globale retsdannelser: de globale menneskerettigheder, folkeretten og den overvejende sædvane- og advokatskabte erhvervsret eller *lex mercatoria*, der i en politisk terminologi kan betegnes som "global governance without government". Anlægges der et noget mindre målestoksforhold ses supranationale og nationale retsdannelser, mens resultatet af et lille målestoksforhold fører til fokusering på lokale retsformer. Retten fremstår ikke alene som gennemgribende polycentrisk, men konkrete sociale relationer vil kunne være reguleret af forskellige retsordener. (Sousa Santos 1987). Der vil ofte være tale om delvis overlappende retsordener, hvilket åbner for såvel sammenstød som sammenglidning, konvergens og samspil. De enkelte retsordener bliver ofte særdeles porøse¹ samtidig med, at det langt fra givet, at den ene retsorden anerkender den anden orden, i det mindste som retsorden. Et andet forhold er, at en retsorden altid erfares fra en bestemt position. Den er f.eks. stor forskel på de regler, der gælder for en borgmester, en kommunaldirektør, en sagsbehandler i socialforvaltningen henholdsvis modtageren af bistand efter sociallovgivningen. Senmoderne retsteori vil derfor typisk være præget af en mere udtalt refleksion over såvel de generelle institutionelle rammer for den regulering, der analyseres som de positioner, reguleringen analyseres ud fra.

¹ Boaventura de Sousa Santos har i anden sammenhæng uddybet sin kartografi metafor: "The symbolic cartography of law reinforces [my] conception of legal pluralism – not the legal pluralism of traditional legal anthropology, in which the different legal orders are conceived as separate entities coexisting in the same political space, but rather, the conception of different legal spaces superimposed, interpenetrated, and mixed in our minds, as much in our actions, either on occasions of qualitative leaps or sweeping crises in our life trajectories, or in the dull routine of eventless everyday life. We live in a time of porous legality or of legal porosity, multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings. Our legal life is constituted by the intersection of different legal orders, that is, by interlegality. Interlegality is the phenomenological counterpart of legal pluralism, and a key concept of postmodern conception of law" (Sousa Santos 1995/2001)

Med et ofte anvendt udtryk fortæller megen senmoderne retsteori at beskæftige sig med ”ret i kontekst”.

Den amerikanske retssociolog Lawrence M. Friedman har i en artikel, der spørger ”*Is There a Modern Legal Culture?*” søgt at sammenfatte en række fælles udviklingstræk, der præger senmoderne vestlig ret på tværs af verdensdele og på tværs af forestillinger om grundlæggende skel mellem på den ene side kontinentaleuropæisk retstradition og på den anden side angloamerikansk ret (Friedman 1994):

Et første fælles træk ved de vestlige retssystemer er, at de undergår hurtige *forandringer*. ”Legal systems in the 1990’s are legal systems on the move. Very little about modern law is static; every legal system, to be sure, has its tradition, its history, its elements of stability; but (...) these inherited, historical, stable aspects matter less and less”.

En andet fælles træk, der er tæt forbundet med det første, er at den retlige regulering i moderne stater er *tæt* og på det nærmeste *altomfattende*.

”Legal systems today have become more significant than ever before. We live in a complex, baffling changing world; a world of enormous populations, and enormous collective and individual demands; enormous states, governments, regimes; enormous systems of law. This is true of the great Western nations, the rich countries of the world; it is also true, more or less, of the states, which sprang up out of the graves of colonial empires; more and more, it is true of all the worlds, first, second and third”.

Et tredje fælles træk er *instrumentalisme*. Senmoderne ret legitimerer sig ved at være instrumentel. Mennesker, grupper, klasser, professioner, strata opfatter alle retten og bruger ret som et våben, et instrument, et redskab for at nå økonomiske og sociale mål. Senmoderne ret er *kontingent*. ”Nobody thinks that law is (in its totality) timeless, God-given, immutable, beyond the reach of human actors”

Et fjerde fælles træk, den senmoderne rets ikke-instrumentalistiske dimension, er en udtalt *konstitutionalisme* i betydningen a) forestillinger om grundlæggende adskillelse mellem staten og politikken overfor markedet og det civile samfund, der bl.a. er baseret på forestilling om grænser for statslig intervention overfor “den private

sfære”, b) anerkendelse og respekt for fundamentale eller grundlæggende rettigheder og c) anerkendelse af principperne om retsstat eller “rule of law” (Rosenfeld 1994). Det giver sig bl.a. udtryk i en forøget adgang til domstolsprøvelse af lovgivning (Sweet Stone 2000), som er baseret på en udtalt tro på fundamentale eller grundlæggende rettigheder: ”Modern law bristles with rights and entitlements. Some of these rights – the ”basic” or ”fundamental” ones – often embedded in a written document, a formal constitution, like the “entrenched” Bill of Rights of Canada or the German Grundrechte” (Friedman 1994).

Den udtalte instrumentalisme og den udtalte konstitutionalisme bindes sammen af et femte fælles træk: grundlaget for moderne retssystemer og moderne retskulturer er en gennemgribende *individualisme* - uanset velfærdsstaternes intensive økonomiske regulering, deres omfattende bureaukratier og altomfavnende retssystemer:

”Modern law presupposes a society of free-standing, autonomous individuals. Many past legal systems were strongly communal; the unit of the legal analysis was the family, the clan, the group (...) at core of individualism is the notion of *right*, or *entitlement*. Every human being should have an opportunity to go beyond mere freedom (meaning absence of restraint) and choose a style of life, freely selecting among options, developing a unique personality, a self unlike other selves. This form of individualism is connected to life in the modern West in a basic fundamental way; and is different from classic forms of political or economic individualism (...). It has a profound effect on legal culture, and hence on the development of law itself. One of the most striking effects of these effects is rights-consciousness. In country of country (...) we hear complaints about a “litigation explosion” or “a flood of cases” (...) There is not much doubt about the qualitative changes. In these countries, minorities, victim groups, and people in general show a new keenness about injustices against them; a new willingness to take whatever steps are necessary to have justice, as they see done” (Friedman 1994)

Det sidste og sjette træk, der trækkes frem, er *globalisering*. Nationalstatsgrænser betyder stadig mindre i økonomisk betydning. Økonomiske relationer binder stater sammen og følges straks af retlige relationer. Globaliserede retlige relationer stimulerer formulering af planer og metoder til at overskride retlige grænser og det fører til retlig harmonisering, uniform lovgivning baseret på model-love og

supranationale institutioner som EU. Men mere fundamentalt er der tale udvikling af *konvergens* mellem forskellige retskulturer. Som tiden går, bliver de forskellige retssystemer stadig mere lig hinanden. Konvergensen reflekterer den gensidigt økonomiske afhængighed, men rækker videre: "In a world bound together by television, satellites, and jetports, there is a certain melting together of world cultures; and legal culture can hardly stay immune" (Friedman 1994).

Der kan stilles mange spørgsmål til Lawrence M. Friedmans diagnoser, herunder til det faktiske omfang af konvergens som den reelle grad af "horisontalisering" (Friedman 2000). Selv i de nordvesteuropæiske velfærdsstater, der i et globalt perspektiv er præget af en høj grad af økonomisk og social lighed største Spørgsmål, der begge - ikke kun, men også - kan relateres til det forhold, at Friedman kun i meget begrænset omfang beskæftiger sig med de "interne retskulturer" eller hvordan man indenfor forskellige retsordener tænker og argumenterer retligt og hvordan man afgrænser ret fra ikke-ret eller retlige normer fra ikke retlige social normer.

Anlægges der et europæisk og europæiske nationalstatsligt perspektiv, vil der – og det gælder også Central- og Østeuropa – formentlig være tale om omfattende konvergens, som rækker videre end den harmonisering, der er sket og sker gennem EU retten. Europarådet og OECD som et resultat af direkte "legal transplants", formelle harmoniseringsbestrebelse eller mere informelle påvirkninger gennem etablering og intensivering af et utal af grænseoverskridende netværk i offentligretligt eller privat regi, f.eks. forfatningsdomstolsdommere, andre dommere, ombudsmænd, advokater, anklagere, professionelle sammenslutninger mv. og gennem etablering af fælles afgørelses- og lovdatabaser. Men tendenserne række formentlig videre end mere eller mindre formel retlig harmonisering. Der er formentlig også ved at opstå en betydelig harmonisering i måderne, som der tænkes og argumenteres retligt på. En komparativ undersøgelse af ni nationale 'højere' domstoles lovfortolkning og anvendelse af præcedens i civile sager, der blev foretaget i sidste halvdel af 1980'erne og i begyndelsen af 1990'erne viser, at alle de undersøgte domstolssystemer² ikke alene (i forskellig grad) bevæger sig mod en proaktiv inddragelse af parter, vidner og eksperter i domstolsprocessen, men også

² Argentina, Vesttyskland/Tyskland, Finland, Frankrig, Italien, Polen, Sverige, Storbritannien og USA

at der er sket og er ved at ske en afgørende forandring i måden at formulere domme på. De fleste kontinentale domstolssystemer har traditionelt formuleret deres domme i en monologisk stil, der kunne nærme sig syllogismer³, men deres juridiske argumentation synes i stadig højere grad at anvende en mere dialogisk stil. Det gælder både i forhold til beskrivelsen eller den narrative konstruktion af ”fakta”, som i fortolkningen af retten, dvs. den narrative konstruktion af ”retsfaktum”. (Jackson 2000, Summers og MacCormick m.fl. 1991 og 1997).

Undersøgelserne er ikke særligt præcise i angivelsen af hvilke typer af sager, der er blevet undersøgt. Det angives ganske vist, at undersøgelsen vedrører civile sager, dvs. at de bl.a. ikke inddrager straffesager, og det angives også, at undersøgelserne generelt ikke omfatter domme, der er afsagt af underordnede domstole i rutinesager. Hvis undersøgelserne havde inddraget straffesager og domme afsagt af underordnede domstole, ville billedet måske have lidt anderledes. Hvad der er et større problem – og det gælder også Lawrence M. Friedman – er fraværet af en refleksion over hvilke sager eller konflikter der ikke kommer for domstolene eller i praksis knapt italesættes indenfor rammerne af den senmoderne ret:

På et globalt plan er der en tendens til at erhvervs- eller kontraktsretlige konflikter - i det mindste mellem meget ressourcerstærke aktører, f.eks. multinationale selskaber – stort set alene løses gennem forhandling eller i sidste ende gennem voldgift, dvs. på det nærmeste aldrig indbringes for det almindelige domstolssystem. De undgår dermed den offentlighed, der er forbundet med domstolsbehandling og kan i vidt omfang også sikre sig en retlig konfliktløsning, som er endnu mere åben overfor deres opfattelse af såvel konflikten som af det retlige grundlag for deres relationer, eller med andre ord, sikre sig en endnu højere grad af responsivitet end muligt gennem ordinære domstolssystemer, der altid vil bundet af de institutionelle og retlige rammer, som de i øvrigt opererer indenfor (Dezalay & Garth 1996, Heydebrand 2001).

En mindst ligeså betydende, men måske mindre synlig tendens går i den stik modsatte retning ved mere eller mindre formelt at begrænse adgangen til domstolsprøvelse eller ombudsmandsprøvelse. Det kan f.eks. ske ved ”at skjule” rettigheder, f.eks. indskrive dem i bemærkningerne til en lovtæst frem for i selve

³Eller med andre ord, at beskrivelsen af ”fakta” og ”retsfaktum” formuleres således at

loven o. lign., eller gennem at indføje forskellige endelighedsbestemmelser i lovgivningen. Som eksempler på forskellige former for endelighedsbestemmelser kan nævnes bestemmelsen i udlændingelovens § 58a hvorefter Folketingets Ombudsmands virksomhed som hovedregel ikke omfatter ikke Flygtningenævnet eller bestemmelsen i § 56, stk. 8, hvorefter nævnets afgørelser er endelige. Indsættelse af en klausul, der erklærer at en administrativ afgørelse er endelig, medfører efter nyere dansk retspraksis ikke⁴, at domstolene i princippet afskærer sig fra at prøve lovligheden af en afgørelse (Krarup 1969:586 ff.). Men ”endelighedsbestemmelser” fører typisk til, at domstolsprøvelsen begrænser sig til spørgsmålet om der foreligger klare ulovligheder, dvs. om der er klare mangler ved retsgrundlaget, om der er begået alvorlige sagsbehandlingsfejl eller om der udøvet et direkte ulovligt skøn (U 1997.1157H, U 1999.1243H). I praksis betyder endelighedsbestemmelser uden tvivl, at det næsten er umuligt at rejse sager ved domstolene. Der er, som eksemplerne fra udlændingelovgivning viser, ofte tale om reguleringsområder, hvor den enkelte der berøres, typisk generelt vil stå i en svag eller udsat position og derfor have vanskeligt ved at bruge retssystemet (Weis Bentzon & Agersnap 2002).

Brugen af alternativer til domstolsbehandling og ikke mindst afskæring af muligheder for domstolsprøvelse begrænser domstolenes faktiske kompetenceområde. Men på andre områder oplever de fleste vestlige domstolssystemer en stigning i antallet af sager. Det gælder ikke mindst individuelle konflikter, der indbringes for domstolene eller domstolslignende organer (f.eks. ombudsmænd), der – typisk formuleret gennem et krav om oprejsning eller erstatning – kan tage karakter af en kamp for anerkendelse af personer, minoriteter eller begåede krænkelser, der kan række sig langt tilbage i tiden.

Undersøgelserne af de ni domstolssystemers retlige argumentation kan indenfor rammerne af denne forskudte og begrænsede ses som udtryk for at domstolene ikke længere primært løser konflikter eller skaber integration gennem hævde af autoritet, eller med et udtryk fra Franz Kafkas ”Processen”, ved at sætte folk

domskonklusionen fremstår som logisk konsekvens på sagens forløb.

⁴ Det ville også være svært at forene med bestemmelsen i Grundlovens § 63, hvorefter ”Domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser” eller Den Europæiske Menneskerettighedskonventions bestemmelse i artikel 6, hvorefter enhver, når der træffes en afgørelse, som er ”i strid med hans borgerlige

”Foran Loven”. En form for autoritet, der som skildret af Kafka typisk er forbundet med inkvisitoriske organisations- og procesformer og i dag først og fremmest bliver hævdet uden om domstolene. De synes derimod i forskellig, men stigende grad især at løse konflikter gennem øget dialog med parter, tekster og fortællinger, dvs. gennem udvikling af øget kapacitet til responsivitet og refleksivitet.

Netværkssamfund, ret og styring

I politologisk forvaltningsteori forsøges forandringerne i den offentlige forvaltning siden begyndelsen af 1980’erne indfanget med forskellige metaforer. Der tales om et skift ”fra *hierarki* til *netværk*” og peges på, at gensidig tillid og troværdighed har fået en mere markeret betydning. Mere generelt tales om et skift fra *government* til *governance*, der bl.a. kan karakteriseres med slagord som afbureaukratisering, deregulering, markedsgørelse, demokratisering og helhedstænkning, f.eks. gennem etablering af sektoroverskridende netværk. Begrebet *governance* søger altså at indfange mange og til dels modsætningsfyldte udviklingstræk, hvis fælles træk er, at de bryder med forestillingen om en enstrengt eller hierarkisk kompetencestruktur og med forestillingen om et klart skel mellem offentligt og privat. Samlebetegnelsen *metagovernance* betegner reguleringen af selvregulerende netværk. Udviklingstendenserne opleves – naturligvis – også i retsvidenskaben, hvor der typisk tales om *refleksive retsformer*.(Teubner 1988) Som i politologisk forvaltningsteori er der ingen forestillinger om, at netværksstyring eller anvendelse af refleksive retsformer kendetegner en opgivelse af den moderne vision om styring. I forlængelse af 1970’ernes planreformer og decentraliseringsreformer ses forskydningerne fra specifik regulering mod rammeregulering til refleksiv regulering eller fra *government* til *governance* først og fremmest som bestræbelser på søge at øge den offentlige sektors økonomiske effektivitet og dens kapacitet til fleksibilitet og responsivitet og samtidigt at øge kapaciteten til politisk styring gennem at afkomplicere styringen af den offentlige sektor ved at henskyde problemer til institutioner udenfor det formelle politiske system (Ladeur 1997).

rettigheder og forpligtelser” skal være berettiget til en ”retfærdig og offentlig rettergang inden for en rimelig frist for en ved lov oprettet uafhængig og upartisk domstol”

Forenklet udtrykt er der to typer af strategier, der primært er blevet taget og tages i anvendelse: ”netværksstrategier” henholdsvis forskellige former for markedsstyring og ”new public management”, der i vidt omfang baserer sig på en kontraktstænkning. Set i et retsvidenskabeligt perspektiv har strategierne forskellige konsekvenser..

Netværksstrategier anvendes først og fremmest, hvor der er behov for er tale om koordinere forskellige forståelser, interesser, organisationer, sektorer eller former for viden – eller bare forskellige grupper af brugere - og hvor det er vanskeligt at formulere mere præcise krav til resultater. I en traditionel forvaltningsretlig terminologi kan de betegnes som råd og nævn eller bestyrelser, stiftelser, kommissioner m.v. Råd og nævn er traditionelt først og fremmest blevet etableret til at koordinere interesser indenfor områder, hvor der på forhånd består et tæt samspil, til at forberede reformer eller for at sikre imod (parti)politisk intervention i forhold til den indholdsmæssige varetagelse af en offentlig eller offentligt finansierede opgaver som undervisning og forskning, kultur, radio- og tv virksomhed mv. (Battrup 1989), dvs. områder, der meget direkte handler om styring af tro og skabelse af mening og viden. I en politologisk terminologi taler man her til tider om ”diskursinstitutioner”. Politologiske undersøgelser viser, at der fra slutningen af 1960’erne til 2000 ikke skete større forandringer i det samlede antal af faste råd og nævn, der er etableret i tæt tilknytning til den statslige centraladministration, hvorimod der fra 1980’erne er sket et stadigt fald i antallet af midlertidige råd og nævn (Pedersen 2000). Det har bl.a. berørt de klassiske lovkommissioner. Generelt styres forberedelsen af også større lovkomplekser nu mere direkte af ministerierne. Forklaringen skal bl.a. søges i det forhold, at megen lovgivning udarbejdes hurtigt. Blandt jurister tales til tider om ”telefonlovgivning” (Nordskov Nielsen 1999): et problem bliver taget op i massemedierne og ministeren lover samme dag at gribe ind med lovgivning. Involveringen af interesseorganisationer og eksperter sker gennem høring og høringsfristerne kan være meget korte. Derfra kan man ikke selvfølgelig slutte, at der bruges færre kræfter på at samle og skabe viden som baggrund for ny regulering, men derimod at der er sket en øget politisk centralisering af beslutningerne om hvilken viden, der samles og/eller skabes. Forsøget på at styrke eller centralisere den politiske styring af skabelsen og brugen af viden kan i vidt omfang også siges at karakterisere mange af de nye nævn og råd. Hvor råd og nævn tidligere blev nedsat for at koordinere og

styrke et allerede etableret felt, vil mange af de nye råd og nævn eller netværk ofte være etableret som resultatet af proaktive forsøg ”fra oven” på skabe samspil mellem forskellige sektorer og forskellige organisationer, f.eks. forskning og erhvervsliv. I sammenligning med mere traditionelle råd og nævn vil en del af netværksorganisationer ofte have en ad hoc eller projekt præget karakter (Henrichsen 2001). Denne udvikling, der yderligere er blevet understreget ved nedlæggelsen og forandringerne af mange ”diskursinstitutioner” eller ”ekspertorganer” i forbindelse med regeringsskiftet i 2001, sætter fokus på klassiske forestillinger om magtfordeling, magtadskillelse og mangfoldighed.

Spørgsmål om pluralisme i skabelsen af tro, mening og viden er i dansk retsvidenskabelig sammenhæng først og fremmest blevet rejst som et spørgsmål om individuelle rettigheder og især rettigheder til lige repræsentation, f.eks. af politiske partier i offentlige massemediers dækning af valgkampe og ikke mindst de kommunikative menneskerettigheder som ytrings- og informationsfrihed. Det gælder også den eneste dom, der – så vidt jeg ved – handler om et politisk indgreb overfor eksperterets autonomi i en beslutning, der ville kunne være formuleret som et spørgsmål om netop ekspertautonomi, nemlig Vestre Landsrets dom i U 1979.790, der anerkendte at kulturudvalget i Thisted kommune underkendte overbibliotekarens beslutning om at købe Bent Hallers stærkt samfundskritiske børnebog ”Sabotage” til kommunens børnebibliotek. Vestre Landsret gav kommunalbestyrelsen medhold med henvisning til at den enkelte låner ikke var forhindret i at låne bogen på kommunens biblioteker, fordi den ville kunne indlånes fra andre biblioteker. Dommen førte imidlertid til en revision af biblioteksloven med indsættelse af bestemmelse, der fastslog at materialevalget foretages af den ledede bibliotekar under medvirken af de øvrige bibliotekarer og under ansvar overfor kommunalbestyrelsen. Under folketingsbehandlingen bemærkede folketingets kulturudvalg i sin betænkning – måske med en underforstået kritik af dommen - at

”Bestemmelsen svarer i princippet til de nuværende bestemmelser om materialevalget, som findes i bekendtgørelse om folkebiblioteker, og bestemmelsen viderefører i det hele taget den nuværende tilstand. Kommunalbestyrelsen har fortsat det endelige ansvar for, at materialevalget sker

i overensstemmelse med loven, men bør ikke gribe ind i enkeltanskaffelser (FT 1982-83, Tillæg B sp. 1706)

Denne antagelse om en forpligtelse for kommunalbestyrelser til at holde sig tilbage i det mere detaljerede valg har tradition i dansk kommunalretlig teori tilbage til Erik Harders afhandling om "De kommunale opgaver" fra 1965, der understregede, at kommunalbestyrelsen kan oprette eller yde støtte til et orkester, men ikke har ret til at fastsætte orkestrets repertoire (Harder 1965:94). Senere kommunal- og forvaltningsretlig teori har diskuteret hvordan man begrundede denne grundsætning. Der er peget på analogier eller parallelslutning fra anden kulturlovgivning (Haagen Jensen 1972) og senere, at der er tale om en alment gældende grundsætning for offentlige myndigheder, der er begrundet i "forholdets natur" (Bent Christensen 1987/1997). Dette "forholdets natur" peger på, at de klassiske liberale forestillinger om frihed, der ligger bag de individuelle kommunikative rettigheder, rækker videre end den individuelle frihed for statslig intervention i det civile samfund og frihed til at agere på et marked. Det spørgsmål, der er på spil, drejer sig - tilbage til Montesquieu ([1757]1998) - også om pluralisme og kollektiv frihed eller om magtdskillelse og magtfordeling (Harste 2003). En balance, der kan sættes på spil af tendenserne til forsøg på øget politisk styring af såvel tro som skabelse af mening og viden som tendenserne til markedsgørelse eller forståelse af frihed i alene individuelle termer, der opsummeres af den nyligt afdøde britiske samfundsforsker Paul Hirst:

Montesquieu forsvarede selvfølgelig privilegierne, nemlig adelens, juristernes og embedsmændenes rettigheder og magt. Hans pointe var imidlertid, at sådanne særlige friheder bidrog til forsvaret for friheden i almindelighed. Det han sammen med, at de begrænsede statens magt, dens muligheder efter behag at nyformulere og omforme andre samfundsinstitutioner (...) Faren er nu, at den individuelle friheds sprog og ligheden mellem enkeltindivider let kan blive vent imod særlige institutioners specielle friheder, som for eksempel særlige professioner (f.eks. lærerstanden, dommerne, eller lægerne) og BBC (eller Danmarks Radio), som er nødvendige for yderligere frihed (...) Vort problem er, at repræsentanterne for den nye, bureaukratiske monokultur ubesværet taler lighedens sprog. Alle er i samme omfang undergivet den almindelige ledelseskontrol, og modstand stemples som privilegerende producentinteresser, som et elitært forsvar for særlige privilegier eller som forsøg på at undgå

ansvarlighed og gennemskuelighed. I en egalitær og demokratisk kultur (men en kultur, hvor ingen interesserer sig for lighed i lønindkomst og rigdom) er det let at fremsætte den slags anklager og svært at modvirke dem. Den almindelige befolkning bliver af de nye ledere mobiliseret mod disse krav om særlige rettigheder eller magtbeføjelser (Hirst 1997:111-112)

Et generelt træk ved markedsstyrings- og new public management strategierne er, at fokus forskydes fra "input" og proces mod "output". Markedsstyrings- og new public management strategier anvendes først og fremmest, hvor det er muligt at formulere relativt entydige kvantitative mål. Det muliggør en ny form for adskillelse mellem "politik" og "forvaltning" eller, som det ofte udtrykkes, "bestiller" og "leverandør" eller "producent". Kontraktstækningen, output orienteringen og adskillelsen mellem det politiske niveau, der fastsætter resultatkrav og den institution eller "leverandør", der udfører opgaven, kan indebære en forskydning i forståelsen af given offentlig eller offentligt finansieret aktivitet fra "myndighedsudøvelse" til "ydelse" eller "vare". Varegørelsen af offentlige eller offentligt finansierede opgaver og adskillelsen mellem "bestiller" og "leverandør" åbner for ligestilling mellem forskellige "leverandører" uanset om de organiseret i offentligretlig eller privatretlig form og dermed for en fælles regulering af opgavevaretagelsen. Det giver problemer i forhold til den almindelige forvaltningslovgivning. F.eks. omfatter adgangen til offentlighed og ombudsmandsprøvelse som udgangspunkt kun virksomhed, der ikke alene finansieres, men også formelt udføres indenfor rammerne af den offentlige sektor. I modsætning til EU retten, der i sin kategorisering af hvad der er offentligt og hvad der er privat, også lægger vægt på spørgsmålet om hvordan en given aktivitet finansieres (gennem skatter eller på kommercielle vilkår) så anlægges der i den danske forvaltningsretlige tradition alene formelle kriterier: alle aktiviteter, der sker inden rammerne af de traditionelle offentlige strukturer (stat, kommuner m.v.) anses som udgangspunkt som offentligretlige med mindre at det i lovgivningen udtrykkeligt nævnes, at de er af privatretlig karakter, eller, og i praksis af større betydning, hvis de er organiseret på et retligt grundlag, der traditionelt betragtes som af privatretlig karakter, f.eks. aktieselskaber, anpartsselskaber eller foreninger.

Den ny adskillelse mellem "det politiske niveau" og "det udførende niveau" kan frisætte det politiske niveau - og den politiske diskurs – til alene at fokusere på

”hvad” uden at forholde sig til ”hvordan”. Det kan føre til opprioritering af målbare ”short term” politiske mål, mens varetagelsen af ”long term” politiske mål henskydes til det judicielle system. Herudover rejser etableringen af de nævn og råd eller de nye netværk næppe i sig selv nye problemer, men aktualiserer kendte problemer, f.eks. hvordan sikrer man varetagelse af individuelle interesser i institutioner, der hviler på inddragelse af kollektive interesser og nye problemer, hvordan sikrer man de potentielt svagere interesse (f.eks. forskningsfrihed) i sektoroverskridende netværk m.v. Forskydningen mod output har mere vidtrækkende konsekvenser. Kontraktstyringen indebærer en formel retliggørelse, der åbner for en bredere indtrængning af privatretlige forestillinger og koncepter i offentligretstænkningen, f.eks. i forestillinger om ”berettigede forventninger”, ”forbrugerrettigheder” og andre former for rettighedstænkning. En udvikling, der i sig selv vil kunne styrke den individuelle retssikkerhed – for de, der har kapacitet til at hævde deres rettigheder – men også vil bidrage til øget inddragelse af domstolssystemet og ikke mindst advokater i konflikter om offentlige og offentligt finansierede opgaver,

Forskydningen mod output, kontraktstyring og individuelle rettigheder vil også kunne føre til en fornyet formalisme. Rettssociologiske undersøgelser i Vesteuropa og USA peger på, at parterne i kontraktrelationer ofte opererer med forestillinger om to adskilte normsystemer: det formelle juridiske system, der netop gennem sin formalisme støtter den første etablering af kontakt i forbindelse med indgåelse af kontrakt og danner grundlaget for de videre forhandlinger, der imidlertid typisk forestilles baseret på andre end ”rent juridiske” regler, dvs. på informelle eller associative normer, der er baseret på personlige relationer og gensidig tillid:

”Men når aftalen skal implementeres, har parterne brug for andre mekanismer. Strukturen er blevet så kompliceret i moderne samfund, at de eksisterende formelle rammer slet ikke dækker virkeligheden. Man har brug for relationelle regler af en anden art. Juridiske regler virker ikke motiverende (..) Juristen kan i beslutningsprocessen (den indledende fase) tilføre økonomien en nyttig etik, som skaber en sikkerhed, medens juristen i forhandlingsfasen snarere virker som en lyseslukker end en inspirator til en videre udvikling” (Blegvad 1987).

Sådanne samspil mellem formel kontrakt og en mere informel forståelse mellem parterne, der udvikles indenfor rammerne af kontrakten, er imidlertid ikke

uproblematisk i et offentligretligt perspektiv. Her vil hensynet til ”rene hænder”, skabelsen af tillid og troværdighed til den offentlige myndighed som netop myndighed kunne føre til meget skarpe grænser for hvilke informelle relationer, der vil kunne tolereres indenfor rammerne af en (kommerciel) kontrakt. Den offentligretlige formalisme understøtter og understøttes af kontraktsrettens formalisme, men udelukker samtidig at kontraktsforholdet suppleres af de associative normer, der udgør den anden pol i den kontraktsretlige tænkning. Det illustreres med al tydelighed af de regler, der gælder i forhold til offentlige udbud. Ved udveksling af ydelser af omfattende og/eller kompleks karakter vil der typisk være et særligt behov for udvikling af tætte relationer, der sikrer en smidig tilpasning af kontrakten. Sat på spidsen vil den offentlige myndighed komme til at stå overfor et valg mellem *enten* at holde sig strikt til kontraktens ordlyd og dermed risikere en mindre tilfredsstillende opfyldelse af kontrakten *eller* at etablere tætte relationer og dermed risikere kritik for manglende overholdelse af reglerne – eller ånden bag reglerne - om offentligt udbud og habilitet (Battrup 2003). På den ene side censurerer offentlige myndigheders grundlæggende offentligretlige karakter hvilke former for midler, der – uanset om de i sig selv kan være legale – ofte vil være illegitime eller direkte ulovlige at tage i anvendelse ved håndhævelsen af offentlige kontrakter, f.eks. informel inddragelse af tredjemand, rygtespredning, o.lign⁵. På den anden side vil kontraktsrettens formalisme, instrumentalisme og individualisme kunne presse de associative retsformer, der baseret på lokale aftaler, kotypier eller sædvaner – og uanset alle forestillinger om enstrengede kompetencestrukturer – til stadighed har kunnet findes indenfor rammerne af den offentlige sektor. I en dansk sammenhæng bl.a. den offentlige arbejdsret (Petersen, 1991), kommunalretten (Battrup 1992), kirkeretten (Christoffersen, 1998) og sikkert også megen anden institutionsorienteret ”speciel forvaltningsret” (Christoffersen 2001). I et retssikkerhedsperspektiv er det vigtigt at udvikle metoder til at ikke alene at håndtere diskrepans mellem kontraktsrets- og offentligretstænkningen, men også den formale ret og associative retsformer.

⁵ Retssociologen Katryn Hendley og økonomerne Peter Murrell og Randi Ryterman sonderer i en undersøgelse af virksomheders strategier i håndhævelsen af kontrakter mellem 7 typiske strategier og håndhævelsesformer (a) relational contracting/personal pressure, erosion of trust; (b) self-enforcement/ calculative trust based on future interactions; fear of erosion of reputation; (c) third part enforcement/ telling others, e.g. other enterprises: shame, lost economic opportunities from group; (d) private enforcement/private arbitration, judgment of impartial actor; (e) state administration/ state munificence or harm; (f) “shadow of law”/

Ret og metaforer

Et gennemgående schemata i vestlig tænkning er sondringen mellem norm og kalkulation, adækvanslogik og konsekvenslogik eller konstitutionalisme og instrumentalisme. Sondringen kan – udtrykt forenklet - spores tilbage til pavekirkenes imperiale bestræbelser i middelalderen, fra Augustin af Hippo (354-430) og hans lære om de to autoritetsformer *lex aeterna*, den evige/sakrale lov, som er absolut og baseret på åbenbaring eller autoritativ læsning af den hellige tekst, henholdsvis *lex temporalis*, den tidsbundne, profane/verdslige lov baseret på fornuften og relativ, der – næsten 1000 år senere – blev gentaget i Thomas af Aquinas' (1226-1274) lære om stats- og retsbegrebet, hvor kirken og staten hver for sig er suveræne autoriteter, men med kirken som den grundlæggende eller mest autoritative institution. Den religiøse oprindelse illustreres med fuld styrke i moderne retstænkning af Durkheims, Mauss' og Huvelins spekulationer om forbindelserne mellem offentligret/strafferet, religion og autoritetstro henholdsvis privatret, magi og kalkulation eller bare beherskelse (Cotterrell 1999:96). Men selvom sondringen lader sig spore langt tilbage, er det først med renæssancens opgivelse af det middelalderlige verdensbillede med en fast placering af jord, himmel og helvede, at forestillingen om de to dimensioner for alvor skilles ad, polariseres og – i det mindste hvad angår den anden position – menneskeliggøres. Banen var kridtet op for den kommende adskillelse – spænding og mulighed for stadig forskydning – mellem ”bør” og ”er”.

De to dimensioner, autoritetsorientering og kalkulation lader sig i praksis ikke fuldt ud adskille. James D. March og Johan P. Olsen illustrerer i ”Rediscovering Institutions” de to positioner med henvisning til retlig tænkning versus økonomisk tænkning. Illustrationen uddybes med et citat af en amerikansk dommer, der beskriver dommerens anvendelse af ret i en retssag. (March & Olsen 1989: 25). Beskrivelsen mangler imidlertid to vigtige elementer. Bortset fra den inkvisitoriske proces, der i demokratiske retsordener kun anvendes i forberedende undersøgelser, vil komplicerede sager typisk blive behandlet af et *kollegium* af dommere, og der vil optræde *advokater*. Advokaterne er lige så bundet af loven som dommerne, men varetager parternes per definition partiske interesser, hvorfor deres fortolkning altid

threats to go to court, negotiated settlement; (g) legalistic, court system/court order (Hendley, Murell & Rytermann 2001)

vil eller bør indebære et element af kalkulation. De to positioner, de *upartiske* dommere og de *partiske* advokater, optræder altid i et dialogisk samspil. Polariseringen mellem de to positioner, mellem dommeren og advokaten eller mellem Loven og Kontrakten og en polarisering mellem de metaforer, der vil kunne knyttes til de to positioner har aldrig været særligt dækkende og kan få katastrofale konsekvenser i stærkt heterogene ordener: Hvad, hvem eller hvis ord er den ufravigelige eller indiskutable autoritet? I det mindre kan den føre til polarisering og yderligere formalisering af den formelle ret, der forringer dens muligheder for at håndtere diskrepans og dermed også for at sikre effektivitet og ikke mindst retssikkerhed i betydningen respekt for de involverede relationer. En af de få retsteoretikere, der har forsøgt at formulere metaforer om senmodernitet, der afviser den klassiske polarisering, er den portugisiske retssociolog Boaventura de Sousa Santos. I et ambitiøst forsøg på at indfange rettens betingelser i postmoderne samfund, har han fremført den tese, at den post- eller senmoderne ret i det store og hele kan indfanges med tre metaforer: the Baroque, the South og the Frontier. *The Baroque* karakteriserer den retlige tradition, retorikkens eller den fint forshirede og genneminstitutionaliserede ret, som imidlertid også kan dække en svaghed gennem konform dramatisering af relationer og interaktioner. *The South* karakteriserer den ret, der er så autoritær, at det næsten er meningsløst at tale om ret og ikke bare magt. Det er undertrykkelsens og de illegale immigranternes ret, produktet af kolonisering, imperialisme og dominans og baseret på nærmest udskrivning af retten. Enhver tale om retssikkerhed – endsige refleksivitet og responsivitet - er kun relevant i forbindelse med håb om forandring. Arbejderbevægelser, borgerretsbevægelser, kvindebevægelser og minoritetsbevægelser m.fl. dokumenterer, at det langt hen er muligt over tid at rykke relationer fra den ene til den anden type ret, fra ”syden” til ”barokken” eller fra næsten eksklusion mod anerkendelse i den formelle ret og at vejen til tider kan gå over en udtalt rettighedsorientering eller radikalt legalistisk strategi. Men, med et citat af den amerikanske retsteoretiker Pierre Schlag, så er “advocating progressive legal change” ikke ensbetydende med “advancing progressive legal change” (Schlag 1999). Legalistiske strategier kan have deres pris og det gælder ikke mindst de tab, som kan opstå ved at italesætte relationer i et rettighedssprog. En anden måde at overkomme gabet på kan derfor en tredje form for ret, *the Frontier*. En manøvretygtighedens ret, der giver rum for kreativitet, bevægelighed og sameksistens. En ret, der kan sætte sig udenfor sig selv, at bevæge sig ind i ”an

empty space, in a time between times, to live in the margins without living a marginal life". Det kræver kapacitet til refleksivitet, til at stille sig på kanten eller midt i vadestedet og på sammen tid forsøge at se udefra og ind og indefra og ud, eller til at være opmærksom over for såvel det centrale som det marginale (Sousa Santos 1995/2001)

Referencer

- Ernst Andersen (1940): *Administrativt tilsyn med Kommunalforvaltningen: en Studie indenfor den offentlige Ret*. Gad
- Poul Andersen (1965): *Danske forvaltningsret: almindelige emner*. 5 udgave. Gyldendal
- Britt-Mari Blegvad (1987): *Institutionelle rammer og økonomiske vækst*. Arbejdspapir. Institut for Organisation og Arbejdssociologi, Handelshøjskolen, København
- Gerd Battrup (2003): "Lokal arbejdsmarkedspolitik i Polen: institutionsopbygning, modernisering og tilpasning til EU-retten" i Klaus Nielsen (red): *Institutionel teori: en tværfaglig introduktion*. Samfundslitteratur og Roskilde Universitetsforlag
- Gerd Battrup (1992): *Det kommunale selvstyre i retlig behyning*. Samfundslitteratur
- Gerd Battrup (1989): "Råd og andre særlige forvaltningsorganer: en skitse til en retlig systematisering". *Nordisk administrativt tidskrift*. Årg. 70, nr. 2
- Caldeira & Gibson (1996): "The legal cultures of Europe", *Law and society review*, Vol. 30, No. 1, s.55-85
- Bent Christensen (1958): *Nævn og råd*. Gads Forlag
- Bent Christensen (1987/1997): *Forvaltningsret: opgaver, hjemmel, organisation*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2. udg.
- Lisbet Christoffersen (1998): *Kirkeret mellem stat, marked og civilsamfund*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Lisbet Christoffersen (2001): "The Changing Position of the Individual in Danish Welfare Law", i Kevät Nousiainen, Johanna Niemi-Kiesilainen m.fl. (red.): *Responsible Selves. Women in the Nordic Legal Culture*, Ashgate
- Roger Cotterrell (1999): *Emile Durkheim. Law in a Moral Domain*. Edinburgh University Press
- Yves Dezalay & Bryant Garth (1996): *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, University of Chicago Press
- Lawrence M. Friedman (1994): "Is There a Modern Legal Culture" i *Ratio Juris* p. 117-131
- Jens Garde & Karsten Revsbech (2002): *Kommunalret*. Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Anthony Giddens (2002): *Runaway world: how globalisation is reshaping our lives* Profile
- Erik Harder: *De kommunale opgaver: kommunalfuldmagten*. Juristforbundets forlag, 1965
- Gorm Harste (2003): "Fra statsræson til demokratisk retsstat – Luhmann og Foucault om magtdelingens betydning", i Christian Borch og Lars Thorup Larsen (red). *Perspektiv, magt og styring. Luhmann & Foucault til diskussion*. Hans Reitzels Forlag
- Paul Heelas, Scott Lash & Paul Morris (1996): *Detraditionalization: critical reflections on authority and identity*. Blackwell Publishers
- Katryn Hendley, Peter Murrell & Randi Ryterman (2001): "Law, relationships and Private enforcement" i Rudolf v. van Puymbroeck (eds.): *Comprehensive Legal and Judicial Development*, The World Bank, Washington D.C
- Carsten Henrichsen (1997): *Retsikkerhed og moderne forvaltning: en retspolitisk studie i samspillet mellem stat, forvaltning og borger*. Akademisk Forlag
- Carsten Henrichsen (2001): *Moderne retsvidenskab: bidrag til den nordiske debat om retsstat, legalstrategier og juridiske metode*. Jurist- og Økonomforbundet

- Wolf Heydebrand (2001): "From Globalisation of Law to Law under Globalisation", i David Nelken & Johannes Fesst (eds): *Adapting Legal Cultures*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon
- Paul Hirst: *Globalisering, demokrati og det civile samfund*. Hans Reitzels Forlag, 1997
- Eric Hobsbawn & Terence Ranger (1993): *The invention of tradition* Cambridge University Press
- Claus Haagen Jensen: *Kommunalret*, Djøfs forlag 1972
- Bernard S Jackson (2000): "Literal Meaning: Semantics and Narrative in Biblical Law and Modern Jurisprudence", *International Journal for the Semiotics of Law*. 12: 433-457
- Bob Jessop (2000): *Globalisering og interaktiv styring*, Roskilde Universitetsforlag
- Ole Krarup (1969): *Øvrighedsmyndighedens grænser*. Studier fra Det Retsvidenskabelige Institut ved Københavns Universitet. Juristforbundets Forlag
- Karl-Heinz Ladeur (1997): "Post-Modern Constitutional Theory: A Prospect for the Self-Organising Society", in *Modern Law, Review*, Vol. 60,
- Jørgen Lotz (2000): *Retfærdighed eller økonomi i den offentlige sektor* 9. udgave. Danmarks Forvaltningshøjskole
- James D March & Johan P. Olsen (1989): *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, the Free Press, New York
- Montesquieu ([1757]1998): *Om lovenes ånd*, bd. 1. Gads Forlag
- Lars Nordskov Nielsen (1999): "Bredt sammensatte råd og udvalg i det demokratiske landskab" i Flemming Balvig og Jørn Vestergaard (red): *Vilkårene i den retspolitiske debat. Ret og etik – kundskab og magt*. Det retsvidenskabelige institut D, Københavns Universitet.
- Ove Kaj Pedersen (2000): "Den demokratiske mellemtid. Den politiske dagsorden - en ny institution", i Ove Kaj Pedersen m.fl. (red) *Politisk journalistik*. Center for Journalistisk og Efteruddannelse. Forlaget Ajour, Danmarks Journalisthøjskole, 2000
- Hanne Petersen (1991): *Informel ret på kvindearbejdspladser: en retsteoretisk og empirisk analyse*. Akademisk Forlag
- Michel Rosenfeld (1994): *Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy: theoretical perspectives*. Duke University Press
- Steen Rønsholdt (2002): *Forvaltningsret: retssikkerhed, proces, sagsbehandling* Thompson – GadJura
- Pierre Schlag: *The Enchantment of Reason*. Duke University Press, 1999
- Martin Shapiro (1999): "The European Court of Justice" in Paul Craig & Gráinne de Búrca (eds.) *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999
- Boaventura de Sousa Santos (1987): "Law: A Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, Vol. 14
- Boaventura Sousa Santos de (1995/2001): *Toward a new common sense: law, science, and politics in the paradigmatic transition*. Routledge, New York
- Robert Summers & Neil MacCormick (eds.) (1991): *Interpreting statutes: a comparative study*. Dartmouth
- Robert Summers & Neil MacCormick (eds.) (1997): *Interpreting precedents: a comparative study*. Dartmouth Publishing
- Alec Sweet Stone (2000): *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press
- Günther Teubner (1988): Refleksiv ret: udviklingsmodeller for retten i sammenlignende perspektiv, optrykt i Asmund Born (ed) *Refleksiv ret*. Nyt fra Samfundsvidenskaberne
- Vibeke Vindelev og Hanne Petersen (2000): "En samtale om ret i bevægelse" i Peter Blume (red). *Grundrettigheder*. Jurist og Økonomforbundets forlag

- Agnete Weis Bentzon & Torben Agersnap (2002): „Dommerrollen i en tid med globalisering og multikulturalisme“ i Hanne Petersen (red.) *Globalisering, ret og retsfilosofi*. Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Henrik Zahle (2003): ”Uredelighed i forskningen” i *Ugeskrift for Retsvæsen* nr 9 (1 marts 2003) s. 91-100
- Stefan Zweig ([1944] 2002): *Verden af i går: en europæers erindringer*, 4. udgave. Signet

RESEARCH PAPERS from the Department of Social Science

To obtain a copy:

The papers can be downloaded free from the following address:

<http://www.ssc.ruc.dk/>

Paper-ready copies can also be obtained at a price of 40 DKK

Request and order for paper-ready copies can be made to the following address:

Secretary Janni Villadsen

Department of Social Sciences

Roskilde University

P.O box 260

4000 Roskilde

Phone +45 4674 2597

Fax + 45 4674 3080

Research Paper no. 1/99

Jesper Jespersen, Jørgen Birk Mortensen and Rasmus Rummel:
Bæredygtig energianvendelse og økonomisk vækst 'Hvad skal der til? – Hvad koster det? '
Nogle konsekvensberegninger gennemført ved hjælp af Makro og miljømodellerne Adam og Emma.

Research Paper no. 2/99

Jakob Torfing:
Velfærdstatens ideologisering

Research Paper no. 3/99

Eva Sørensen:
Democratic governance and the changing role of users of public services

Research Paper no. 4/99

Gunnar Skogmar:
The United States, Euratom and European Integration 1955-1957.

Research Paper no. 5/99

Peter Bogason:
Public Administration and the Unspeakable:
American Postmodernism as an Academic Trail of the 1990s.

Research Paper no. 6/99

Susana Borrás

The Cognitive Turn(s) in EU Studies