

Refleksiv rett – frihet og rettferdighet?

Av Hans Petter Graver

Oslo, november 1985

Kjære Kirsten,

det er vanskelig å skrive brev. Spesielt vanskelig er det når man uten annet mandat enn egen lyst skal trække opp sporene etter Tove og Lala. Ikke fordi de har sagt alt som kan sies, men fordi de har sagt viktige ting på en fruktbar måte. Tove og Lala griper fatt i hver sin ende når de skal svare på spørsmålet om hvordan vi som kritiske jurister kan arbeide for frihet og rettferdighet. På den måten får de frem både viktigheten av å arbeide for frihet og rettferdighet her og nå og betydningen av utopiske visjoner. Kanskje har forskjellen i innfallsvinkel sin forklaring i at de skriver som mann og kvinne? Antakelig har det det. Men for nærmere å få belyst hva dette betyr for at vi kritiske jurister skal kunne forene våre krefter på de områder hvor vi har felles interesser, skriver jeg til deg.

Hvorfor skriver så akkurat jeg? Jeg tror vi står på terskelen av en debatt som er nødvendig og inspirerende og som kan bli av betydning i alle fall for mitt virke som kritisk jurist. I likhet med legalstrategidebatten går den direkte på vår rolle og våre muligheter som kritiske jurister. I motsetning til legalstrategidebatten tror jeg den bygger på et konstruktivt grunnlag. Et grunnlag som kan gi svar på om vi kan tenke oss et fremtidig samfunn basert på rettferdighet uten store maktkonsentrasjoner i stat, organisasjoner og næringsliv. Et grunnlag som kan gi svar på om det finnes anti-autoritære elementer i jussen. Et grunnlag som kan gi svar på om jussen kan utvikles og brukes nedenfra, for å støtte opp om samliv og medmenneskelighet, og ikke som i dag for å sikre herredømme og makt og beskyttelse for dette. Den borgerlige rettsstat sikrer også i en viss grad mennesker mot overgrep, men Marx analyser har jo vist oss at dette er som en konsekvens av at makten og maktutøvelsen sikres.

Kvinneretten har lært oss mye om hvordan retten fungerer – og hvordan den ikke fungerer – som er viktig for svaret på slike spørsmål. Bl.a. har analysen av rettsreglene ut fra et kvinneperspektiv med utgangspunkt i trekanten forsørgelse – trygd og arbeid vist oss hvordan kvinner og kvinneproblemer er »borte« i

rettssystemet. Dette viser hvordan retten ikke bare definerer det som skal være, men også det som er. Sammen med rettsreglene hører et sett av oppfatninger, vurderinger og forestillinger om »virkeligheten«. Disse er så knyttet til rettsreglene at man kan snakke om et rettslig verdensbilde eller en juristskapt virkelighet. Dette betyr at når vi skal ta stilling til hvordan vi mener rettsreglene bør være må vi også ta stilling til hvordan vi mener virkeligheten ser ut og skal se ut. Det hjelper ikke å endre rettsregler enkeltvis hvis vi ikke samtidig kan endre på hvordan man skal, og hvem som skal definere den sosiale sammenheng som reglene skal inngå i. Det er mulig dette er banalt for deg. For meg er dette lærdom jeg har fått første gang da jeg leste kvinnerettslige arbeider. Den konsekvens jeg trekker av det er f.eks. at jeg tror det nytter lite å gi undertrykte grupper rettigheter overfor deres undertrykkere uten at man samtidig går inn og omdefinierer rollene som undertrykt og undertrykker. Heksene hadde ikke mye glede av de rettsikkerhetsgarantier som hekseprosessene var omkranset av. Beskyttelse fikk de først da øvrigheten sluttet å tro på hekser, og dermed å definere enkelte kvinner som hekser.

En annen viktig lærdom jeg har fått av kvinnerettslige arbeider er begrensningene i mulighetene til å regulere rettslig mellommenneskelige forhold. Etter at Aubert, Eckhoff og Sveri i to undersøkelser forsøkte å forklare den norske hushjelplovens manglende virkninger, kom Tone Sverdrup 25 år etter med løsningen. Så opplagt, og dermed så riktig: i de tette mellommenneskelige forbindelser som finnes i et hjem er ikke rettsregler særlig relevante for samhandlingssituasjonen. Det måtte en kvinnerettsjurist til. Denne erkjennelse må få vidtrekkende følger for vårt syn på retten i fremtiden. Det er jo ikke bare i hjemmet at man står i mellommenneskelig kontakt med andre mennesker. Enhver som har handlet i en nærbutikk hvor man kjenner betjeningen vet jo at forbrukerrettigheter er en ting, mellommenneskelig samhandling en annen. Dette betyr ikke at man må eller skal finne seg i alt, eller at rettighetstenkning er uten betydning i slike sammenhenger. Men det er en erkjennelse vi må ta hensyn til når vi skal ta stilling til graden og innholdet av rettslig regulering av slike situasjoner. Habermas griper noe av dette når han skiller mellom retten som medium og retten som institusjon. Med retten som medium tenker han på der rettsregler fastsettes og begrunnes som midler for å realisere bestemte målsettinger. Slik begrunnet får rettsreglene sin legitimitet om de er fastsatt i henhold til de kompetanseregler som gjelder. Med retten som institusjon tenker han på rettsregler og rettferdsforestillinger som finnes hos menneskene i ulike sosiale sammenhenger. Dersom det fastsettes regler som skal inngå som institusjon, er de legitime bare om de innholdsmessig er akseptable for folk. Ser vi f.eks. på en del forbrukerrettslige regler, så kan vi forklare deres virkning med utgangspunkt i disse skille-
ne. De regler vi har, er fastsatt ovenfra for å være virkemidler for å realisere fordelingspolitiske målsettinger mellom selger- og kjøpergruppen, og for å bidra til

at forbrukerklager kan effektivisere markedsmekanismen. Men dette fører til at jeg blir et middel i statens tjeneste når jeg krever min rett, og likeledes at jeg gjør min kjøpmann til et middel – for meg og for staten. Når jeg får vite at min kjøpmann er avskåret fra å søke regress hos leverandøren fordi reglene ikke er pre-septoriske i dette ledd, så finner vi kanskje en måte å fordele tapet på. Kanskje bytter han varen den ene gang, mens jeg unnlater å ta opp mindre ting en annen gang. Skulle vi diskutere kjøpsrett hver gang jeg syntes jeg hadde grunn til misnøye, tror jeg ganske snart han ville begynne å uglese meg, og jeg ville begynne å se meg om etter en ny butikk. Det er vel ikke for ingenting at dagligspråket belønner den som i overdreven grad står på sin (legitime) rett med negativt ladete ord som »retthaveri« og »kverulanse«. (I parentes bemerket er det vel samme type forestillinger som ligger til grunn for at jurister ikke alltid volder like stor lykke i selskapslivet).

En tredje ting jeg vil fremheve er hvordan det er kvinneverettsjurister og kvinner i kvinnebevegelsen som i alle fall i Norge virkelig har satt vår statsskizofreni på spissen. Jeg tenker her særlig på kriminaliseringsdebatten i forbindelse med kvinnemishandling, prostitusjon og pornografi som er referert bl.a. i siste nummer av Kritisk juss og som var tema på Gjendesheimseminaret. Denne debatten har gått ned i dybden i vårt syn på staten og hva staten og retten kan og bør brukes til av venstresiden. Selv de som går inn for kriminalisering har vist at slike forslag kan være konstruktive om de kobles til et samtidig krav om avkriminalisering. Selv om jeg ikke er enig med dem som går inn for kriminalisering, har de i alle fall vist at dette er spørsmål som det ikke er så lett å avfeie som jeg opprinnelig mente.

På den annen side opplever jeg av og til at kvinneverettsjurister er raske til å avfeie meg og andre menn som abstrakte eller uinteressante når vi griper problemer som frihet og rettferdighet fra vår kant. Jeg synes Tove har noe av det når hun skriver at modellene om den refleksive retten kan ha veiledende verdi som utopi, men bare være et mulig tillegg som politikk i dag. Her er det jeg mener at Lala og Tove snakker i hver sin ende av problemstillingen. Lala snakker jo nettopp i sitt brev om det utopiske, mens Tove snakker om politikk i dag. Det som for meg var det fruktbare i Lalas brev, forsøket på å konkretisere og beskrive en visjon, forholder Tove seg i liten grad til. Grunnen er sikkert at det ikke først og fremst var dette som var det fruktbare for henne. Og det er på dette punkt kanskje forskjellen mellom mannsverden og kvinneverden viser seg.

Vel er vi motstandere i kjønnskampen. Men nettopp dette burde jo være en grunn til at vi sammen forsøker å utpensle kriteriene for det gode samfunn.

Det er mulig at menn har et større behov for dette enn kvinner. Kvinner har kanskje det utopiske mer »i seg« nettopp i det at de er kvinner, og kan se for seg visjonen om et samfunn hvor de kan leve seg ut som kvinner, på like vilkår som at menn kan leve seg ut som menn. For meg er imidlertid en visjon om at jeg

kan leve meg ut som mann ikke tilstrekkelig som en visjon om det gode samfunn fordi det ikke er her jeg føler problemet ligger for meg. Dessuten har jeg ikke så lett for å forestille meg hva det vil bety for meg og mine brødre at våre søstres kvinnelig og kvinnelige egenskaper ikke lenger skal være underordnet våre mannlige og mannlige egenskaper. I alle fall har jeg vanskelig for å forestille meg hva dette vil innebære for retten i det gode samfunn, og for bruk av retten og en kritisk juridisk holdning for å realisere dette. Derfor føler jeg at det er viktige spørsmål for en kritisk rettsteori som kvinneretten og feministisk rettsteori ikke gir svar på. Det er mulig at dette skyldes manglende kunnskaper fra min side. I så fall er jeg åpen for, og har ønske om hjelp til å orientere meg. Innen det har jeg likevel lyst til å peke på noen spørsmål som jeg synes er viktige for å kaste lys over disse problemene.

Spørsmålene knytter seg til forholdet mellom det utopiske, og politikken i dag. Det er forholdsvis lett å arbeide for kortsiktige politiske målsettinger, både som jurist innen retten, og i andre sammenhenger. Værre er det å forestille seg veien å gå mot de mer langsiktige mål. Her er det kanskje særlig vanskelig som jurist, selv om jeg kanskje har en følelse av at mange radikalere generelt har mistet mye av visjonene om innholdet av og veien mot fremtidens gode samfunn.

Retten blir lett et undertrykkelsesinstrument, selv når rettsregler settes inn for å ivareta gode formål og hensyn. Rettsreglene er abstrakte og behandler folk ved å plassere dem i generelle kategorier. Selv den mest brutale volds mann vil derfor vanskelig kunne få en behandling som fortjent, ut fra hans egne premisser, når han skal behandles i forhold til og etter regler som gjelder for andre voldsforbrytere, eller for andre typer av lovbrudd for dens saks skyld. Det som for andre fremstår som et brutalt overgrep, har alltid andre forklaringer når det ses i et individuelt lys. Dette gjelder ikke bare voldsforbrytere, men er et alment trekk når folk skal bedømmes i forhold til en plikt- eller rettighetsposisjon.

Nå kan man selvsagt si at det ikke er så farlig om folk som begår forferdelige handlinger får en reaksjon som er tilpasset deres egen individuelle opplevelses- og livssituasjon. En slik individuelt tilpasset samhandlingssituasjon er kanskje ikke mulig når den enkelte står overfor kollektivet. Men det er her vi kommer inn på det utopiske. Vi bør etter min mening strebe mot at folk i større grad kan inngå i samhandling på egne premisser, og i mindre grad på andres generaliserte og abstraherte premisser. Samtidig kan vi neppe tenke oss et fremtidig samfunn uten noen form for generelle normer som har en slik almen status at de kan karakteriseres som »rettsregler«.

Derfor bør vi strebe mot å klagjøre om det finnes måter å utforme regler på som innebærer mindre inngrep mot og som gjør mindre skade på folks muligheter til selvrealisering på egne premisser enn slike regler som danner utgangspunkt for bedømmelse av andre. Når vi bedømmer noen i forhold til en regel enten det er et straffebed, et pålegg eller en erstatningsregel, så ser vi systematisk

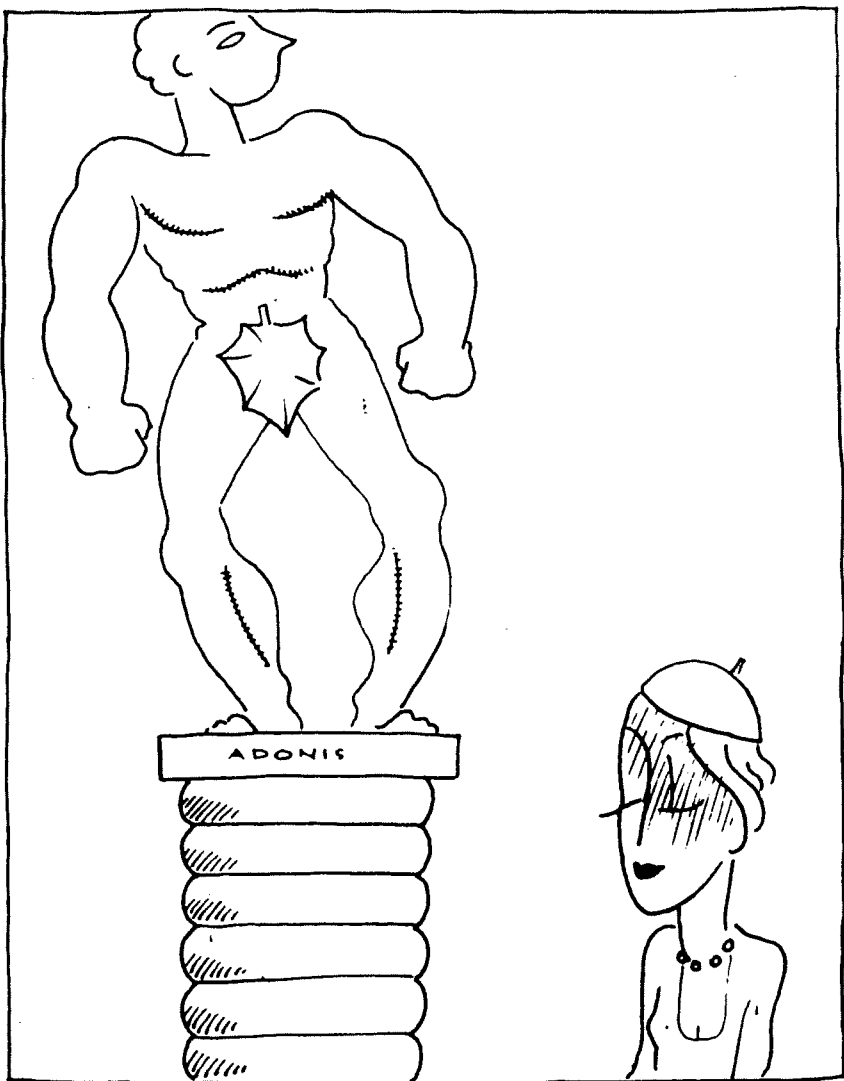
bort fra det individuelle ved en person og en situasjon, for å trekke ut det generelle og abstrakte. Vi bør derfor ha mindre av regler som gir kriterier for og anvisning på at det skal skje en bedømmelse, og mer av regler som gir muligheter for at folk selv kan karakterisere og øve innflytelse på sin egen situasjon og handlinger.

Her er det den »refleksive« retten gir perspektiver ved at den fokuserer på formene for menneskelig samhandling, snarere enn det konkrete innholdet av samhandlingen i den enkelte situasjon. Også dette er selvfølgelig et inngrep i det individuelle i situasjonen, fordi folk kan føle seg mer eller mindre hjemme i de ulike former for samhandling som er fastsatt. Noen liker å snakke med folk, andre liker å gi uttrykk for sin oppfatning ved å trekke seg tilbake, ved å avgi en skriftlig stemme etc. Men innholdet av det man gjør er vel likevel viktigere enn formene, så lenge kravene til formen ikke er slik at de utelukker mennesker og grupper som ellers også på forhånd står svakt med hensyn til å gjøre sine interesser gjeldende.

Slike tanker blir abstrakte, fordi de angår diffuse ting som vi ikke har gjennomdiskutert og som vi ikke har noen særlig praksis i forhold til. Derfor mener jeg det er viktig å søke å skaffe seg en praksis som kan være grunnlaget for en videre diskusjon. Du jobber bl.a. med rettslig regulering av barnehager. På et slikt konkret plan må det være mulig å utprøve en slik måte å tenke på. Barnehagene skal være gode for barna, de skal være en god arbeidsplass, og foreldrene skal ikke føle seg fremmedgjorte og tilsidesatte i forhold til det som skjer. Samtidig er de del av den kommunale planlegging og økonomi og inngår i det totale offentlige (og statlige) velferdstilbud. Slike tildels motstridende målsettinger kan søkes oppnådd gjennom rettslig regulering, hvor man fastsetter statens, kommunens, barnehagepersonalets og foreldrenes rettigheter og plikter. Dette vil gi en standardisert beskyttelse av de interesser man ønsker å ivareta. En annen måte å gå frem vil kanskje være å søke å finne frem til hvilke interesser som ofte kommer svakt ut, hvem som representerer disse og måter man kan søke å sikre at denne representasjonen blir styrket i den samhandling som skjer innen barnehagene, mellom barnehage og foreldre, mellom barnehage og kommune og innen kommunen.

Jeg jobber med regulering av sikkerhet bl.a. på arbeidsplasser, hvor en lignende innfallsvinkel kan legges til grunn. I stedet for å sette faste generelle krav til arbeidsmiljøet og sikkerheten, kan man søke å bygge opp selvreguleringssystemer innen den enkelte virksomhet som sikrer at de ulike interesser blir representert på en måte som harmonerer med de generelle interesseavveininger som dagens regelverk søker å være uttrykk for.

Slike analyser alene er klart normative idet de går på ulike måter å utforme regelverk på, uten hensyn til de underliggende materielle betingelser som ligger til grunn for dagens rettsregler. Slike analyser må selvsagt komme i tillegg i den



Brev fra Hans Petter Graver

aktuelle politiske avveining. Mitt poeng er imidlertid at vi ikke kan klare oss bare med slike materielle analyser, fordi utformningen av regelverket og fastlegging av hva som skal være gjenstand for regulering kan ha selvstendig betydning for hvor undertrykkende regelverket er og oppleves.

Dette opplever du kanskje som ganske luftige tanker, hva det jo også er. Likevel synes jeg det er grunn til å tro at det er tanker som kan være fruktbare, dersom vi er villige til å gå inn i dem og konkretisere dem. Med den erfaring dere kvinnerettsjurister har i analyser og bruk av retten for å bedre kvinners stilling burde dere kunne bidra til en nærmere konkretisering og en utprøving av om slike ideer er fruktbare og nyttig for utformningen av visjonene, eller om det bare er tomme skrivebordstanker. Oppgaven er for stor til at vi mannlige kritiske jurister kan klare den alene.

din, Hans Petter