

Indledning

Retfærd har gjennomgått en rekke forandringer i den senere tid. De ytre layoutmessige endringer er kanskje de som er mest kjente for våre lesere: Kunsten som preger forsiden, tilbakeleggingen til et tekstmessig en-spaltssystem, kun engelske sammendrag, samt den gradvise innføringen av en enhetlig house-style.

I tillegg til disse ytre forandringer har vi justert angivelsen av Retfærds grunnlag på kolofonsiden. Etter endringen heter det bl.a.:

»Retfærd. Nordisk juridisk tidsskrift er et peer-reviewed retsvidenskabeligt tidsskrift, som publicerer innovative artikler på høyeste videnskabelige niveau. I Retfærd analyseres retten fra en teoretisk og praktisk vinkel med baggrund ikke kun i jura, men også i sosiologi, kriminologi, politologi, historie, filosofi, økonomi, antropologi, økologi og andre videnskaber, som kan bidrage til en videreudvikling og perspektivering af kritisk retsvidenskab. Retfærd bidrager desuden til at afdække de dominansforhold, retten er involveret i, og sætter fokus på, hvordan retsvidenskaben kan virke som emancipatorisk videnskab.«

Med dette knesettes fire sentrale forhold som skal særmerke Retfærd: Det nordiske preg, den høye faglige standard, den brede faglige basis, og det normative aspekt.

Den nordiske profil kommer stadig til uttrykk både ved at de enkelte nummer redigeres av forskjellige nasjonale redaksjoner, samt at det enkelte nummer ideelt sett består av en miks av artikler fra de ulike nordiske land. Året 2007 var på et vis et merkeår både for understrekningen av det nordiske aspekt og den høye faglige standard: Det ble dette året dannet en redaksjonskomité i Island, noe som vil bidra til å styrke den nordiske profil, og tidsskriftet kvalifiserte seg som såkalt nivå 2-tidsskrift (eller elitetidsskrift) etter det offisielle norske UHR-systemet.

Den brede faglige basis har ved nyformuleringen av Retfærds grunnlag blitt ytterligere tydeliggjort: Det dreier seg om å anvende perspektiver og kunnskap fra disipliner som for eksempel sosiologi, politologi, historie, filosofi, økologi og antropologi, for derigjennom bl.a. å berike den kritiske rettsvitenskaps argumenttilfang, samt presisjons- og analysenivå. Denne brede faglige basis innebærer imidlertid også at artikler med et rent rettsvitenskapelig fokus er velkomne i Retfærd.

Det som kan kalles Retfærds »argumentative«, »praktiske« eller »normative« aspekt, har også gjennomgått endringer. Retfærds gamle politiske polarisering (for marxisme/sosialisme, mot kapitalisme), ble allerede på 1980-tallet erstattet av en målsetning om undersøkelse og bekjempelse av undertrykking i ulike skikkelser. Denne gang står vi foran nok en erstatning, dog slik at avdekking av undertrykking

av grupper erstattes av generell avdekking av dominansforhold, og hvor det vitenskapelige modus og de vitenskapelige krav søkes opprettholdt også for denne del av vår virksomhet (muligens innebærer dette siste mer at vitenskapsbegrepet enn Retfærds målsetning har vist seg moden for revisjon). Til tross for vesentlige omlegginger i angivelsen av Retfærds normative grunnlag, utgjør altså analyse og kritikk av makt og maktstrukturer stadig en vesentlig del av Retfærds normative målsetning og grunnlag.

Vi har i den nye grunnlagsangivelsen på kolofonsiden også påpekt at Retfærd ikke bare trykker artikler og bokanmeldelser. Det heter således at:

»Foruden videnskabelige artikler optager tidsskriftet i begrænset omfang også essays og diskussionsbidrag, som sætter højaktuelle temaer på den videnskabelige dagsorden og kommenterer dem i et kritisk perspektiv. Løbende bringes tillige korte boganmeldelser og anmeldelsesartikler.«

Budskapet er kort og godt at Retfærd har plass til aktuelle tekster på høyt nivå, uavhengig av om teksten i ytre form faller innenfor eller utenfor det typiske artikkel- eller bokanmeldelsesformatet. Med dette signaliseres det forhold at Retfærd setter aktualitet/realitet høyere enn formalitet.

Nærværende nummer av Retfærd er redigert av den norske redaksjonskomiteen.

The Role of General Principles in International Law and their Relationship to Treaty Law

AF CHRISTINA VOIGT, DR.JURIS., POST-DOC RESEARCHER, UNIVERSITY OF OSLO, DEPARTMENT OF PUBLIC AND INTERNATIONAL LAW

Summary: General principles play an important role in international law. They are referred to in international jurisprudence and relied upon in the course of treaty interpretation. Yet, their provenance and role remain obfuscated.

In the first part of this article the argument is made that provenance and legitimacy of general principles derive from three different directions: (i) From acceptance in a high number of domestic legal systems (from where they can be induced), (ii) from acceptance directly in an international setting (from where they can be deduced), and (iii) from natural law arguments. All three arguments are based on a shared understanding that these general principles exist and what they imply, based on an *opinio juris communis*.

The second part analyses the role of general principles in relation to treaty law. The role ascribed to general principles is relative to the classification of principles either as fundamental principles, fall-back principles, dynamic principles, or interpretation and conflict resolution principles. The particular function depends on the context and overlaps between those classifications exist. It becomes clear, however, that general principles provide an important dynamic element of international law by preventing treaty law from being 'outdated and irrelevant'. Importantly, general principles allow international law to grow and to respond to modern challenges.

Keywords: General principles, Normative foundation, State practice, *opinio juris*, Indeterminacy, Dynamism, Discretion, Self-contained regimes, *lacuna*, Fragmentation, Integration

1 Introduction

'International law is not rules. It is a normative system.' These are the first two sentences of *Rosalyn Higgins* acclaimed book *Problems and Process. International Law and how we use it*. Her point is that in order to secure the role of law, that is, the achievement of common values, such as freedom, justice, security, the provision of sufficient material goods to fulfil basic needs etc., it requires a normative system. A normative system, however, consists of norms which interlink and take account of the humanitarian, moral, political and social purposes of law.

Certainly, there are ‘rules’, which need to be determined and impartially applied in order to decide a case, but there is more to the normative foundations of international law than rules only. International law is a *process* – it is a system of constant renewal, dynamism and development. This entails that the sources of law cover a large spectrum with a sliding scale of normative force. Normative force behind this process can be expressed in many different ways; it is provided by – *inter alia* – policy considerations and soft law, by principles, custom, and treaties, just to mention a few.

This means that the normative foundations need constantly to be ascertained. Nothing is mechanistic or certain in this process of identifying legal sources and applying norms. It is also in this context that the traditional distinction between *lex lata* and *lex ferenda* becomes blurred and less relevant. Law as process can never only deal with law as it is. This would mean that it quickly becomes outdated and inappropriate. Rather, law as a process requires interpretation and choice of norms that are compatible with the values that are sought to be promoted and objectives sought to be achieved. In this context, as *Rosalyn Higgins* notes, ‘[i]t is only to a rule-based lawyer that this is to be classified as ‘law as it ought to be’, standing in contrast to ‘law as it is’.¹

One normative element of law, which most progressively supports the connotation of international law as a process are *general principles*. These principles are ‘an authoritative recognition of a dynamic element on international law, and of the creative function of the courts which may administer it.’² In law as a continuing process provide general principles for a ‘welcome possibility for growth’³, in which capacity they also contribute to the development of international law.

In this paper, I will argue *why* this is the case and *how* it becomes particularly apparent in relation to treaty-based law. In turn, I will attempt to, first, briefly define general principles, second, to say something about their grounds of legitimacy, before, third, investigating their nature. Fourth, I will examine their function in relation to treaty law and attempt to show how their dynamic power can be realized in different ways in this context. This fourth part will be backed up by examples. Finally, I will draw some conclusions.

1 R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford: Clarendon Press, 1994, reprinted in 2003), 10.

2 J. L. Brierly (H. Waldock ed.) *The Law of the Nations: An Introduction to the International Law of Peace* (Oxford: Clarendon, 1963), 63.

3 See M. Bos, *The Recognized Manifestations of International Law* (1977) 20 *German Yearbook of International Law*, 42.

2 General Principles

2.1 What are General Principles?

General principles of law recognized by civilized nations – or more appropriate: the community of nations – are a manifestation of international law. They are included in Article 38 para 1 lit. c of the Statute of the International Court of Justice and have been classified as a primary source. Still, no consensus among legal scholars exists as to the exact quality of this source. At a first glance, the normative force behind general principles appears to be limited of importance for three different reasons: firstly, international courts and tribunals have remained reluctant in their use and reference to general principles, secondly, general principles as such have limited use as independent formulations of enforceable obligations and have rarely been referred to as a basis for a legal claim, and, thirdly, legal scholars have contributed with their criticism to mark general principles a rather 'ambiguous source of law'.

At a closer look, general principles constitute a crucial element of international law, without which its effective functioning would be jeopardized. Without general principles, also progress and responsiveness of international law to modern challenges would be considerably constrained. Further, it is contended here, that it is largely due to general principles that international law can be defined as a *system*.

There is general agreement that general principles provide a valuable and jurisprudentially coherent supplement to treaty law and custom. Yet, it is impossible to grasp general principles without recourse to their provenance. Where do they come from?

2.2 Legitimacy, Validity and Provenance of General Principles

When setting out to identifying general principles one is faced with considerable uncertainty. Yet, it has to be kept in mind that there is general uncertainty about identification and status of *any* legal norm in international law. The question of provenance of norms in international law is far from settled. Therefore, no clear indications exist as regards the provenance of general principles.

When classifying general principles as a supplement to treaty and custom, they are seen as a category of norms which usually comes after those depending more immediately on the consent of states.⁴ The recourse to general principles suggested here, however, remains grounded in a consensualist conception of international law.

4 I. Brownlie, *Principles of International Law*, 6th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2003), 15

This conception implies that courts and tribunals can have recourse to general principles even though States have not given their express consent. Consequently, what is required for the establishment of general principles is the same kind of convincing evidence of general acceptance and recognition in order to arrive at customary law. However, this evidence is paralleled by State practice but can rather be seen as a variety of ways in which moral or humane considerations find a more direct and spontaneous expression in legal form.

General principles – being distinct from customary law – do therefore not depend on actual State behaviour. By reference to the dissenting opinion of *Judge Tanaka* in the *South West African cases (Second Phase)*, general principles extend ‘the concept of the sources of international law beyond the limit of legal positivism, according to which the States are bound only by their own will’.⁵ Likewise, *Bruno Simma* and *Philip Alston* submit that

‘General principles seem to conform more closely than the concept of custom to the situation where a norm invested with strong inherent authority is widely accepted even though widely violated.’⁶

Similarly, *Ben Cheng* regarded the practice element to be unnecessary in the context of general principle when he stated:

‘In the definition of the third source of international law, there is also an element of recognition on the part of civilised peoples but the requirement of a general practice is absent.’⁷

In the absence of general principles, international law would be nothing but the law of consent and auto-limitation of States. In this case, it has been warned, ‘the tasks of the Court would be limited to registering the acts of the powerful’.⁸ The behaviour and consent of States are thus not a necessary prerequisite to the recognition of general principles.⁹

But where derive general principles their legitimacy from?

5 Dissenting opinion, Judge Tanaka, *South West African cases (Second Phase)* ICJ Reports 1966, 298.

6 B. Simma and P. Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles* (1991) 12 Australian Yearbook of International Law, 102.

7 B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals* (London: Stevens, 1953), 24.

8 See PCIJ, Advisory Committee of Jurists, *Proces-Verbaux* of the Proceedings of the Committee, 1920, 319–320.

9 Dissenting Opinion by Judge Tanaka, in *South West African Cases*, ICJ Report 1966.

In my view, there are two major ways to legitimize the use of general principles: firstly, they can be *induced* from domestic legal systems, and, secondly, they can be *deduced* from international legal logic directly.

As regards the first alternative, general principles are those which can be derived from a comparison of municipal legal systems. If a principle appears to be shared by all – or the majority of – municipal law systems it may be transposed to the international level. Arbitral tribunals have resorted to municipal analogies. In the *Fabiani* case between France and Venezuela, the arbitrator had recourse to domestic public law on the question of responsibility of states for the acts of its agents – here denial of justice by a Venezuelan Court – in the exercise of their functions.¹⁰

Parties to cases before the International Court of Justice have at times conducted comparative studies of municipal law in order to invoke a general principle. For example, in the *Right of Passage over Indian Territory* case, Portugal argued that its right to passage from the coast to certain Portuguese enclaves on Indian territory was supported by the general principle of ‘rights of way of necessity’. To establish this principle, Portugal conducted a comparative study of this provision in various legal systems.¹¹ However, international courts, where they relied on the use of general principle, more often than not took resort without reflecting extensively on domestic law analogies. Where principles were applied as being represented in domestic systems, these principles themselves were not identified by way of detailed investigation of the respective national legal systems. The emphasis on acceptance in *foro domestico* was simply caused by the necessity to validate general principles in a reliable way; it cannot be read as closing the door to alternative means of objective validation.

The second alternative therefore suggests that general principles are primarily – or as some say, even exclusively – principles of international legal logic.¹² Excluding the possibility of domestic origin, *J.H.W. Verzijl*, for example, warns the international lawyer in the following way:

‘the nature of inter-state relationships differs so radically from that of relationships between individuals (private law) or between the Government or State and their subjects (public and penal law) that there is a very strong presumption against the possibility of applying the general

10 (1896) La Fontaine, 344, RIAA, 83.

11 *Right of Passage over Indian Territory*, Merits Judgement, ICJ Reports 1960. See reference by H. Thirlway, ‘The Sources of International Law’ in M.D. Evans, *International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2003) 117-144.

12 D. Anzilotti, *Cours de Droit international* (Paris: Recueil Sirey, 1929) 117; F. Castberg, *La méthodologie du droit international public* (1933) 43 Recueil des cours 313.

principles accepted in municipal orders for the latter groups of relationships without reservations or qualifications to the former group of interstate relations.¹³

Besides, some principles may not even be able to be traced back to municipal jurisprudence. Arguably, the principles of non-intervention, of non-interference in the internal affairs of other States, of sovereign right to exploit natural resources, of prohibition of use of force and even the principle of self-determination of peoples have rather minimal, if any, foothold in *foro domestico* of States.

However, it is far from established that general principles exclusively derive either from acceptance in *foro domestico* or from international law. The answer, it is suggested, lies somewhere in between, apparently encompassing both, domestic and international elements.

It has thus been said that general principles are norms recognized by the international community, whether the norm is derived from municipal law or not.¹⁴ They are norms 'of general validity which is manifested not in a single statutory provision, but usually by a group of mutually interdependent legal rules or their system.'¹⁵

Both approaches to identifying general principles have in common that there is a shared understanding by the members of the international community of their existence and their implications. Such a view is based on a 'common legal conscience'; an *opinio juris communis*,¹⁶ which can be found by comparing principles recognized in *foro domestico* or by investigating into the legal logic behind a normative statement in the international forum. If a normative statement can be shown to be part of the 'common legal conscience' it can be considered being a general principle.

The sources for such *opinio* may extend further than to states' behaviour, embracing the general sources of *opinio juris* (declarations, statements etc.) along with a wider spectrum of expressions of a 'legal animus', such as declarations, soft-law, and arguably even statements of international organizations. Eventually the conclusion must be that a mix of actors on the international law scene is relevant in the need for a broad consensus on which *opinio juris communis* is based.

However, there is also a third conception of legitimacy of general principles which links them to natural law – transposing pre-existing moral norms into the

13 J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Vol. I (Leiden: Sijthoff, 1968) 62–63.

14 P. Hulsroj, *Three Sources – No River: A Hard Look At the Sources of Public International Law with Particular Emphasis on Custom and »General Principles of Law«* (1999) 54 *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 245. B. Simma and P. Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles* (1991) 12 *Australian Yearbook of International Law*, 102, fn 85.

15 G. Herczegh, *General Principles of International Law and the International Legal Order* (Budapest: Akadémiai Kiadó, 1969), 36.

16 Ibid.

legal system. This view questions the need for back-up of general principles by acceptance and recognition in legal systems. *Louis Henkin* stated in this respect:

[P]rinciples common to legal systems often reflect natural law principles that underlie international law ... [I]f the law has not yet developed a concept to justify or explain how such general principles enter international law, resort to this ...source seems another example of the *triumph of good sense and practical needs* over the limitations of concepts and other abstractions.¹⁷

To sum up, in this section we explored the following:

- General principles remain an ambiguous source of law.
- They are generally based on the acceptance and recognition by States.
- State practice, which is a requirement for custom, is not necessarily a precondition for general principles to emerge.
- The grounds for their legitimacy derive from three different directions:
 - Acceptance in a high number of national legal systems (from where they can be elevated to the level of international law by way of analogy).
 - Acceptance directly on the international level (from where they can percolate down into domestic fora), and
 - Natural law arguments.
- All three arguments are based on a shared understanding that these general principles exist and what they imply, based on an *opinio juris communis*.
- The three directions are not exclusive as they can be interlinked and combined.

2.3 The Nature of General Principles

After having examined the sources from which general principles can be derived and their basis of legitimacy, we will now have a closer look at the nature of these principles. Here, I suggest, three interlinked elements can be identified: (i) indeterminacy, (ii) discretion of courts and tribunals, and (iii) dynamism.

2.3.1 Indeterminacy

The nature of general principles is inherently linked to their generality and abstractness – in short: the indeterminacy of their scope. General principles such as the principle of equity or proportionality must necessarily comprise of such quality. They are inherently broad and open-textured, leaving room for specification by other norms of international law and specific contexts. As such, they are never ‘finished products’. It is a ‘continuing process’ from their identification to the final

17 L. Henkin, *International Law: Politics, Values and Functions: General Course in Public International Law*, 216 Recueil des cours 61-62 (1989).

determination of the principles' content in a particular context.¹⁸ And yet, it is precisely this 'unfinished nature' of general principles that makes them appropriate for fulfilling their functions, in particular the function of 'filling the gaps' left open by treaty and custom and the function as a guide to law makers as we will see later.

2.3.2 *Discretion*

The second criterion marking general principles is that they give significant discretion to judges and law makers. To this extent, it has been criticised that general principles give too wide a margin of appreciation to the judge as they dictate no particular solution but supply relevant arguments in support of one or another solution.¹⁹ According to *Ronald Dworkin*, this is exactly what distinguishes principles from rules: when a rule is found applicable to a certain fact, this rule applies in an all-or-nothing fashion. It directs the answer to a certain legal question or case. Principles, however, like the principle of good faith or prohibition of abuse of rights or equitable sharing of interests, do not set put conditions that make their application necessary. 'Rather', as *Dworkin* says, such principles state 'a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision.'²⁰

General principles are a source of arguments for judges in situations where other sources fail. Such a situation could either arise where it is impossible for a judge or arbitrator to find a solution in the positive law as to which of two contradictory norms should be applied or where simply no norm exists.²¹ In these cases, general principles may not dispense set answers to every abstract question. The legal notions expressed in general principles are neither overly prescriptive nor particularly measurable, but in most cases, a reasonably clear jurisprudence of what they do and

18 Bos, 1977, 42.

19 T. Eckhoff and N. K. Sundby, *Rettsystemer: Systemteoretisk Innføring i Rettsfilosofien* (Oslo: Tanum-Norli, 1976) 129. See also M. Koskenniemi, *General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law* (1985) Oikeustiede Jurisprudentia (Yearbook of the Finnish Law Society) 117-163 who contends with regard to general principles that 'it is not seldom that even conflicting practices are legitimized by the discursive use of one widely formulated principle.', 159.

20 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, 19th reprint 2002), 25-26.

21 See M. Koskenniemi, 'The Silence of Law/The Voice of Justice' in L. Boisson de Chazournes and P. Sands (eds.) *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999) 489. Also arguing in favour of the possibility of a *non-liquet* is D. Bodansky, 'Non Liqueur and the Incompleteness of International Law' in Boisson de Chazournes and Sands (eds.) 1999, 153-170; and J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 152, who suggests that in those exceptional cases where there is simply no applicable law 'the judge may either pronounce a *non-liquet* or himself create the law'.

do not permit might or has already evolved.²² Thus, when put into practice and applied by the judge, principles like the principle of good faith, the rule of law, or human dignity, provide a means of finding an answer to a legal question where no law or colliding rules exist.²³

At the same time, general principles also constrain judges in that they prevent them from relying too much on their own subjective opinion. It would be incumbent on judges to consider how far the dictates of their conscience are in agreement with the conception of justice in international law. When a certain solution is supported by a certain principle, the judge is justified in applying it.

2.3.3 *Dynamism*

Last, but not least, general principles of law furthermore provide a welcome and necessary means by which courts and tribunals can construe the law in a dynamic fashion that is responsive to today's problems. *Winfried Jenks* stated already in this context:

'Neither agreement nor practice, even in the widest sense, can, however, provide sufficiently vigorous seeds of growth to enable the law to cope with new problems pressing for solution.... Legal principles therefore have an indispensable part to play in the development of the proper law ... and its assimilation into the general body of international law.'²⁴

The dynamic potential inherent in general principles is linked to their abstract nature and the discretion they leave to the judiciary. Many challenges facing the international community today, human rights violations, alleviation of poverty, environmental challenges, and unequal economic development are only partly and insufficiently addressed in international treaties. The possibility of the judicial process to take account of the moral, social and political rationale underlying general principles may indeed be what renders judicial organs capable of breaking new ground.

22 R.Y. Jennings, *What is International Law and How do We Tell it when we See it?* (1981) 37 *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht* 59

23 See R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977) 105–130. Dworkin argues that judges are generally bound by general principles which they have to identify and to apply in cases where no other (positive) law exists. Opposing positivist theories he contends that judges are not intended to create law themselves. The right answers are 'in the law' that consist of positive legal rules and general principles.

24 C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations* (London: Stevens, 1962) 259–160.

3 Relationship to Treaty Law

After we clarified the nature of general principles, we will now attempt to define their functions. It is assumed that the best way to approach this issue is by looking at their relationship to treaty law. As mentioned above, general principles are complementary to treaty law and a supplement to it. But the role of general principles also goes beyond this. General principles can guide law-makers and shape the content of treaty law. Thereby, principles can evolve into conventional rules.

It is submitted here to view the normative impacts of general principles as being relative to their different functions ('relative normativity'). I will in the following attempt to place general principles into five categories, though it has to be stated from the outset that there exist no clear dividing line and the borders are blurred as the same principle can fall within various categories.

To highlight the classification, I would like to suggest a metaphor. If we – for once – imagine international law as a system comparable to a *city*, then general principles fulfil different functions in the construction, management and development and extension of this city. Let me explain a few:

3.1 Fundamental Principles

First, on an overarching level, we find *fundamental principles*. In a metaphorical way, these principles are the mass of matter or the 'stones' of which our city is built. Fundamental principles provide the foundations of the international legal system. Here we find principles, such as *pacta sunt servanda*, the principle of state sovereignty, equality of states, the principle of consent, reciprocity, and good faith.

One example of the latter can be found in the proclamation of the International Court of Justice (ICJ) in *the Nuclear Test cases* that:

'One basic principle governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential.'²⁵

The good faith principle is thus a fundamental principle informing and shaping the observance of existing rules of international law and in addition constraining the manner in which those rules may legitimately be exercised.²⁶

25 ICJ Reports, 1974, 253.

26 M. Shaw, *International Law*, 4th ed. reprinted (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 82 – with further references to *Fisheries Jurisdiction case*, ICJ Reports 1974, 3, 33, 55;

In many cases these principles are primarily abstractions from the mass of rules and have been so long and so generally accepted as to be no longer directly connected to state practice. Some of the principle are also so abstract in character that they are unlikely or unsuited to appear in ordinary state practice. These principles provide the preconditions for treaty law and are guarantors for the functioning of treaties and of the international legal system in general.

3.2 Directing Principles

Second, we have *guiding* or *directing principles*. These are the ‘*Architects*’ in our city. They advise the ‘builders of rules’ – the lawmakers – of what they are to built. In other words, they outline a policy path to be followed. In addition, these principles sketch the context of the law-makers’ competence with regard to the policy path and direct the course of the law’s passage. Especially in the absence of a central ‘law-maker’ in the international arena, ‘guidance’ in a legislative context is of significant importance.

We find examples of such principles in different fields of law. In general international law, the principles on non-interference in the affairs of other states, on the prohibition of the threat or use of force, on the peaceful settlement of disputes, on respect for human rights, and on self-determination of peoples have been seen as playing a major role in forming the ‘*constitutional principles*’ of the world community.²⁷

These principles, if followed by consistent state practice, can influence the development of international customary law and evolve into customary principles. But they also guide the policies of states and are designed to channel subsequent negotiations on international agreements into a particular direction.²⁸

In the area of human rights law, for example, the principle of self-determination of peoples has been included in Article 1 of both, the International Covenant on Economic, Political and Cultural Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights.

In International Environmental Law one could mention the principles of precaution, polluter pays principle, principle of prevention, Environmental Impact Assessment (EIA), Best Available Technologies (BAT), common but differentiated responsibility, equity to future generations, states’ sovereignty over their natural re-

North Sea Continental Shelf case, ICJ reports, 1969, 3, 46-7; *Lac Lannoux case*, 12 ILR, 119; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports, para 102f.

27 A. Cassese, *International Law*, 2nd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2005), 188.

28 R. Wolfrum, ‘International Environmental Law: Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance’, in F.L. Morrison and R. Wolfrum (eds.) *International, Regional and National Environmental Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 6.

sources, or the responsibility not to cause transboundary harm (*sic utere tuo ut alienum laedas*).

Many examples in International Environmental Law exist where general principles have formed the basis of new statutory rules. For example, the 1995 UN Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks requires a precautionary approach – particularly when estimating the maximum sustainable yield (MSY). According to this agreement, member States are now required to ensure long-term sustainability and optimum utilization of the fish stocks. Here, States need to set precautionary reference points for specific fish stocks, which must identify the safe biological limit for harvesting by using best scientific information.

3.3 'Fall-Back' Principles

Third, we have the category of so-called *fall-back principles*. Here we have to distinguish between (a) those principles that concern matters of judicial process and (b) principles of substance, i.e. principles that determine legal content and consequences. I will discuss them in turn.

3.3.1 Procedural Principles

The first category can be referred to as the '*Civil servants*' of our city. Their role is the administration of justice required for the operation of the international law system. They provide basic procedural tools where formal sources fall short or are missing. In other words, general principles fill the gaps that exist in the body of treaty (and customary) law. The role of general principles in these situations is that of avoiding a *non-liquet*, that is, a ruling by courts that the dispute cannot be adjudicated for lack of legal rules governing the matter.

This means that in cases where international treaties do not contain certain rules of procedure, recourse to principles applicable to legal relations in general ('principles of legal logic' or of 'general jurisprudence') may be had. Among these elementary principles of fairness and due process are, for example, those that no one shall be subjected to unlimited arrest or detention without judicial trial, that there shall be no identity between prosecutor and judge, that no one shall be subject to the same trial twice (*ne bis in idem*), or that no condemnation shall occur without the accused being given a fair opportunity to be heard.²⁹

29 See W. Friedmann, *The Uses of General Principles in the Development of International Law*, 57 AJIL 2 (1963), 290.

Jurisprudential practice provides some examples. In the *Chorzow Factory* case, the Permanent Court of International Justice observed the principle of the duty of reparation of international wrongs when it stated that

‘it is a principle of international law ..., that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation.’³⁰

In the same judgment, the Court also recognized the principle whereby one cannot take advantage of one’s own misconduct.³¹

The ICJ has in a number of cases relied on the principle of estoppel or preclusion (acquiescence). In the 1962 *Temple* case, the Court said that

‘it is an established principle of law that a plea of error cannot be allowed as an element vitiating consent if the party advancing it contributed by its own conduct to the error’.³²

In the Advisory Opinion on Application for Review of Judgements, the Court stated that

‘General principles of law and the judicial character of the Court do require that, even in advisory proceedings, the interested parties should necessarily have an opportunity, and on the basis of equality, to submit all the elements relevant to the questions which have been referred to the review tribunal.’³³

In more recent case law of international courts, general principles have been applied to close gaps in more special branches of law. The revival of general principles has to be seen together with the growth of international law into many diverse fields, such as international criminal law, international trade law, humanitarian law, law of the sea etc. This process – often referred to as *fragmentation* of international law – is marked by the creation of many different legal regimes with a high density of rules. However, constantly expanding international law also leaves areas which are only rudimentary regulated and replete with lawless spaces (*lacunae*).

This phenomenon is exemplified by international criminal law. Article 21 of the Statute of the International Criminal Court explicitly includes general principles into

30 *Chorzow Factory* (Merits), PCIJ, Ser. A. No. 17, p. 29.

31 Ibid 31 ‘one party cannot avail himself of the fact that the other has not fulfilled some obligation, or has had recourse to some means of redress, if the former party has, by some illegal act, prevented the latter from fulfilling the obligation in question, or from having recourse to the tribunal which would have been open to him’.

32 ICJ Reports (1962) at 26. See also *Eastern Greenland case* (1933), PCIJ, Ser. A/B. no. 53, *Arbitral Award of the King of Spain*, ICJ Reports (1960), 192, at 209, 213.

33 Application for Review of Judgment No. 158 of the UN Administrative Tribunal (1972-73), ICJ Advisory Opinion of 12 July 1973, ICJ Rep., 1973, at 181.

the applicable law before the Court. Also newly established *ad hoc* tribunals have frequently resorted to general principles of municipal criminal law systems in order to close prevailing normative gaps. The International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY), for example, proclaimed in its *Tadic* decision the general principle whereby tribunals must be established by law.³⁴ In *Blaskic*, another ICTY Trial Chamber held that

‘the proportionality of the penalty to the gravity of the crime is a general principle of criminal law common to the major legal systems of the world.’³⁵

Another branch of international law where recourse to general principles in the settlement of disputes is accepted practice is international trade law of the WTO. On several occasions have GATT and WTO panels and the WTO Appellate Body invoked general principles of law in order to fill procedural gaps. The WTO Agreement does not contain any provisions on issues such as non-retroactivity of treaties,³⁶ burden of proof, standing and representation before panels, due process, abuse of right, error in treaty formation.³⁷ Principles invoked before the dispute settlement system include, for example, the principle of effectiveness,³⁸ of *in dubio mitius*,³⁹ and of legitimate expectations, legal security and predictability.⁴⁰

34 ICTY, Appeals Chamber, *Tadic* (Interlutory Appeal), 42.

35 *Blaskic* (1996), ICTY decision of the president, ICTY Judicial Reports, 1996 I, § 796.

36 *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut*, WT/DS22/AB/R, adopted 20 March 1997, DSR 1997:1.

37 For an overview of relevant case law see J. Cameron and D. Gray, *Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement System* (2001) 50 *International and Comparative Law Quarterly*, 248-298, and J. Pauwelyn, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can we Go?* (2001) 95 *American Journal of International Law* 2001, 535.

38 Appellate Body in *Japan – Customs Duties, Taxes, and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages* (Complaint by the EC) WT/DS8/AB/R; 4 October 1996, adopted 1 November 1996) with reference to the 1966 Yearbook of the International Law Commission, Vol. II, 219. The Appellate Body in *US-(Reformulated) Gasoline: United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline 1996* (Complaint by Venezuela) WT/DS2/AB/R, WT/DS4/AB/R, 29 April 1996, adopted 20 May 1996, held that the interpretation of a provision cannot result in a reading that reduces whole clauses or paragraphs of a treaty to redundancy or inutility, as all terms of the treaty must be given meaning and effect. see IV, 22.

39 In *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Complaint by the US)* WT/DS26/AB/R, adopted 13 February 1998, the Appellate Body interpreted the requirement of Art 3.1 SPS that measures must be ‘based on« international standards as not being a current binding requirement but as a goal to be realized in future. By applying the principle in *dubio mitius*, the Appellate Body rejected the interpretation of Article 3.1 that would transform international standards into binding norms.

Moreover, in *United States – Measures Affecting Imports of Softwood Lumber from Canada*, the panel invoked the principle of *estoppel*.⁴¹ On other occasions the principle has been implicitly invoked, for example, in not allowing a claim the claimant had previously explicitly abandoned in a written statement⁴² or rejecting the establishment of a panel because of the untimely evocation of an issue.⁴³ The Appellate Body has also recognized ‘good faith’ as an ‘organic’⁴⁴ and ‘pervasive’ general principle that underlies all treaties.⁴⁵

3.3.2 Substantial Principles

In addition to applying general principles in order to close gaps in the procedural framework, general principles have also been resorted to for arriving at a *substantial* legal conclusion. They are the city’s legal ‘*Craftsmen*’. Some examples need to suffice.

In its judgement in *Furundzija*, the ICTY had recourse to the general principle of human dignity when providing a definition of rape as a crime against humanity. It held that the

‘general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d’être* of international humanitarian law and human rights law; indeed, in modern times it

40 Panel in *US-Underwear (United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fiber Underwear)*, WT/DS24/R, 8 November 1996,) 7.20 and GATT Panel in *US-Superfund (United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances)* 17 June 1987, GATT Panel report, B.I.S.D. 34S/136) where it was noted that the multilateral trading system contains rules not only to protect current trade but also to create predictability needed to plan future trade. See also E. U. Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System* (London: Kluwer, 1997), 95.

41 Estoppel is a legal principle which precludes someone from denying the truth of a fact which has been determined in an official proceeding or by an authoritative body. As ‘a principle of justice and of equity it arises when ‘a man, by his words or conduct, has led another to believe in a particular state of affairs, he will not be allowed to go back on it when it would be unjust or inequitable for him to do so.’ (*Moorgate Mercantile v Twitchings* [1976] 1 QB 225, CA at 241). The principle responds to the doctrine of *venire contra factum proprium* in legal systems based on civil law.

42 Panel in *US-Steel Plate (United States – Anti-Dumping and Countervailing Duty Measures on Steel Plate from India)*, WT/DS206/R, adopted 29 July 2002) 7.29.

43 AB in *US-Meat (United States – Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia)*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, 16 May 2001) para 5.32.

44 AB in *US-Hot-Rolled Steel (United States – Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan)*, WT/DS184/AB/R, 24 July 2001, adopted 23 August 2001) para 101.

45 AB in *US-Cotton Yarn (United States – Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan)*, WT/DS192/AB/R, 8 October 2001, adopted 5 November 2001) para 81.

has become of such paramount importance as to permeate the whole body of international law. This principle is intended to shield human beings from outrages upon their personal dignity.’⁴⁶

In this case, by reference to the principle of human dignity the tribunal drew the conclusion that such an extremely serious outrage upon human dignity as forced oral penetration should be classified as rape.

In WTO law, ‘good faith’ has been used as a principle guiding the application of *substantive* WTO law. For example, in *US–Hot Rolled Steel* reference to good faith as a general principle of international law has been used to stress the obligation of States to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty to which they are Members.⁴⁷

Another example of the capacity of general principles to establish the normative content of the law is the ICJ’s Advisory Opinion in *Certain Expenses of the United Nations*. The ICJ had to determine whether a certain type of activities of the General Assembly fell outside the scope of its Charter-based powers (*ultra vires*). The Court relied on general principles when it determined that member States could not escape the obligations to contribute to the UN budget by challenging the competence (*vires*) of the activity of organization.⁴⁸

Finally, the question of whether Albania was responsible under international law for the explosions which occurred in the *Corfu Channel* could not be answered by recourse to any treaty law. Here, the Court invoke several general principles to establish Albanias international responsibility. The Court stated:

‘Such obligations are based...on certain general and well-recognized principles, namely elementary considerations of humanity,..., the principle of freedom of maritime communication; and every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.’⁴⁹

In his dissenting opinion to the ICJ judgement in the *South West African Cases*, Judge *Tanaka* undertook to examine whether the legal principles of non-discrimination and equality, denying apartheid, can be recognized as general principles. He came to maintain the position that

46 *Furundzija*, ICTY, Trial Chamber II, Judgment of 10 December 1998, at §185.

47 See, e.g., AB in *US–Hot-Rolled Steel*, para 101. Panel in *US–Shrimp* (United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/R, 15 May 1998) para 7.41; see also Panel in *US–Byrd Amendment* (United States of America – Continued Dumping and Subsidy Offset Act (Byrd Amendment) 2000, WT/DS/217/R/ WT/DS234/R, (16 September 2002)) para 7.64.

48 *Certain Expenses of the United Nations* (Art. 17, para 2 FN Charter) Advisory Opinion ICJ reports 1962, 151.

49 *Corfu Channel* (UK v. Albania) (Merits) ICJ Reports 1949, 22.

‘The principle of equality before the law, however, is stipulated in the list of human rights recognized by the municipal system of virtually every state no matter whether the form of government be republican or monarchical and in spite of any differences in the degree of precision of the relevant provision. This principle has become an integral part of the constitutions of most civilized countries of the world.’⁵⁰

It has been stated that ‘each judgement is a step forward or a step backwards in the development of international law’. Seen from this perspective, the just-mentioned principles of ‘elementary considerations of humanity’, ‘human dignity’ and ‘equality before the law’ have considerably broadened the scope of human rights law and its link with other fields of written and unwritten international law.⁵¹

For both kinds of general principles which we classified in this section: procedural and substantial fall-back principles, the question arises what their exact relationship is to treaty law. In this context, the notion of ‘self-contained regimes’ needs to be addressed. As already mentioned, international law is fragmented into highly specialized regimes. Examples such as the WTO or specific human rights and environmental regimes have spurred a debate under international law about whether such regimes are or can become self-contained, in the sense that they are substantially and institutionally disconnected from general public international law.⁵² This would mean that principles of international law are generally not applicable within the regime. The converging consensus, however, seems to be that international law is never wholly displaced, but may under certain circumstances be reduced to a means of last resort.

3.4 ‘Evolutionary Principles’

The next category of general principles consists of those principles which introduce a *dynamic element* into treaty law. Where the houses of our city become too small or unfit for meeting new challenges, changes need to be made without demolishing the entire house. Similarly, treaty law is often in need of adjustment to modern challenges.⁵³ Principles which construe the law in a dynamic fashion responsive to today’s problems can thus be seen as ‘Engineers’ or ‘Innovators’ in our city.

50 *South West African cases*, ICJ Reports, 1966, 299.

51 See S.R.S. Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, 2007, 107.

52 See B. Simma, *Self-Contained Regimes* (1985) 16 NYIL, 115; B. Simma and D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, 17 EJIL 3 (2006), 529; M. Koskenniemi *Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflections on the Enforcement of the Montreal Protocol* (1992) 3 Yearbook of International Environmental Law, 123-163.

53 Pauwelyn, 2003, 130.

Here, again we have to differentiate between (a) principles which lay the foundation for the further development of treaty norms and (b) principles which actually give a dynamic meaning (substance) to treaty formulations.

Within the first category we can place interpretative principles, such as those of evolutionary or dynamic interpretations, which we find in the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT). Of particular relevance is Article 31.3 lit. c VCLT, which states the principle that a treaty shall be interpreted by taking into account any relevant rules of international law applicable in the relation between the parties.

The second – substantial – category comprises of open-textured principles which can be applied in the course of treaty interpretation as a corrective to ‘out-dated’ treaty substance. Traditional examples which have been used to develop the normative content of treaty law are the principles of effectivity, proportionality, or equity.

In newer case law different principles appear. Most prominent are attempts to base a new understanding of the terms of an ‘out-dated’ treaty provision on the principle of sustainable development or the precautionary principle.

An example of the former is the recourse to sustainable development by the ICJ in the *Gabčíkovo-Nagymaros* case, where the court – by reference to sustainable development – required the Parties to ‘look afresh’ at their initial contractual obligations to build a number of dams in the Danube river and to renegotiate a solution which would not endanger the riparian ecosystem of the river.⁵⁴

Also in WTO case law, innovative approaches have been undertaken to adjust treaty law ‘in the light of temporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment’. In *United States – I: Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* by invoking sustainable development (as acknowledged in the Preamble of the WTO Agreement) the Appellate Body extended the meaning of conservation of exhaustible natural resources as to include exhaustible natural resources whether living or non-living.

Attempts to base a dynamic understanding of WTO treaty law on the precautionary principle, as undertaken by the EU in *EC-Beef Hormones*⁵⁵ and, most recently, *EC-Biotech*⁵⁶ failed so far. However, apart from the missing willingness of the WTO Dispute Settlement Body, there is arguably no other legal constraint in international law which would prevent the applicability of this principle to treaty interpretation.

Alternatively, the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) in *Southern Bluefin Tuna* seems to have based its ruling on the precautionary principle.

54 *Gabčíkovo Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia) ICJ Reports 1997, 7.

55 *EC-Hormones*: EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Complaint by the US) WT/DS26/R, 18. August 1997, WT/DS26/AB/R, adopted 13 February 1998.

56 *European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293, Panel Report circulated on Sep. 29, 2006.

The Tribunal, in light of scientific uncertainty, ruled that the parties 'should act with prudence and caution to ensure that effective conservation measures are taken to prevent serious harm to the stock of southern bluefin tuna.'⁵⁷

These principles can be used as a 'go-between' and converging factor between the particular branch of law and the wider corpus of public international law. They introduce and integrate in a dynamic fashion new concerns into the existing body of treaty law.

3.5 Interpretation and Conflict Principles

Finally, there are the traditional '*Lawyers*' in our city. These are principles of interpretation and of conflict resolution. These principles deal with the task of (a) giving meaning to the terms of a treaty, (b) help to choose between two or more conflicting interpretations or (c) decide on the prevalence of norms where they collide.

Again, legal density and fragmentation of international law into specialized regimes not only leads to rudimentary regulation, but also to regulatory overlap and collision. States may agree both on the desirability of trade and economic growth and on the need to promote human rights and the environment, without any established consensus on the balancing of such potentially conflicting values and priorities included in treaty law.

Here, general principles of conflict resolution such as the principle of *lex specialis derogat lege generali* and *lex posterior derogat lege priori* enter the picture and help to establish a certain normative hierarchy.

Still, from a doctrinal perspective, the problem of fragmentation may be held to require the introduction of new ideas and approaches to the interpretation of treaties where there is overlapping and conflicting consensus on fundamental value-questions in different social and political sectors. A number of approaches have been suggested in this regard, such as the recourse to certain general principles of integration such as that constituted by sustainable development. This assumption is based on their broad character and main function of 'filling the gaps' left open by treaty and custom. General principles can symbolically be described in this regard as the 'glue between different treaties' because of their inherently broad and open-textured character and their reconciliatory function.

This nevertheless continues to be a controversial topic in legal discourse, where conflicting views have been voiced *inter alia* on both the possibility and the need for a coherent normative framework.

57 *Southern Bluefin Tuna* (New Zealand v. Japan, Australia v. Japan) Provisional Measures, 38 I.L.M. 1624 (1999) 77.

4 Conclusion

First, principles have different functions in relation to treaty law. We were able to outline the following functions:

- *Fundamental principles*, which lay the foundation of treaty law,
- *Guiding principles*, which direct negotiations and the development of treaties,
- *Fall-back principles*, procedural and substantive, which fill gaps left open by treaty law,
- *Dynamic principles*, procedural and substantial, which guide the adjustment of existing treaties to new challenges and concerns of the international community, and
- *Interpretation and Conflict principles*, which deal with the regulatory overlap of treaties and attempt to establish normative coherence and – in the last resort a certain normative hierarchy.

The particular function depends on the context and the perspective of either law makers ('legal producer's view') or judges ('legal consumer's view'). There are overlaps and moving borders between the outlined functions.

Second, general principles provide an important dynamic element of international law by preventing treaty law from being 'outdated and irrelevant'. Treaties are not set in stone and general principles are an important supplement and corrective to treaty law.

Third, for international law to fully address the problem of fragmentation, the technique of applying general principles needs to be retained – or, perhaps, revived.

Fourth, against this background, general principles 'constitute both the backbone of the body of law governing international dealings and the potent cement that binds together the various and often disparate cogs and wheels of the normative framework of the international community.'⁵⁸

And last, but not least, like a 'living city', international law is a continuing process; principles can evolve into conventional or customary rules, but principles will always remain 'unfinished'. As such, they allow international law to grow and to respond to modern challenges.

References:

- D. Anzilotti, *Cours de Droit international*, 1929, Paris: Recueil Sirey.
 S.R.S. Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, 2007 (Hart Publishing, Oxford).

⁵⁸ Cassese, 2005, 188. Cassese, 2001, 151.

- D. Bodansky, 'Non Liqueur and the Incompleteness of International Law' in Boisson de Chazournes, L. and Sands, P. (eds.) *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, 1999, Cambridge: Cambridge University Press, 153–170.
- M. Bos, *The Recognized Manifestations of International Law*, 1977, 20 German Yearbook of International Law, 42.
- J. L. Brierly (H. Waldock ed.) *The Law of the Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 1963, Oxford: Clarendon.
- I. Brownlie, *Principles of International Law*, 6th ed., 2003, Oxford: Oxford University Press.
- J. Cameron and D. Gray, *Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement System*, 2001, 50 International and Comparative Law Quarterly, 248–298.
- A. Cassese, *International Law*, 2001, Oxford: Oxford University Press.
- A. Cassese, *International Law*, 2nd ed., 2005, Oxford: Oxford University Press.
- F. Castberg, *La méthodologie du droit international public*, 1933, 43 Recueil des cours 313.
- B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, 1953, London: Stevens.
- R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- T. Eckhoff and N. K. Sundby, *Rettsystemer: Systemteoretisk Innføring i Rettsfilosofien*, 1976, Oslo: Tanum-Norli.
- W. Friedmann, *The Uses of General Principles in the Development of International Law*, 1963, 57 AJIL 2, 290.
- L. Henkin, *International Law: Politics, Values and Functions: General Course in Public International Law*, 1989, 216 Recueil des cours 61.
- G. Herczegh, *General Principles of International Law and the International Legal Order* 1969, Budapest: Akadémiai Kiadó.
- R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, 1994, Oxford: Clarendon Press (reprinted in 2003).
- P. Hulsroij, *Three Sources – No River: A Hard Look At the Sources of Public International Law with Particular Emphasis on Custom and »General Principles of Law«*, 1999, 54 Zeitschrift für öffentliches Recht, 245.
- C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organisations*, 1962, London: Stevens.
- R.Y. Jennings, *What is International Law and How do We Tell it when we See it?* (1981) 37 Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 59.
- M. Koskenniemi, *General Principles: Reflections on Constructivist Thinking in International Law*, 1985, Oikeustiede Jurisprudentia (Yearbook of the Finnish Law Society) 117–163.
- M. Koskenniemi *Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflections on the Enforcement of the Montreal Protocol*, 1992, 3 Yearbook of International Environmental Law, 123–163.
- M. Koskenniemi, 'The Silence of Law/The Voice of Justice' in L. Boisson de Chazournes and P. Sands (eds.) *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, 1999, Cambridge: Cambridge University Press, 489.
- J. Pauwelyn, *The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can we Go?*, 2001, 95 American Journal of International Law, 535.
- J. Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, Cambridge: Cambridge University Press.
- PCIJ, Advisory Committee of Jurists, *Proces-Verbaux* of the Proceedings of the Committee, 1920, 319–320.
- E. U. Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, 1997, London: Kluwer.
- M. Shaw, *International Law*, 4th ed. Reprinted, 2000, Cambridge: Cambridge University Press.
- B. Simma, *Self-Contained Regimes*, 1985, 16 NYIL, 115.

- B. Simma and P. Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles*, 1991, 12 Australian Yearbook of International Law, 102.
- B. Simma and D. Pulkowski, *Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law*, 2006, 17 EJIL 3, 529.
- H. Thirlway, 'The Sources of International Law' in M.D. Evans, *International Law*, 2003, Oxford: Oxford University Press, 117-144.
- R. Wolfrum, 'International Environmental Law: Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance', in F.L. Morrison and R. Wolfrum (eds.) *International, Regional and National Environmental Law*, 2000, The Hague: Kluwer Law International, 6.
- J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, 1968, Vol. I, Leiden: Sijthoff.

List of Cases:

ICJ:

- Application for Review of Judgment No. 158 of the UN Administrative Tribunal (1972-73), ICJ Advisory Opinion of 12 July 1973, ICJ Reports (1973).
- Arbitral Award of the King of Spain*, ICJ Reports (1960) 192.
- Certain Expenses of the United Nations* (Art. 17, para 2 FN Charter) Advisory Opinion, ICJ Reports (1962).
- Corfu Channel* (UK v. Albania) (Merits) ICJ Reports (1949) 22.
- Fisheries Jurisdiction case*, ICJ Reports (1974) 3.
- Gabčíkovo Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia) ICJ Reports (1997) 7.
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (Advisory Opinion) July 8 1996, ICJ Reports 1996, 66 (request by WHO), 226 (request by the UN General Assembly).
- North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany v. Denmark) (Federal Republic of Germany v. Netherlands) ICJ Reports (1969) 3.
- Nuclear Tests* (New Zealand v. France)/(Australia v. France) ICJ Reports (1974) 457/253.
- South West African cases (Second Phase)*, ICJ Reports (1966) 5; (Ethiopia v South Africa; Liberia v. South Africa, ICJ Reports (1966) 34.
- Temple*, ICJ Reports (1962) 26.
- Right of Passage* (Portugal v. India) (Preliminary Objection) ICJ Reports (1957) 142; (Merits) ICJ Reports (1960) 6.

PCIJ, Permanent Court of Arbitration, and International Arbitral Awards:

- Fabiani case*, La Fontaine, (1896) 344, RIAA, 83.
- Chorzow Factory* (Merits), (1928) PCIJ, Ser. A. No. 17, p. 29.
- Eastern Greenland case* (1933) PCIJ, Ser. A/B. no. 53.
- Lac Lannoux case*, 12 ILR, 119
- Tadic* (Interlutory Appeal), ICTY Judicial Reports 1995, Appeals Chamber, 42.
- Blaskic*, ICTY, decision of the president, ICTY Judicial Reports, 1996 I, § 796.
- Furundzija*, ICTY, Trial Chamber II, Judgment of 10 December 1998, at §185.
- Southern Bluefin Tuna* (New Zealand v. Japan, Australia v. Japan) Provisional Measures, 38 I.L.M. 1624 (1999) 77.

WTO:

- Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut*, WT/DS22/AB/R, adopted 20 March 1997, DSR 1997:I.

- EC-Biotech (European Communities — Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products)* WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293, Panel Report circulated on Sep. 29, 2006.
- EC-Hormones (EC — Measures Concerning Meat and Meat Products) (Complaint by the US)* WT/DS26/R, 18. August 1997, WT/DS26/AB/R, adopted 13 February 1998.
- Japan—Alcoholic Beverages (also: Japan—Taxes): Japan — Customs Duties, Taxes, and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages (Complaint by the EC)* WT/DS8/R, WT/DS8/AB/R; (Complaint by Canada) WT/DS10/R WT/DS10/AB/R; (Complaint by the US) WT/DS11/R WT/DS11/AB/R, 4 October 1996, adopted 1 November 1996.
- US—Byrd Amendment (United States of America — Continued Dumping and Subsidy Offset Act (Byrd Amendment) 2000)*, WT/DS/217/R/ WT/DS234/R, (16 September 2002).
- US—Cotton Yarn (United States — Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan)*, WT/DS192/AB/R, 8 October 2001, adopted 5 November 2001).
- US—(Reformulated) Gasoline: United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline 1996 (Complaint by Venezuela)* WT/DS2/AB/R, WT/DS4/AB/R, 29 April 1996, adopted 20 May 1996.
- US—Hot-Rolled Steel (United States — Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan)* WT/DS184/AB/R, 24 July 2001, adopted 23 August 2001.
- US—Meat (United States — Safeguard Measures on Imports of Fresh, Chilled or Frozen Lamb Meat from New Zealand and Australia)*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, 16 May 2001.
- US—Shrimp (United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products)* WT/DS58/R, 15 May 1998.
- US — Softwood Lumber (United States—Measures Affecting Imports of Softwood Lumber from Canada)* WT/DS236/R, adopted 1 November 2002, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada, WT/DS277/RW (circulated on 15 November 2005), WT/DS277/AB/RW (circulated 13 April 2006).
- US—Steel Plate (United States — Anti-Dumping and Countervailing Duty Measures on Steel Plate from India)* WT/DS206/R, adopted 29 July 2002.
- US—Superfund (United States — Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances)* 17 June 1987, GATT Panel report, B.I.S.D. 34S/136.
- US—Underwear (United States — Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fiber Underwear)* WT/DS24/R, 8 November 1996.

Others:

Moorgate Mercantile v Twitchings [1976] 1 QB 225, CA at 241.

Hva må til for at finnmarksloven skal lede til at samene får anerkjent sine landrettigheter?

AV JORDSKIFTERETTSLEDER DR.JURIS ØYVIND RAVNA, FINNMARK JORDSKIFTERETT¹

Recognition of Sami land rights through the Finnmark act

Recently the Norwegian Parliament passed the Finnmark Act, which transfers the title of approx. 95 percent of the territory of Norway's northernmost county from the State to an independent ownership organ, named *Finnmarkseiendommen* (*The Finnmark property*). This territory is also an important Sami area. This article examines the Finnmark Act, and asks whether it will rectify a situation of longstanding lack of recognition of the Sami's land rights in Finnmark. The article emphasizes the process of identification and determination of land rights initiated by Section 5, para. 3 of the Act, and what may be done in practice to fulfill the legislator's recognition of the same in paras. 1 and 2 of the same Section.

Keywords: Sami land rights, Law of the Sami, the Finnmark act, indigenous people law, right of ownership, The Finnmark common land, the Sami law committee

1 Problemstillingen

Ved lov 17. juni 2005 nr. 85 om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) vedtok det norske Storting å overføre eiendomsretten til om lag 95 % av landarealet i Norges nordligste fylke fra staten til et nytt rettssubjekt, *Finnmarkseiendommen*. Arealet på om lag 45 000 km², er samtidig et samisk kjerneområde, nyttet av samene til fangst, fiske og reindrift gjennom uminnelige tider. Eieroverføringen innebærer dermed en markant endring i forvaltningen av store landområder i *Sápmi*,² og kan således betraktes som en milepæl i den samiske rettighetskampen. Eieroverføringen betyr også slutten på et over 200

- 1 Arbeidet med denne artikkelen er gjort mens jeg var stipendiat ved Det juridiske fakultetet, Universitetet i Tromsø. Jeg takker kollega Susann Funderud Skogvang for gjennomlesning og nyttige merknader.
- 2 Samene er et arktisk urfolk. Som følge av nasjonalstatenes grensedraining gjennom samenes landområder, på samisk kalt *Sápmi* (eller *Sámiid eatnan*, på norsk *Sameland*) er samene i dag et folk i fire stater; Norge, Sverige, Finland og Russland.

år gammelt eiendomsregime, hvor staten har betraktet seg som eier av de »Finnmarkske Almindinger«. Overføringen kan ses på som et bidrag til å oppfylle Norges forpliktelser overfor samene som urfolk. Samtidig kan det også karakteriseres som et rettslig eksperiment man knapt aner resultatet av.

I finnmarksloven § 5 første ledd er det slått fast at »Samene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark.« I denne artikkelen drøftes det i hvilken grad den norske stat gjennom vedtakelsen av finnmarksloven i praksis kan oppfylle de erkjennelser lovgiver her har gjort, og således rette opp følgene av den langvarige manglende anerkjennelsen av samenes landrettigheter. Det settes særlig fokus på den rettsidentifiserings- og -kartleggingsprosess som er initiert gjennom samme paragraf, tredje ledd. Loven er ikke ment å dra noe skille mellom de etniske gruppene i fylket når det gjelder anerkjennelse av etablerte rettigheter. Dermed vil artikkelen også omfatte rettighetene til den øvrige befolkningen i Finnmark.

Som en bakgrunn for denne drøftingen, er det naturlig å gi en oversikt over rettsutviklingen, fra den første »finnmarksloven« ble vedtatt i 1775, og fram til arbeidet med gjeldende lov ble påbegynt. Dette gjøres i kapittel 2. Det blir særlig vektlagt hvilke eier- og rettsoppfatninger som lå til grunn for det forskjellige lovene, og deres motiver.

Det er også nødvendig å se på gjeldende lovverk, hvilke motivasjoner som lå bak lovgivningen, og hvilke rettsinstitusjoner som er stilt til disposisjon for å forestå den vedtatte rettsidentifiseringen. Det vil bli gjort i kapittel 3.

2 Hvordan staten ble eier av Finnmarksallmenningen

2.1. Finnmark blir en del av Norge

De sentrale delene av *Sápmi* utgjør de siste fastlandområdene som ble innlemmet i Norge. Likevel har statens eierrådighet kommet sterkere til uttrykk her enn i andre deler av landet. I dette kapitlet skal vi se på bakgrunnen for det.

Det er antatt at Finnmark har vært befolket av samer fra før vår tidsregning. Noen nevnbare norsk eller norrøn aktivitet i området er ikke dokumentert før på slutten av det første årtusen e. Kr. Det antas at den første permanente bosetning i Finnmark av norsk herkomst ble etablert i høy- eller senmiddelalderen. Noen dansk-norsk enejurisdiksjon over deler av Finnmark kan man ikke tale om før etter Kalmarkrigens slutt i 1613, da Sverige avsto sitt krav på kystområdene i Finnmark og Troms. En fredsavtale mellom Russland og Sverige i 1595 hadde allerede medført at Russland gav avkall på sine skattekrav vest for Varanger-området i Finnmark. For innlandsområdene og den østligste delen av Finnmark skulle det ennå gå lang tid før jurisdiksjonsspørsmålet var avklart. Helt fram til grensen mellom Norge

og Sverige ble fastlagt i 1751, var Indre Finnmark et fellesområde, hvor Sverige i stor grad utøvde jurisdiksjon. Nåværende Sør-Varanger kommune kom først under norsk enejurisdiksjon da grensen mot Russland ble fastlagt i 1826.

Den 27. mai 1775 vedtok kansellirådet i København Kongelig Resolution angående Jorddelingen i Finmarken samt Bopladses Udvisning og skyldlægning sammesteds.³ Dette kan godt kalles den første finnmarksloven. Den åpnet for organisert utmåling av jordbruksjord i Finnmark. Dette ble tidligere betraktet som grunnlaget for privat eiendomsrett i Finnmark, men den oppfatningen har i dag liten støtte.⁴

Derimot kan den betraktes som starten på det jordsalgsregimet som forvaltet grunnen i Finnmark helt fram til 2006. Det lå imidlertid vesentlige forskjeller til grunn for forvaltning og jordutvisning etter 1775-resolusjonen og det regimet som kom senere. Etter 1775-resolusjonen skulle jordutvisningen skje kostnadsfritt. I § 6, som fortsatt er i kraft, ble det tatt forbehold om at de »Herligheder, som hidindtil have været tilfælles for hele Bygder eller almuen i Almindelighed ... forblive fremdeles til saadan almindelig Brug«.

Sverre Tønnesen, som var den første som problematiserte statens eierforhold i et rettsvitenskaplig arbeid, og som vi straks kommer tilbake til, oppfattet ikke at resolusjonen åpnet for en jordutvisning fra staten, men som en »gigantisk utskiftning mellom Kongen, den enkelte bygdemann og bygdelagene«.⁵ Dette innebar at han betraktet jordutvisningen som en *fordeling* av eksisterende bruks- og eiendomsrettigheter, og ikke som en overføring av rettigheter fra kongen til bygdefolk.

2.2 Eldre jordsalgslovgivning og »læren om statens grunn«

Selv om deler av Finnmark ikke kom under norsk suverenitet før i 1826, utviklet det seg raskt en oppfatning om at kongen eller staten eide grunnen i Finnmark uten påhefte av private rettigheter av noen art. Da staten forberedte en lov for salg av allmenninger, ble det uttalt at de »Finmarkske Almindinger« ble behandlet etter andre regler enn andre statlige allmenninger:

»Det egentlige Finmarken har nemlig fra gammel Tid af været betragtet som tilhørende Kongen eller Staten, fordi det oprindeligt kun var beboet af et Nomadefolk, Lapperne uden faste Boliger.

3 Resolusjonen er gjengitt i Tønnesen (1972) s. 136–139. Inntil lov om statens umatrikulerte grunn i Finnmark fylke (jordsalgsloven) trådte i kraft 1. juli 1965 var resolusjonen med unntak av §§ 1 og 2 i kraft og inntatt i *Norges lover*. § 6 er ennå i kraft og finnes inntatt i *Norges lover 1686–2006*.

4 Se eksempelvis Sandvik (1997).

5 Tønnesen (1972) s. 146.

Lidt efter lidt blev dog en Deel deraf bebygget af Indvandrede, hvilke dog ei betragtedes som Eiere af Jorden ...«⁶

I 1864 ble »læren om statens grunn« prosedert av statsapparatet i den form vi senere kjenner den. I en tvist om rett til hogst i Alta anførte regjeringsadvokaten at staten hadde »underlagde sig [Finmarken] det herreløse af Nomader gjennom farne Land som Eiendom ganske som en Privatmand, der ikke er bunden af andres Rettigheder«. ⁷ Regjeringsadvokaten avsluttet med at lovgivningen måtte bli forskjellig fra den som gjaldt i riket for øvrig.

Og det ble den. I lov om avhendelse av Statens jord i Finnmarkens Landdistrict, som var vedtatt 22. Juni 1863, ble det innført nye prinsipper for jordutvisningen. Loven slo fast at dette nå skulle skje gjennom organisert salg. I datidens liberalistiske ånd var jordsalget først tenkt gjennomført som auksjon til høystbydende.⁸ Under stortingsbehandlingen ble lovforslaget moderert betraktelig, og det ble satt forholdsvis strenge vilkår for avhending. Salg kunne ikke gjennomføres om det stred mot »Districtets Tarv«. Det ble gitt et særskilt forbud mot salg av områder som fastboende eller flyttsamer trengte til sommerbeite. Regimeskiftet ble ikke bare synliggjort ved at jordutvisningsresolusjonens regler om kostnadsfri jordutvisning ble opphevet. De ble også følbare ved at reglene i Christian Den 5s Norske Lov fra 1687, bok 3, kapittel 12, artikkel 3 og 6 om at beboere hadde rett til å nytte allmenningens beite og skog ut fra alders tid bruk, ble satt til side. Beite skulle heretter utvises med hjemmel i 1863-lovens forskrift. Loven etablerte med dette den praksis som har vedvart fram til finnmarksloven trådte i kraft, hvor staten nærmest anså seg å stå i samme frie stilling som eier av grunn som ikke var påheftet allmenningsrett eller annen bruksrett.

Før vi går videre på rettsutviklingen, kan det være tjenlig kort å stoppe opp å spørre om hva som var så bakgrunnen for at grunnen i Finnmark fikk en så vidt annen eiendomsrettslig status enn det øvrige Norge. Forklaringen synes dels å ligge i datidens kulturhierarkiske tenkning, dels i sikkerhetspolitiske vurderinger, og dels som en følge av Norges selvstendighetskamp.⁹ De kulturhierarkiske ideene kan sies å ha sine røtter i den argumentasjon som ble brukt allerede da engelske kolonister

6 Oth. Prp. No. 21 (1848) s. 23.

7 Tilsvare fra regjeringsadvokaten 18. mai 1864 i sivil sak mot Erik Salomonsen Elvebakken m.fl. om hogsrett, gjengitt etter NOU 1993: 34 s. 96. Se også gjengivelsen i Spilling (1920) s. 87–93. Oppfatningen ble raskt lagt til grunn i rettslitteraturen, se Brandt (1867) s. 194.

8 NOU 1993: 34 s. 420.

9 »Motiver til Udkast til Lov om Renbeiting« i Indst. fra Lappekommissjonen av 1897, særlig på s. 196–197, viser i klartekst hvordan de kulturhierarkiske oppfatningene kom til uttrykk i lovforarbeider i samtiden. For øvrig kan det vises til Eriksen og Niemi (1981), hvor det sikkerhetspolitiske aspektet blir tydeliggjort.

trengte legitimitet for å beslaglegge urfolks landområder i Nord-Amerika.¹⁰ Senere er den brukt i andre sammenhenger når liknende forhold skulle ha sin rettslige anerkjennelse.¹¹ Ideene var basert på at mindre utviklede kulturer og folkegrupper måtte vike for de mer utviklede, da de sistnevnte var ansett å være til større nytte for samfunnet. I rettstenkningen innebar det at prinsippet om »eldst i tid, best i rett«, ble satt til side. Nomadisk bruk av landområder ble her betraktet som primitiv, som en »Hemsko paa Udviklingen af bedre berettigede og formaalstjenligere Samfundsinteresser«, noe som innebar at grensene for dens krav var gitte. Og disse »Grænser maa efter Forholdets Natur blive *vigende*.¹²

Den sikkerhetspolitiske dimensjonen ble tydelig da 1863-loven ble tatt opp til revisjon omkring år 1900. I landbrukskomiteens innstilling het det at »[n]atjonalitets- og sprogfor[ho]ldene i grænsedistriktene gjorde det ønskeligt, at jordsalget kunde benyttes som et middel til at regulere disse forhold«. ¹³ Forbudet mot salg i konflikt med »Districtets Tarv« ble nå utvidet til også å omfatte »Landets Interesser«. I medhold av Lov 22. mai 1902 nr. 7 om afhændelse af statens jord og grund i Finnmarkens amts landdistrikt § 2, ble reglement av 7. juli 1902 gitt. I § 1 het det at avhending bare kunne skje til norske statsborgere, under særlig »[h]ensyn til at fremme Bosættelsen af en for Districtet, dets Opdyrking og øvrige Nyttiggjørelse skikket Befolkning, som kan tale, læse og skrive det norske Sprog og benytte dette til daglig Brug«.

Til tross for at samene gjennom århundrer rettmessig hadde brukt landområdene i Finnmark, innebar loven at de bare kunne bli grunneiere ved å tilegne seg norsk språk og jordbrukskultur. Selv om det knapt er eksempler på at regelen ble håndhevet, var dette et fyrtårn i fornorskningspolitikken. Rekkene med norskklingende familie- og gårdsnavn blant bofaste samer må ses på som et resultat av dette. Uvilje på den nye loven ble uttrykt gjennom stemmen til den samiske politikeren og skolemannen *Isak Saba*. Han reiste spørsmål om ikke »gresset [vil] vokse like bra

10 Se Oskal (2001) som viser dette ved gjennomgang av John Locke, *Two Treatises of Government* (1690).

11 Se Lundmark (2002) s. 29–32. »Læren om kulturstadiene« hadde lenge en »vitenskaplig basis« innen grener av samfunnsvitenskapen, hvor Darwins biologiske evolusjonsteori ble videreført med tanke på å forklare de forskjellige menneskekulturenes utviklingstrinn (derav begrepet sosialdarwinisme).

12 Indst. fra Lappekommissjonen av 1897 s. 196. En nært beslektet oppfatning var at kultivering av jord var en forutsetning for erverv. Fredrik Stang (1911) formulerte dette slik: »Saa længe folkene lever som nomader, saa længe jorden er vid nok til at gi alle den plads, de behøver, er derimot ikke jorden underkastet eiendomsret. Først naar en stamme slaar sig ned og driver akerbruk, opstaar eiendomsret til grunden« (s. 3).

13 Indst. O. XI (1901–1902) s. 1

på enga, om man taler norsk eller samisk? Holder det ikke med at samene må kjøpe den jord som fra gammelt av har vært deres egen?»¹⁴

Også domstolene la til grunn at samisk bruk ikke var rettsdannende. Selv om dommene fra Høyesterett som er inntatt i Rt. 1931 s. 57 og Rt. 1955 s. 361, ikke gjaldt forhold i Finnmark, uttrykte de den rådende oppfatningen. Likeledes også dom avsagt av Frostating lagmannsrett så sent som 14. nov. 1966 (sak 83/1964) hvor det ble uttalt at

»den århundre gamle bruksutøvelse, også når det gjelder fiske, fangst og jakt, som samene ube-
stridt har utøvd, ikke går utover den 'uskadelige nyttesrett' som samene til enhver tid har vært
tillatt å utøve. Denne bruksutøvelse kan ikke ved hevd eller alders tids bruk skape et særskilt
rettsgrunnlag, som senere lovgivning ikke fritt kan regulere«. ¹⁵

2.3 Et endret syn på retten til jorden i Finnmark

I etterkrigsårene kom de første tegnene på et endret og mer positivt syn på samisk kultur til syne. I Samekomiteens innstilling fra 1959 ble betydningen av gjensidig respekt mellom samer og nordmenn understreket.¹⁶ Innstillingen representerte et brudd med fornorskningspolitikken. I 1964 ble Norsk Sameråd nedsatt etter forslag fra Samekomiteen, som et rådgivende organ for regionale og sentrale myndigheter i samiske spørsmål. Det skulle likevel ennå gå tid før holdningene til samer ble endret i offentlige institusjoner, så i praksis fortsatte fornorskningspolitikken i nærmere to tiår.

Også Innstillingen fra Reindriftslovkomiteen, avgitt i 1966, bærer preg av et endret syn på samisk kultur og næring. I utkastet til lov § 1 foreslo komiteen å lovfeste at reindrifftsretten var grunnnet på alders tids bruk, og i §§ 10 og 11 at reindrifften hadde ekspropriasjonsrettslig vern. Dette ledet imidlertid ikke til at staten endret sitt syn på reindrifftsretten.¹⁷ Det ble heller ikke uttrykt noen endret retts- eller eieroppfatning da jordsalgsloven ble revidert. I forarbeidene til lov 12. mars 1965 om statens rematrikulerte grunn i Finnmark (som var i kraft fram til 1. juli 2006) het det at: »Så langt tilbake som den norske soge vet å berette, var all jord og grunn i det egentlige Finnmark, betraktet som statens eiendom«. ¹⁸

14 *Sagai Muittalægje* (samiskspråklig avis) 1. mars 1906, gjengitt etter Pedersen (1999, s. 37). Isak Saba (1875–1921) var den første samene som ble innvalgt på Stortinget (1907–1912). Saba er også kjent for å ha forfattet teksten til den samiske nasjonalsangen *Sámi soaga lávlla*.

15 Avgjørelsen ble satt til side i dom inntatt i Rt. 1968 s. 394.

16 *Innstilling fra Komiteen til å utrede samespørsmål (Samekomiteen)*, avgitt 3. august 1959. Den ledet også til en egen stortingsmelding om samepolitikken i Norge, St. meld. nr. 21 (1962–63).

17 Se f.eks. Ot.prp. nr. 9 (1976–77) s. 42–43.

18 Innstilling om lov og forskrifter om statens umatrikulerte grunn i Finnmark fylke 1962 s. 5.

En endret oppfatning om *retten til jorden i Finnmark* kom derimot til uttrykk i Sverre Tønnesens doktorgradsavhandling med samme tittel fra 1972. Arbeidet hadde undertittel »Rettsreglene om den såkalte 'Statens umatrikulerte grunn' – en undersøkelse med særlig sikte på samenes rettigheter«. Ved å bruke betegnelsen »såkalte« og samtidig sette »Statens umatrikulerte grunn« i anførselstegn i undertittelen, viste Tønnesen at han stilte seg tvilende til statens eiendomsrett. Tønnesens opponenter, Gudmund Sandvik og Torstein Eckhoff, satte arbeid høyt. Sandvik uttalte at doktoranden hadde levert ugjendrivelige prov for at samene har utøvd en fast bruk av grunnen i Finnmark så langt tilbake som vi har skriftlige kilder. Han uttalte også at avhandlinga »lærer oss å tenke på ein ny måte om retten til jorda i Finnmark, og det må få konsekvenser«.¹⁹

Og det fikk konsekvenser. Tønnesens avhandling ble forholdsvis raskt vektlagt av domstolene. I Varfjell-Stifjell-dommen inntatt i Rt 1979 s. 492, la Høyesterett, tydelig inspirert av Tønnesen, til grunn at rettsforholdene i Finnmark var særegne »med delvis uklare regler om omfanget av statens rett til umatrikulert grunn« (s. 498).²⁰ Da den utmatrikulerte grunnen skulle matrikuleres i 1980, uttalte Miljøverndepartementet at i spørsmålet »om hvem som skal stå som hjemmelshaver ... ville det være uheldig om staten ble tinglyst som hjemmelshaver før forholdene vedrørende eiendoms- og bruksrett til den umatrikulerte grunnen er nærmere avklart«. Departementet viste også til dommen i Rt. 1979 s. 498 som grunn for å uttale » at omfanget av statens rett til den umatrikulerte grunn ikke er klar«.²¹

Stortingets beslutning om å bygge ut Alta-Kautokeino-vassdraget i 1978 satte debatten om samenes rett til sine landområder ettertrykkelig på dagsorden. I den grad det hadde utviklet seg en positiv holdning overfor samene som folk, viste utbyggingen i hvor liten grad dette ble omsatt i praktisk politikk. Etter storstilte politiske aksjoner for å fjerne samerettsforkjempere og miljøvernere som demonstrerte mot utbyggingen, ble den påbegynt i 1980. Altasaken representerte likevel et vendepunkt i norsk samepolitikk, hvor den, sammen med Tønnesens avhandling, var en viktig årsak til at Samerettsutvalget ble opprettet 10. oktober 1980. Utvalget fikk i mandat å utrede spørsmålene omkring den samiske befolkningens rettslige stilling når det gjaldt retten til land og vann. Dette var starten på lovarbeidet som et kvart

19 Sandvik (1980) s. 22–33.

20 De uklare reglene innebar at rettsuvidenhet ble godtatt som grunn for at en gruppe reindriftssamer hadde oversittet foreldelsesfristen for å kreve erstatning for skader de var påført i driften som følge av oppføring og drift av et telekommunikasjonsanlegg.

21 Statens kartverk Finnmarks arkiv. »Registrering av grunneiendommer i Finnmark«, brev fra Miljøverndepartementet til Justisdepartementet datert 8. november 1979.

århundre senere ledet til finnmarksloven. Samerettsutvalget avga sin første innstilling som NOU 1984: 18. Den resulterte bl.a. til Grunnloven § 110 a.²²

2.4 Statens eierforhold formaliseres gjennom matrikulering og hjemmels-overføring

Statens grunnforvaltning, utøvet gjennom Finnmark jordsalgskontor i Vadsø, måtte likevel – rettsteoretiske og andre nyvinninger til tross – fortsatt forholde seg til gjeldende rett, uttrykt gjennom jordsalgsloven av 1965. Gjeldende rett er ikke statisk, men basert på at oppfatninger kan endres over tid. Nettopp dette var tilfelle når det gjaldt oppfatningen av samenes og bygdefolks rett til grunnen i Finnmark. Men i motsetning til domstolene og rettsteoretikerne, var statens forvaltere av den umatrikulerte grunnen i liten grad lydhøre for nye signaler.

Inntil 1980 hadde kun skyldsatte eiendommer registerbetegnelse i Finnmark. På 1980-tallet ble den umatrikulerte grunnen matrikulert med betegnelsen »statsgrunn« i grunnboka. Selv om matrikuleringen var av formell karakter, forårsaket av delingsloven (av 23. juni 1978 nr. 70), medførte den at »statsgrunnen« ble formalisert som eiendom med matrikulære kjennetegn som registerbetegnelse, grunnboksblad og mulighet for å kunne overskjøtes. Skylddelingsforretning eller annet utgangsdokument manglet imidlertid, noe som var en følge av at eiendommen ikke var ervervet gjennom noen ordinær forretning.

Sju år etter at matrikuleringen var fullført, 11. august 1993, nyttet staten muligheten den var gitt til eieroverdragelse. Hjemmelen til »statsgrunnen« i Finnmark ble da overskjøtet til det nylig opprettede Statskog SF, til tross for forannevnte skriv fra Miljøverndepartementet og intensjonen med matrikuleringen.²³ Statsforetaket var i mindre grad underlagt forvaltningslovgivningen, samtidig som det var pålagt forretningsmessig drift. Dette innebar på sikt at befolkningens felles utmark ble behandlet som kapital med krav til forrentning og fortjeneste, samtidig som rettstvistene mellom stat og private økte i omfang.²⁴ I en undersøkelse av omorganiseringens betydning for samenes rettsstilling er det konkludert med at: »Om-

22 Grunnloven § 110 a lyder slik: »Det paaligger Statens Myndigheder at lægge Forholdene til Rette for at den samiske Folkegruppe kan sikre og udvikle sit Sprog, sin Kultur og sit Samfundsliv.

23 Slik også Iversen (2006) s. 7 hvor han uttalte at »Det var ikke hensikten at opprettelsen av 512 gnr./bnr. 1 (i 20 kommuner pr. 1986), med vår anmerkning av 'statsgrunn' i grunnboka, skulle tilrettelegge for overdragelse og tinglysning fra Staten v/Landbruksdepartementet til Statskog...«

24 Se for eks. Hålogaland lagmannsrett, dom av 23. mars 1999 (LH-1998-707) og dom og kjennelse 15. september 2004 (LH-2003-14370 / LH-2004-10944), sistnevnte nektet fremmet for Høyesterett (HR-2004-02032-U og HR-2004-02033-U).

organiseringen av Direktoratet for Statens skoger til Statskog SF var ... i strid med ILO-konvensjon nr. 169.«²⁵

Den rettshistoriske gjennomgangen viser at staten ikke har hatt tilnærmet like lang tilknytning til arealene i Finnmark, som den eksempelvis har til det som ble til statsallmenninger i Sør- og Midt-Norge. Likevel ble eierrådigheten utøvd i sterkere grad i Finnmark enn i statsallmenningene. Gjennomgangen viser også at eierrådigheten ikke var et resultat av et rettsverv, men av en politisk utvikling som satte fylkets opprinnelige innbyggers rettigheter til side.

3 Finnmarksloven

3.1 Samerettsutvalgets forslag til lov om forvaltningen av grunnen i Finnmark

Arbeidet med loven som skulle erstatte jordsalgsloven av 1965 ble tvunget fram av samenes krav om retten til land og vann i kjølvannet av Altasaken. I 1984 ble det opprettet en arbeidsgruppe sammensatt av velkvalifiserte jurister under Samerettsutvalget (Rettsgruppa) for å utrede rettsforholdene i Finnmark. Parallelt med prosessen som ledet til at Statskog SF fikk hjemmel til grunnen i Finnmark, pågikk altså Samerettsutvalgets utredningsarbeid for å finne ut hvem som var grunneier.

Rettsgruppa leverte sin innstilling som NOU 1993:34 *Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark*. Det var et bakgrunnsmateriale for utvalget.²⁶ Flertallet i gruppa kom til at staten var eier av grunnen i Finnmark. Sett i forhold til at staten ikke var eier før 1751, begrunnet Rettsgruppa sin konklusjon med at »[i] norsk rett er det et faktum at det som en gang var rett, ikke behøver å være det i dag – hverken med hensyn til eiendomsrett eller andre rettighetsforhold. Dette gjelder selv om endringen ikke bygger på avtale, klare ekspropriasjons- eller lovvedtak, men har sin rot i misforståelser«.²⁷ Nærmest beklagende het det at til tross for at misforståelsen i sin tid vanskelig lot seg unnskyldes, gjelder regelen. Noen rettsavgjørelse som har tatt stilling til eierforholdet, slik vi har hatt i Nordland og Troms (se Rt. 1991 s. 1311, Rt. 1996 s. 1232 og Rt. 2001 s. 1229), utover det som ble uttalt av Høyesterett i Rt. 1978 s. 498, eksisterer imidlertid ikke.

25 Borge og Myrbakk (1988) s. 280.

26 NOU 1994:21 *Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv* var et annet bakgrunnsmateriale framlagt for Samerettsutvalget.

27 NOU 1993: 34 s. 266 og 263. Rettsgruppa utelukket imidlertid ikke at bygdelag kunne ha ervervet rett til bruk av visse ressurser med hjemmel i reglene om alders tids bruk og lokal sedvanerett.

Et av medlemmene, Otto Jebens, dissenterte og uttalte at »de beste grunner taler for at den samiske befolkningen i området overfor den norske stat har krav på å bli anerkjent som eier av områdene i Indre Finnmark«. ²⁸

I lys av konklusjonen til flertallet i Rettsgruppa kan Samerettsutvalgets lovforslag, som ble framlagt i NOU 1997: 4 *Naturgrunnlaget for samisk kultur*, ²⁹ nærmest ses på som et forsøk på å rette opp den misforståelsen som hadde ført til statens eiendomsrett til grunnen i Finnmark. I innstillingen ble det argumentert for lokal forvaltning med oppretting av bygdebruksområder basert på tradisjonell utmarksbruk. I disse områdene skulle bygdefolk ha en særrett til sine områder. Forslaget ble begrunnet med at bygdebruksordningen kunne anses som en moderne siidaordning, ³⁰ som ville åpne for lokal forvaltning av klart definerte rettigheter for bygdefolk. Det blir også vist til at utmarksbruken i de samiske bosetningsområdene og bygdene i Finnmark

»er en vesentlig del av det materielle grunnlag for den samiske kultur. En forutsetning for å kunne ivareta og styrke denne siden av samekulturen, vil derfor være å legge forholdene til rette for bygdefolks bruk av utmarka«. ³¹

Samerettsutvalget grunnga også bygdebruksordningen ut fra allmenne prinsipper om sedvanerett: Hvis folk i ei bygd hadde drevet en forholdsvis intensiv og langvarig bruk av utmarksgodene i sitt nærområde i den tro at de hadde en rett til det, kunne det være etablert lokal sedvanerett som kunne gå foran allmenn lovgivning. Utvalget foreslo at bygdebruksområdene skulle fastsettes av nemnd med lokal innsikt og med jordskifteretten som appellinstans. I begrunnelsen het det at »[j]ordskifteretten har lang erfaring med konkrete grensefastsettelser og peker seg derfor ut som det naturlige overprøvingsorgan. Videre synes grensegangssak iht. jordskifteloven ... å være den mest nærliggende prosessform«. ³²

28 NOU 1993: 34 s. 295.

29 Samerettsutvalgets lovforslag ble framlagt med dissens (to alternative forslag). Sammen med utvalgets innstilling ble også arbeidet til Folkerettsgruppa framlagt som NOU 1997: 5 *Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett*.

30 Tradisjonelt har de samiske områdene vær inndelt i siidaområder, hvor bygdelag, slekter eller storfamilier hadde rett til å nytte bestemte landområder. For reindriftssamene er siidaen formalisert gjennom reindriftsloven, hvor det i § 51 første punktum heter at »[m]ed siida forstås i denne lov en gruppe av reineiere som utøver reindrift i fellesskap på bestemte arealer.«

31 NOU 1997: 4 s. 239.

32 Op. cit. s. 247.

3.2 Regjeringen Bondeviks lovforslag

Da Bondevik II-regjeringen fremmet sitt lovforslag som Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) ble det uttalt at loven skulle danne grunnlag for en ny grunnforvaltning »der finnmarkingene selv får eierrådigheten og ansvaret for forvaltningen av ressursene, mens staten trekker seg ut av grunneierrollen i Finnmark« (s. 7). Det ble også sagt at forslaget var ment å rydde av veien mulig tvil om at statens eierposisjon hadde vært til hinder for opparbeiding av selvstendige bruks- og eierrettigheter. Slike måtte »respekteres og anerkjennes i Finnmark som ellers i landet.«³³

At det ble uttalt at »all bruk over tid kan være rettsskapende, uavhengig av utøvernes etniske og kulturelle bakgrunn«,³⁴ var av stor viktighet i forhold til den rettspraksis som hadde rådet på midten av 1900-tallet. Det het også at selv om former for diskriminering hadde foregått i perioder, f.eks. språkkrav, hadde norsk rett aldri har hatt noe dogme om at samers bruk skulle ha mindre rettsvirkning enn andre norske borgeres bruk. Samerettsutvalgets forslag om opprettelse av bygdebruksområder var imidlertid utelatt. Det ble heller ikke foreskrevet andre konkrete regler for identifisering og kartlegging av opparbeidede landrettigheter. Dette gjorde at proposisjonen faktisk anerkjennelse av samiske landrettigheter uteble.

Lovforslaget møtte sterk motbør. Fra samisk hold ble det påpekt at Samerettsutvalgets arbeid ikke var fulgt opp, og anført at lovforslaget ikke tilfredstilte Norges folkerettslige forpliktelsene overfor samene.³⁵ Også fra fylkestingspolitikere som fryktet at samene skulle få for stor innflytelse gjennom loven, møtte forslaget motstand.

Sametinget forkastet i mai 2003 lovforslaget mot tre stemmer. Det krevde betydelige endringer, samt at det ble innledet konsultasjoner; »hvor formålet med konsultasjonene må være å få i stand et lovgrunnlag som også Sametinget kan slutte seg til«. ³⁶ I 2004 konkluderte ILOs ekspertkomité at loven ikke oppfylte minstestandarden i ILO konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater (ratifisert av Norge 20. juni 1990) for anerkjennelse av urfolksrettigheter, og at lovvedtak trengte Sametingets samtykket.³⁷

33 Ot.prp. nr. 53 (2002–2003) s. 106.

34 Op. cit. s. 13.

35 Tidligere sametingspresident og daværende leder for FN's permanente urfolksforum, *Ole Henrik Magga*, uttalte i *Sagat* 5. april 2003 at lovforslaget streid mot norsk lov og internasjonal rett. Det kan også vises til kronikk av sametingspresident Sven-Roald Nystø i *Aftenposten* 28. november 2003. Se også *Ravna* (2004) hvor dette belyses nærmere.

36 Sametingets arkiv: Møtebok 2/03 s. 128, sak 21/03 Finnmarksloven, behandlet 20.-23. mai 2003.

37 Se ilolex document no 062004NOR169, særlig punkt 19 hvor det het: »The adoption of the Finnmark Estate without such agreement amounts, however, to an expropriation of rights recognized in judicial decisions in Norway and under the Convention.«

Tvilen som ble reist om lovforslaget var i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser overfor samene, medførte at Stortingets Justiskomité oppnevnte to uavhengige juridiske eksperter for å vurdere lovforslagets forhold til folkeretten. De konkluderte med at forvaltningsordningen loven foreskrev *ikke* var i samsvar med folkeretten.³⁸ En ekspert oppnevnt av Utenriksdepartementet (Carl August Fleischer) kom derimot til motsatt slutning.³⁹

3.3 Endringer i lovforslaget som følge av konsultasjoner i medhold av folkeretten

Kritikken mot lovforslaget medførte at Stortingets justiskomité åpnet for at det ble avholdt konsultasjoner mellom justiskomiteen, Sametinget og Finnmark fylkesting.⁴⁰ Denne gjennomføringen av konsultasjonsplikten kan sies å være en *konstitusjonell nyvinning*. Den viser at urfolk kan påvirke lovgivningsprosessen i medhold av folkeretten. At dette var en nyskaping, understrekes også av at Justiskomiteens lovinnstilling ble sendt til Sametinget og Finnmark fylkesting til uttalelse *før* det ble framlagt for Odels- og Lagtinget.

Konsultasjonene medvirket også til at det ble inngått en avtale mellom Kommunal- og regionaldepartementet og Sametinget. I avtalen inngått 11. mai 2005, ble det i ni punkter fastsatt hvordan konsultasjonene med Sametinget skal foregå. Her framgår det at konsultasjonsplikten omfatter lovgivning og forvaltningssaker som vil kunne påvirke samiske interesser direkte. I punkt 2.2 er det nevnt »lover, forskrifter, enkeltvedtak, retningslinjer, tiltak og beslutninger (f.eks. i stortingsmeldinger)«. Konsultasjonsplikten omfatter ikke bare arealbruk og arealinngrep. Den omfatter tiltak som kan berøre »alle ideelle og materielle former for samisk kultur«(punkt 2.3).⁴¹

Konsultasjonene ledet til vesentlige endringer i lovforslaget. Jeg vil i det følgende ha fokus på de endringer som kan ha betydning for lovanvendelsen når det gjelder rettsidentifiseringsprosessen. Det vil i praksis si lovens formålsparagraf (§ 1), im-

38 Graver og Ulfstein (2004), se (http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rapporter_planer/rapporter/2004/Folkerettslig-vurdering-av-forslaget-til.html, sist besøkt 25. januar 2008).

39 St.meld. nr. 44 (2004-2005) kap. 2.2.3.

40 Slik konsultasjonsplikt følger av ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 6.

41 *Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget*, avtale inngått mellom kommunal- og regionalministeren og sametingspresidenten 11. mai 2005, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/tema/Samepolitikk/Prosedyrer-for-konsultasjoner-mellom-sta.html> (sist besøkt 24. januar 2008). Konsultasjonsplikten innebærer ikke at Sametinget må gi sitt samtykke til framsatte forslag. Sametinget har imidlertid adgang til å gi retningslinjer om hvordan virkninger av endret bruk av utmark skal bedømmes for samisk kultur. mv., jf. finnmarksloven § 4. Ved kgl. res. 1. juli 2005 ble det stadfestet at prosedyrene skal gjelde for hele statsforvaltningen.

plementeringen av ILO-konvensjon nr. 169 i finnmarksloven i § 3, anerkjennelsen av samenes landrettigheter i § 5 og loven kapittel 5 om »Kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter«.⁴²

Det er naturlig å starte med formålsbestemmelsen i § 1. I justiskomiteens innstilling ble lovforslaget endret slik at lovens formål i større grad er å ta hensyn til interessene til Finnmarks befolkning generelt, og samene spesielt. I den endelige lovteksten, som framkom som følge av endringene, heter det at loven skal legge til rette for en forvaltning som er til beste for innbyggerne i fylket og »særlig som grunnlag for samisk kultur, reindrift, utmarksbruk, næringsutøvelse og samfunnsliv«. Samtidig ble »allmennheten«, som hadde plass i regjeringens forslag, utelatt. En kan også merke seg at »utmarksbruk« er nevnt spesielt, mens jordbruk, som tidligere alltid har hatt sentral plass i »finnmarkslovgivningen«, og som også er definert som en samisk næring, ikke er nevnt.⁴³

Disse endringene kan ses på som et uttrykk for at rettighetene til fylkets befolkning, og da særlig samene, er blitt styrket på bekostning av allmennhetens adgang til friluftsliv i fylket. Et uttrykk for prioriteringen av reindriften, er at denne næringen, i motsetning til jordbruket, har fått fast representasjon i Finnmarkseiendommens styre.

Paragraf 3 er av større prinsipiell interesse når det gjelder spørsmålet om anerkjennelse av samenes landrettigheter. Da menneskerettsloven (21. mai 1999 nr. 30) ble vedtatt, valgte lovgiver kun å inkorporere hovedkonvensjonene om menneskerettigheter. Dette leder til at FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) ble inkorporert,⁴⁴ mens ILO konvensjon nr. 169, ble utelatt.⁴⁵ Gjennom finnmarksloven § 3 første punktum hvor det heter at »[lo]ven gjelder med de begrensninger som følger av ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i

42 Konsultasjonene ledet også til endrede regler om Sametingets retningslinjer for endret bruk av utmark (§ 4), om sammensetning av styret for finnmarkseiendommen (§ 7) og reglene om endret bruk av utmark og avhendelse av fast eiendom (§ 10). Jeg går ikke videre inn på dette.

43 Jf. Nordisk samekonferanses definisjon i 1983 (se NOU 1984: 18, s. 87). Man kan også merke seg at jordbruket, i motsetning til reindriften, ikke har lovfestet plass i Finnmarkseiendommens styre.

44 Samerettsutvalgets folkerettsgruppe påpeker i NOU 1997: 5 s. 61 at art. 27 gir urfolk vern mot statlige inngrep som begrenser deres utøvelse av kultur og næring. Et bærende prinsipp er at staten ikke skal vedta eller tillate tiltak som i betydelig grad svekker de grunnleggende vilkår for samisk kultur og næring.

45 I NOU 1993:18 s. 142 sp. 2 uttalte lovutvalget at ILO-konvensjon nr. 169 »[e]tter sitt innhold er helt sentral på det området den gjelder. Den er den eneste globale urfolkskonvensjonen. I Norge, hvor vi har en urbefolkning – samene – må konvensjonen anses for å være sentral«. Utvalget foreslo likevel at kun *hovedkonvensjonene* ble inkorporert, se s. 161–162. Dette fikk departementets og lovgivers tilslutning, se Innst. O. nr. 51 (1998–99) hhv. s. 4 og s. 7–8.

selvstendig stater« blir det gjort en inkorporering av konvensjonen, noe som innebærer at den har prioritet foran finnmarksloven ved motstrid,⁴⁶ og at artikkel 14 nr. 1 som sier at »[v]edkommende [ur]folks rettigheter til eierskap og besittelse av de landområder der de tradisjonelt lever, skal anerkjennes« får stor betydning.

I finnmarksloven § 5 ble det tatt inn et nytt første ledd, som slår fast at samene kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann har opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark. Justiskomiteen omtaler det som »en prinsipiell og politisk anerkjennelse av at det forekommer slike rettigheter«.⁴⁷ Samtidig har den også praktisk betydning da den begrenser Finnmarkseiendommens myndighet over »egen« grunn.

Konsultasjonene mellom Justiskomiteen, Sametinget og Finnmark fylkesting ledet til et tredje ledd i § 5 i loven, som åpnet for etablering av nye identifiserings- og domstolsorganer; nærmere bestemt en *kommisjon* for å utrede rettigheter til land og vann i Finnmark, og en *særdomstol* som skal avgjøre tvister om slike rettigheter. Lovens kapittel 5 om »Kartlegging og anerkjennelse av eksisterende rettigheter« gir regler om hvordan dette skal skje. Begrunnelse for opprettelsen av to nye rettsinstusjoner finner vi i Innst. O. nr. 80 (2004–2005). På s. 28 viser Justiskomiteens flertall til at ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 nr. 2 krever at myndighetene skal ta nødvendige skritt for å identifisere landområder som urfolk tradisjonelt besitter, og sikre effektivt vern av deres eiendoms- og besittelsesrett. Det ble også vist til at artikkel 14 instituerer hensiktsmessige ordninger i den nasjonale rettsorden for å avgjøre rettskrav knyttet til landområder fra urfolk: »Det er med andre ord etter flertallets mening klart ikke holdbart etter folkeretten å overlate spørsmålet om hvilke og hvor omfattende rettigheter som er opparbeidet i Finnmark til de alminnelige domstolene.«⁴⁸

Uavhengig av »urfolks rettigheter og folkerettslige betraktninger« viste Justiskomiteens flertall også til Høyfjellskommisjonen og Utmarkskommisjonen som »liknende særordninger for kartlegging av rettigheter ellers i landet«.⁴⁹ Ut fra et sammenliknende synspunkt ville det da »være klart urimelig å si at finnmarkingene

46 Se Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 33. Se også Gauslaa (2006, note 8) hvor dette omtales som en »begrenset inkorporering«.

47 Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 37.

48 Dette må sies å være en hard kritikk av de alminnelige domstolene. Sml. for øvrig høyesterettsjustitiarius Tore Scheis tale ved åpningen av Indre Finnmark tingrett i juni 2004 hvor han viste til at det først og fremst er Høyesterett som ivaretar den rettsavklarende og rettskapende funksjonen. For Indre Finnmark tingrett fant han å gjøre en vesentlig reservasjon: »I saker hvor samiske sedvaner og rettsoppfatning har betydning, vil retten her ha en nærhet til rettsstoffet som Høyesterett og andre domstoler ikke vil ha. Indre Finnmark tingrett har en særdeles viktig oppgave i å la denne innsikt og viten komme til uttrykk i sine avgjørelser, slik at det formidles til ankeinstansene.«

49 Inst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 28 sp. 2.

må ta byrden ved selv å føre sine saker for de alminnelige domstolene med alle de ulempene dette innebærer«.

Det er lang avstand i tid og innhold mellom det todelte lovforslag som ble framlagt av Samerettsutvalget i NOU 1997: 4, og den loven som fant sin endelige form etter at Innst. O. nr. 80 (2004–2005) var vedtatt av Stortinget. Konsultasjonene innebar at det ble foretatt forholdsvis store endringer i lovforslaget regjeringen framla, noe som gjør at Innst. O. nr. 80 (2004–2005) må sies å være en bedre kilde til belysning av finnmarksloven enn Ot.prp. nr. 53 (2002–2003).⁵⁰ Samtidig kom loven kom noe nærmere Samerettsutvalgets opprinnelige forslag.

3.4 Hvilke organer skal avklare rettsforholdene i Finnmark?

Finnmarkskommisjon er opprettet i medhold av finnmarksloven § 29. Kommisjonen skal på grunnlag av gjeldende *nasjonal rett* utrede bruks- og eierrettigheter til den grunnen som Finnmarkseiendommen overtar fra staten. Flertallet i justiskomiteen valgte formuleringen »gjeldende nasjonal rett« for bedre å få fram at også samiske sedvaner og rettsoppfatninger skal vektlegges.⁵¹ Opprettelsen av kommisjonen må også betraktes som en aksept for at samene, og bygdebefolkningen i Finnmark for øvrig, *har* opparbeidet seg rettigheter gjennom alders tid bruk o.l.

Kommisjonen er ikke gitt dømmende myndighet. Om man skal forsøke å kategorisere den, må den derfor sies å være et uavhengig forvaltningsorgan. Imidlertid gjelder ikke forvaltningsloven og alminnelige regler for klage over dens saksbehandling. Overprøving av kommisjonens tilrådninger kan således bare skje ved å bringe spørsmålet inn for *Utmarksdomstolen* (som jeg straks kommer tilbake til). Kommisjonen skal sammensettes med fem medlemmer, hvorav tre skal være jurister. Det er ikke satt noe krav om medlemmer med lokal kunnskap, utover at »to medlemmer skal være bosatt i eller på annen måte ha sterk tilknytning til Finnmark fylke«.⁵²

Det er viktig å være oppmerksom på at kommisjonen kun skal fastslå hva som er gjeldende rett *de lege lata*, og ikke komme med forslag til hva som *bør bli* gjeldende rett ut fra hensiktsmessighetsvurderinger. Den skal heller ikke foreta jordskifter eller bruksordninger for å etablere mer tjenlige forhold der nye rettighetsgrenser kan skape utjenlige forhold, eksempelvis for jakt, fiske og beiting.

50 Slik også Ganslaa (2006) note 1 siste avsnit.

51 Innst. O. nr. 80 (2004 – 2005) s. 18–19.

52 Sammensetningen skjedde til tross for justiskomiteens uttalte om at det er »svært viktig at kommisjonen ikke bare er sammensatt av jurister, og at den har legitimitet i hele befolkningen. Det sentrale i denne sammenheng må være at man skal komme frem til et juridisk forsvarelig resultat og dermed kan få en endelig avklaring av rettighetsforholdene i fylket., se Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 19.

Paragraf § 30 gir Finnmarkskommisjonen myndighet til selv å fastsette felter for utredning, og rekkefølgen for disse. Ved slik fastsetting skal det bl.a. legges vekt på hensynet til en naturlig avgrensning av feltet når det gjelder utstrekning og rettslig og historisk sammenheng. Primært er det bruks- og eierrettigheter i utmark etablert ved alders tids bruk o.l. som skal utredes, mens det er mindre aktuelt å utrede rettigheter basert på kontraktsrettslig adkomst. Kommisjonen er imidlertid ikke avgrenset fra å utrede slike rettigheter.⁵³ Finnmarkskommisjonen har selv ansvaret for at saken blir tilstrekkelig opplyst, jf. finnmarksloven § 32, noe som innebærer at den må ta stilling til i hvilket omfang rettigheter skal utredes. Rettspreudentene er dermed ikke ansvarlige for å belyse saken, slik de er i den alminnelige sivilprosess. De er imidlertid ikke avskåret fra å føre egne bevis, jf. annet ledd.

Kommisjonen skal etter at den har utredet et felt, avgi en rapport. Den skal inneholde opplysninger om hvem kommisjonen oppfatter å være grunneier og hvilke bruksrettigheter kommisjonen mener eksisterer. Konklusjonene skal grunngis. Finnmarkseiendommen skal uten ugrunnet opphold ta stilling til kommisjonens konklusjoner. I den grad *Finnmarkseiendommen* er enig med kommisjonen om at andre har rettigheter, plikter den å gi uttrykk for dette skriftlig, samt å sørge for tinglysning og oppmåling. Kommisjonen kan også bidra som megler for å få fremforhandlet løsninger etter at den har avlevert sin rapport.

Om enighet ikke oppnås etter at kommisjonen har avgitt sin rapport, har partene en frist til å bringe saken inn for en særdomstol, kalt Utmarksdomstolen for Finnmark, jf. finnmarksloven § 38. Fristen er på ett år og seks måneder. Det er satt en så vidt lang frist både for at Finnmarkseiendommen skal rekke å ta stilling til rapporten, for at det skal være tid for å komme fram til forhandlingsløsninger og av hensyn til at enkelte samiske bruksmønstre tilsier en lang frist.⁵⁴ Uten at det framgår direkte, er det nok her siktet til personer med nomadisk levesett, som oppholder seg på forskjellige steder til forskjellige årstider.

Dersom saken ikke bringes inn for særdomstolen innen den fastsatte fristen, forutsettes det at resultatet blir gjeldende mellom partene og at det skal sikres gjennom avtale og etterfølgende grenseoppmerking av jordskifteretten. Selv om kommisjonen ikke har domsmyndighet vil dens tilrådning få stor betydning. At Utmarksdomstolen av eget tiltak skal innhente Finnmarkskommisjonens rapport og ta utgangspunkt i denne ved behandlingen av saken, jf. finnmarksloven § 41, og at det er begrenset ankeadgang på utmarksdomstolens avgjørelser (se under), understreker dette. Om pålegget om å ta utgangspunkt i kommisjonens rapport kan oppfattes slik at den som vil prosedere på annet standpunkt enn det kommisjonen har kommet til, har bevisbyrden, framgår ikke av forarbeidet.

53 Op. cit. s. 19–20.

54 Op. cit. s. 23. Se også Gauslaa (2006) note 167.

Skal finnmarksloven lede til at Norges forpliktelser overfor samene som folk når det gjelder rett til å eie historisk ervervede landområder, oppfylles, setter dette krav til Finnmarkskommisjonen. Tinglige rettigheter, både individuelle og kollektive, bør kartlegges på en slik måte at det ikke senere kan reises tvil om at forpliktelsene i ILO 169 art. 14 er oppfylt.

Utmarksdomstolen for Finnmark er en særdomstol som skal opprettes i medhold av finnmarksloven § 36. Den skal behandle tvister om rettigheter etter at Finnmarkskommisjonen har utredet et felt. Slike tvister kan eksempelvis oppstå der personer eller grupper som mener å ha rettigheter av privatrettslig karakter, ikke får aksept for dette i Finnmarkskommisjonens rapport, jf. § 33, der Finnmarkseiendommen avviser kommisjonens rapport, jf. § 34, eller der forhandlinger etter § 35 ikke fører frem.

Utmarksdomstolen har i likhet med Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms *eksklusiv kompetanse*, og saker kan derfor ikke bringes inn for de alminnelige domstoler eller for jordskifterettene uten i nærmere angitte tilfeller. Utmarksdomstolen kan avvise saker den ikke finner egnet for behandling. Slik avvisning kan ikke angripes med rettsmiddel, jf. § 39 annet ledd. Justiskomiteens flertall uttalte i den forbindelse at Utmarksdomstolen bør »konsentrere seg om de store og prinsipielle sakene, slik at mindre saker, f.eks. en sak om justering av grenser mellom to eiendommer, eller saker ... om tolkning av en nylig inngått avtale om salg av en eiendom, vil kunne overlates til de alminnelige domstolene eller jordskifteretten«.

I motsetning til for Finnmarkskommisjonen, påhviler det partene å gjøre rede for de faktiske forhold og de beviser de mener er av betydning for domstolens avgjørelse av saken, jf. § 41 første ledd. Men som nevnt skal utmarksdomstolen innhente Finnmarkskommisjonens rapport og ta utgangspunkt i denne. Kommisjonens medlemmer eller noen som har utført arbeid for kommisjonen, er skjermet fra å kunne stevnes som vitner.

Rettsmiddel mot utmarksdomstolens avgjørelser er anke til Høyesterett, noe som innebærer en begrenset ankeadgang, jf. tvisteloven § 30-4. Justiskomiteens flertall begrunnet det med »at tilsvarende løsning ble valgt for avgjørelser fra utmarkskommisjonen for Nordland og Troms«.⁵⁵ Hvis vi sammenlikner ankeordningen med Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms ble 10 av 15 framsatte anker avvist med hjemmel i tvml. § 373 tredje ledd,⁵⁶ som tvisteloven § 30-4 er en

55 Innst O. nr. 80 (2004–2005) s. 25. En tilsvarende begrunnelse med henvisning til den tidligere Høyfjellskommisjonen, ble gitt da Utmarkskommisjonen ble opprettet i 1985. Da Høyfjellskommisjonen var i virksomhet (1908–1953) var det imidlertid ikke slike begrensninger i ankeadgangen til Høyesterett.

56 Se Ravna (2007) s. 627.

videreføring av. Unntaket fra krav til ankesum, som opprinnelig var tatt inn i finnmarksloven § 42, er også fjernet gjennom endringslov nr. 3/2007.⁵⁷

Staten dekker partens prosessomkostninger. Dette er imidlertid begrenset til å omfatte tvister mellom *Finnmarkseiendommen* og andre parter, jf. finnmarksloven § 43.

Finnmarksloven overlater ikke all rettsavklaring til Finnmarkskommisjonen. Gjennom § 23 er *kommunens og fylkets innbyggere* tilkjent visse rettigheter, slik som hogst til husbehov, jakt, fiske og multeplukking. *Allmennheten* er dessuten gitt adgang til småviltjakt, sportsfiske og multeplukking til eget hushold. I tillegg har jordbrukseiendom rett til beite for den buskap som kan vinterføs på eiendommen, jf. § 23 annet ledd.

Når det gjelder beiterett for jordbrukseiendommer, noe som ble ofret stor oppmerksomhet av Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms, kan det sies at lovgiver har videreført det resultat som Utmarkskommisjonen la seg på i dette spørsmål. Utmarkskommisjonen kom til at jordbrukseiendommer i Nordland og Troms, med ett unntak (Nord-Rana allmenning), hadde beiterett på allmenningsrettslig grunnlag.⁵⁸ At jordbrukseiendommer hadde beiterett på allmenningsrettslig grunnlag, men ikke hogstrett, ble stadfestet av Høyesterett for Beiarn og Skjærstad kommuner i dom inntatt i Rt. 1991 s. 1311.

I Finnmarksloven § 23 annet ledd, heter det at: »Til jordbrukseiendom ligger rett til beite for så stor buskap som kan vinterføs på eiendommen.« I relasjon til den usikkerhet som likevel synes å foreligge rundt jordbrukers beiterett,⁵⁹ kan det være nyttig å se på begrunnelsen for bestemmelsen. Den er en direkte videreført fra Ot.prp. nr. 53 (2002–2003). Her framgår det at bestemmelsen bygger på Samerettssutvalgets andre delutredning, hvor det ble lagt til grunn at fylkets jordsbrukere, i samsvar med gammel bruk og rettsoppfatning, har rett til utmarksbeite. Retten gjelder alt bufe som kan vinterføs på vedkommende jordbrukseiendom. Dette er en reell bruksrett, slik at det er uten betydning for rettens innhold om jordbrukeren eier bruket, sitter med festekontrakt eller leier det. Det er heller ikke av betydning når bruksrett er skilt ut fra den tidligere »statsgrunnen«. At Samerettssutvalget fant

57 Se Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 113–114 hvor det het: »Uten hensyn til ankegjensstandens verdi vil det i Høyesterett bli krevd samtykke for fremme av alle anker over dommer, jf. tvisteloven § 30-4. Under disse omstendigheter ser ikke departementet grunn til at det skal opprettholdes noen særlige regler om fremme av anker for søksmål etter finnmarksloven. De hensyn som reglen om unntak for ankesum bygger på, vil fortsatt ha gyldighet ... jf. den skjønnsmessige og fleksible regelen i § 30-4.«

58 Bang (1995a), (1995b) og (2001) og Bleikvassli (2005).

59 Det kan vises til at Finnmarkseiendommen i en konkret sak i Vadsø kommune har uttalt at: »Loven gir ingen rett til bare å sende dyrene sine på beite uten å spørre grunneier først. Det blir selvtekt« (*Dagbladet Finnmarken* 18. mai 2007).

å uttale seg så vidt tydelig, synes å ha hatt sin bakgrunn i at Samerettsutvalgets rettsgruppe hadde kommet til at dagjeldende rettstilstand på området var uklar.⁶⁰

4 Hvilke krav må stilles til rettsidentifiseringsprosessen?

4.1 Overføring av eierrett til »Finnmarkseiendommen« er ikke tilstrekkelig

Av finnmarksloven § 5 tredje ledd framgår det at »omfanget og innholdet av de rettighetene som sameer og andre har på grunnlag av hevd eller alders tids bruk eller på annet grunnlag« skal fastslås. Denne rettsidentifiseringen kan sies å være *påbegynt* ved at Statskog SF overførte hjemmelen for den tidligere umatrikulerte grunnen til Finnmarkseiendommen 1. juli 2006. Dette er et skritt i riktig retning når det gjelder den norske stats vilje til å oppfylle sine folkerettslige forpliktelser overfor same-ner som urfolk. Dette er imidlertid bare et lite, men formelt sett viktig steg i prosessens startfase. Noe lenger enn det kan man ikke si at prosessen kommet pr i dag.⁶¹

Finnmarksloven skal anvendes i samsvar med ILO-konvensjon nr. 169. Artikkelen 14 punkt 1 innebærer dette at Norge er forpliktet til å anerkjenne samenes »rettigheter til eierskap og besittelse av de landområder der de tradisjonelt lever«. ⁶² Etter punkt 2 skal myndighetene »etter behov iverksette nødvendige tiltak for å identifisere de landområder der vedkommende folk tradisjonelt lever, og sikre effektivt vern av deres rettigheter til eierskap og besittelse.« Disse to punktene er gjenspeilet i finnmarksloven § 5.

Det vil naturlig være meningsforskjeller om hvilke landområder dette gjelder. Etter punkt 3 i samme artikkel skal det etableres »[t]ilfredsstillende prosedyrer ... i nasjonal rettsorden for å avgjøre rettskrav knyttet til landområder fra vedkommen-

60 NOU 1997: 4 s. 479, jf. NOU 1993:34 s. 108 flg. Dette er nærmere behandlet i Øivind Ravna, »Rett til beite for jordbrukseiendom på Finnmarkseiendommens grunn«, prøvelsesning for den juridiske doktorgraden (valgfritt emne), avholdt ved Universitetet i Tromsø 21. april 2008 (foreløpig upublisert).

61 Rettsforholdene skal avklares av Finnmarkskommisjonen. I *Overgangsbestemmelser om Finnmarkseiendommen* (25. nov. 2005) heter det at Finnmarkskommisjonen skal være operativ fra 1. januar 2007 og særdomstolen kort tid etter (se <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/aktuelt/nyheter/2005/Finnmarkseiendommen.html?id=99579>, sist besøkt 29. januar 2008). Finnmarkskommisjonen ble oppnevnt i statsråd 14. mars 2008, se <http://regjeringen.no/nb/dep/jd/presesenter/pressemeldinger/2008/finnmarkskommisjonen-er-oppnevnt.html>, sist besøk 30. mai 2008). Den ventes å være operativ fra høsten 2008.

62 Se NOU 1997: 5 s. 34 hvor det bl.a. heter at »Formålet med bestemmelsen i artikkel 14 er at det er den bruk som tradisjonelt har vært utøvd, som skal anerkjennes og gis rettslig status.

de folk«. Opprettelsen av Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen er ment å være en oppfyllelse av dette. Om dette er mer hensiktsmessig enn en behandling ved de alminnelige domstolene, er ikke drøftet i nevnbare grad, utover at Justiskomiteens flertall slo fast at det ikke er holdbart etter folkeretten å overlate slike spørsmål til de alminnelige domstolene.⁶³

Ikke uten grunn er det knyttet seg stor spenning til hvordan rettsidentifiseringsprosessen skal gjennomføres. Tønnesen (1972), s. 312–313 påpekte for 35 år siden at Finnmarksallmenningen ikke var én allmenning, men »rettslig sett best bør anses som mange almenninger, som stort sett står under de samme generelle regler«. Dette er etter mitt skjønn fortsatt vektige ord de som skal avklare rettsforholdene bør ha i minne. Sentralt står spørsmålet om den prosess finnmarksloven foreskriver vil være i stand til å gi de som gjennom historisk bruk har ervervet rettigheter i sitt nærområde, det være seg bygdelag, slekter, siidaer eller enkeltpersoner, anerkjennelse for disse rettighetene i praksis.

Status pr. i dag er at det ikke kan sies å ha skjedd noen rettsanerkjennelse som har kommet Finnmarks befolkning til gode. For Finnmarkskommisjonen vil dette bli en svært sentral oppgave.

4.2 Finnmarkseiendommens rolle

Også *Finnmarkseiendommen*, eller *Finnmárkkkuopmodat* som den heter på samisk,⁶⁴ er gitt en viktig og krevende rolle i rettsidentifiseringsprosessen. Finnmarkseiendommen er et selvstendig rettssubjekt, »som skal forvalte grunn og naturressurser mv. som den eier i samsvar med lovens formål og reglene i loven her for øvrig«, jf. finnmarksloven § 6. Selv om Finnmarkseiendommen ledes av et styre oppnevnt av Sametinget og fylkestinget, framstår den i en rolle ikke ulik den Statskog SF hadde, da den skal være motpart til de som vil hevde rettigheter de har fått anerkjennelse for i finnmarksloven § 5.

Den vil få en vanskelig oppgave i å ta stilling til kommisjonens konklusjoner og de rettskrav som vil komme fra forskjellige lag av Finnmarks befolkning; både de som krever egne rettigheter, og de som vil kjempe for allmennhetens tilgang til naturressursene. Anerkjennelsen av den samiske befolkningens opparbeidede rettigheter bør skje på en måte som bidrar til å oppfylle finnmarksloven § 5 uten omfattende og unødige rettsprosesser. Selv om Finnmarkseiendommens rolle kan sammenliknes med Statskogs, er det avgjørende viktig at de ikke inntar den samme

63 Se Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 28. Om de ordninger som nå er fastsatt er hensiktsmessige, er det foreløpig vanskelig å si noe om da det ikke foreligger praksis.

64 Finnmarkseiendommen er forkortet *FeFo* er en sammenslåing av forkortelsen for den norske og den samiske betegnelsen.

rolle som Statskog hadde i perioden etter at det ble statsforetak. Det vil i så fall lede til en konfliktfylt og lite konstruktiv kartleggings- og rettsidentifiseringsprosess.

At det nye grunneierorganet tok med seg stab og ledelse fra det gamle statsforetaket, og at en stor del av administrasjonen fortsatt er lokalisert til Vadsø, og ikke Porsanger, slik vedtatt av Sametinget og Finnmarkseiendommens styre, gjør at Finnmarkseiendommen må være særlig bevisst på sin rolle som forvalter av grunnen tilhørende finnmarks befolkning. At Finnmarkseiendommen har innført gebyrer for saksbehandling og vedutvisning, samtidig som styremøtene har vært holdt lukket, har nok heller ikke bidratt til å gi den jevne Finnmarking noen følelse av å ha fått eierrådighet over egen grunn. Vedtaket om at jordbrukere ikke skal kunne kjøpe landbrukseiendommer de har ryddet, dyrket opp og forvaltet, er et brudd med prinsippene som har eksistert siden 1775.⁶⁵ Det har nok heller ikke bidratt til at finnmarksbøndene har fått noen følelse av å ha blitt »herrer i eget hus«.

Det samme kan sies om at Finnmarkseiendommen har trådt inn i en sak etter Statskog SF og vedtatt riving av en fastboende sames seterbygning i forkant av at Finnmarkskommisjonen skal starte sitt rettsidentifiseringsarbeid.⁶⁶

Finnmarkseiendommen må også være oppmerksom på at den ikke skal forvalte finnmarksallmenningene på permanent basis. Dens oppgave er å forvalte det den har overtatt fra staten fram til rettsidentifiseringsprosessen er gjennomført på en slik måte at rettshaverne kan drive naturbasert nærings- og friluftaktivitet på finnmarksallmenningens grunn. Det kan ikke være Finnmarkseiendommens oppgave selv å utvikle seg til en aktiv grunneier som driver næringsvirksomhet med basis i allmenningens naturressurser, kanskje endatil i konkurranse med rettighetshaverne, hvor den etter egne vurderinger fordeler ut eventuelle overskudd til passende formål innen fylke.⁶⁷ Etter finnmarkslovens formålsparagraf skal grunnen forvaltes »til beste for innbyggerne i fylket« slik det er nedfelt i lovens formål. Det vil si en »ba-

65 I vedtak i sak nr. 47/2007 het det bl.a.: »Jordbruksjord i drift som grenser til hovedbruket og som fortsatt vil være det i framtiden. Selges ikke, men festes. Det samme gjelder for tettstedsnære områder med antatt stor økonomisk verdi og arealer som ikke grenser til hovedbruket«, se <http://www.fefo.no/Finnmarkseiendommen/Internett/Styre/Protokoller/Protokoll%2014.%20-%2015.%20jun.07.pdf> (sist besøkt 29. januar. 2008).

66 Saken var grunnet i en tvist om festekontrakt ga rett til oppføring av seterbygg, mellom Statskog SF og en grunneier i Porsanger. I dom 15. sept. 2004 (LH-2003-14370) kom Hålogaland lagmannsrett til at bygget måtte rives. Etter først å ha besluttet å la bygget stå, vedtok styret i Fefo 21. mars 2007 (sak 21/07) at bygget skulle rives i henhold til tvangsfullbyrdelseskjennelse da reindriften var »entydig negativ til bygging på eiendommen«. Saken ble løst ved forlik mellom Fefo, festehaveren og Reinbeitedistrikt 14 a den 30. okt. 2007, noe som innebar at bygget blir stående.

67 Finnmarksloven § 15 gir Finnmarkseiendommens styre adgang til å »beslutte at overskuddet helt eller delvis skal utbetales til Finnmark fylkeskommune, Sametinget eller allmenntilrette formål som kommer fylkets innbyggere til gode«.

lansert og økologisk bærekraftig« forvaltning fram rettsidentifiseringsprosessene har fastslått *hvem* de rette eiere og bruksrettshavere er.

En aktiv grunneierrolle med investeringer og tilsvarende krav til avkastning m.m. vil i en slik sammenheng være betenkelig. Det vil kunne medføre at Finnmarkseiendommen blir påført tap når dens arealgrunnlag blir redusert som følge av rettsidentifiseringsprosessene. Således vil den lettere kunne bli »tvunget« til å kjempe for de arealene den fikk overført fra Statskog SF i 2006, på en måte hvor finnmarksloven § 5 og ILO-169 art. 14 settes til side.⁶⁸

4.3 Rettsidentifiseringsprosessen

Det kan neppe være tvil om at Finnmarkseiendommen ikke bør besitte de samme arealer de har i dag, når rettsidentifiseringsprosessen er over, jf. Justiskomiteens flertalls uttalelse om at »grunn som Finnmarkseiendommen står som eier av [kan] i realiteten eies av andre.«⁶⁹ For å få avklart i hvilken grad dette vil være tilfelle, vil det som nevnt bli gjennomført en rettsidentifiserings og -kartleggingsprosess initiert i finnmarksloven § 5 og nærmere regulert i kapittel 5. Man må her anta at rettsavklaringen kan lede til at det både blir avdekket full eiendomsrett på kollektivt eller individuelt grunnlag, jf. Svartskogdommen i Rt. 2001 s. 1229, bruksrettigheter med et selvstendig grunnlag som ligger til enkeltpersoner eller grupper, og rettigheter av allmenningrettslig karakter, f.eks. til beite. Omfanget av slike eier- og bruksrettigheter kan kun fastslås etter en nøye kartlegging av retts- og bruksforholdene.

Lovforarbeidet peker på at samiske interesser må vektlegges når eiendoms- og bruksrettigheter skal tilbakeføres til Finnmarks befolkning. Men det går lenger enn som så. Det peker også på at rettskildevalg og bevisvurderinger må tilpasses samisk bruk av landområder. Man kan merke seg at justiskomiteens flertall med henvisning til Høyesteretts dom i Selbu-saken inntatt i Rt. 2001 s. 769 og Svartskogdommen i Rt. 2001 s. 1229, uttaler at bevisbedømmelsen i nyere rettspraksis har vært tilfredsstillende. Den »har gitt anvisning på hvordan tradisjonell samisk bruk skal anses som grunnlag for rettserverv. Det vil være viktige rettskilder for kommisjonen og domstolen.«⁷⁰ Dette tilsier at Høyesteretts bevisbedømmelse og

68 I en nylig publisert artikkel påpeker Kirsti Strøm Bull (2007) nettopp at så lenge Finnmarkskommisjonen »ikke har startet sitt arbeid, må Finnmarkseiendommen være svært forsiktig med å foreta disposisjoner som kan gripe inn i allerede eksisterende rettigheter (s. 551). Finnmarkseiendommen står da »i fare for å disponere over arealer og ressurser som tilkommer andre (s. 560).

69 Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 38.

70 Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 36.

rettskildebruk i disse rettsavgjørelsene, vil være svært sentrale, noe som gjør det relevant å se nærmere inn på disse her.

I Selbu-dommen var det mest nyskapende at Høyesterett (s. 789) slo fast at *reindriftens særlige bruk av landområder* må vektlegges når retterverv skulle vurderes. Tradisjonelt har erverv etter reglene om alders tids bruk ikke bare fordret langvarig bruk i god tro, men også av en viss intensivitet og regularitet, og at brukerne i mange sammenhenger ekskluderte andre retthavere. I sin avgjørelse la Høyesterett vekt på at samene har hatt en nomadisk livsform, at reindriften var arealkrevende og at arealbruken naturlig varierte fra år til år avhengig, av vær, vind og beitenes beskaffenhet. Periodevis avbrudd i beitebruk var dermed ikke til hinder for rettserv. At reinen er et streifdyr innebar at rettserv kunne finne sted selv om beitingen framstår som streifbeiting. Høyesterett tilla også topografi med landskapets naturlige avgrensninger betydning ved grensefastsetting. Altså kan det stilles opp en norm om at krav til intensitet og kontinuitet (fasthet) i bruken må vurderes ut fra det som er naturlig for reindriften, og ikke ut fra jordbruket.

Høyesterett åpnet også for en annen *rettskildebruk* enn den tradisjonelle. At reindriftssamene hadde en annen økonomisk og sosial tilpasning enn det øvrige samfunn, tilsa at muntlige overleveringer kunne vektlegges. At samene var nomader og brukte organisk materiale som gikk i forråtnelse, tilsa dessuten at det ikke kunne kreves påvist fysiske spor for eldre tilstedeværelse. Forskjellig språk og kultur kunne ha ledet til at samer og nordmenn oppfattet hverandre uriktig. Høyesterett stilte også opp et annet krav til *god tro* enn det som til da hadde vært vanlig (s. 812–814). At så vel myndigheter som grunneiere i en periode på omkring 50 år hadde oppfattet distriktsgrensene å være beiterettsgrenser, tilsa at man ikke kunne pålegge samene en større aktsomhet i kravet om god tro enn disse. Også i Svartskogendommen i Rt. 2001 s. 1229 ble det stilt opp et mer nyansert krav til god tro enn det som har vært vanlig lære innen tingsretten, hvor rettspretendentene vant fram med sitt rettskrav til tross for at motparten hadde tinglyst skjøte for sitt rettserv.⁷¹

At den norm som ble etablert gjennom Selbu-dommen har fått anvendelse både innenfor og utenfor Norges grenser, viser to nylig avsagte dommer. I en tvist om beiterett i Nordmaling i Sverige om retten til at reinbeite nyttet Hovrätten för Övre Norrland de samme prinsipper som Høyesterett gjorde i Selbu-dommen, når krav til intensivitet og kontinuitet i bruken blir vurdert.⁷² I et randområde som hovedsakelig var bruk som vinterbeite i »flenår«, dvs. når andre områder var låst pga. av snø- og isforhold, kom hovrätten til at det ikke kan »krävas att renar har betat på

71 Se også Falkanger og Falkanger (2007) s. 304, note 52 og s. 326.

72 Hovrätten för Övre Norrland (Sverige), Berth Hägglund m.fl. vs. Rans sameby, Umbyns sameby og Vapstens sameby, dom 19. september 2007, sak T 155-06 s. 31 i maskinskrevet dom (ikke rettskraftig).

ett bestemt område varje vinter«. Beitebruken kunne avhenge av snøforhold, isdekke eller graden av avbeitethet, noe som ledet til at samebyene hadde ervervet beiterett etter reglene om urminnes hävd. For øvrig viste Hovrätten til direkte til Selbusdommen når det gjelder vurderingen av eldre dokumentbevis (s. 49). I en tvist om fiskerett nyttet Sør-Trøndelag tingrett de samme normene ved vurderingen av om samer i Essand reinbeitedistrikt hadde opparbeidet fiskerett i tilknytning til reindriftsutøvelsen på privat grunn.⁷³

Man må derfor anta at så vel Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark legger denne rettspraksis til grunn når de skal ta stilling til eiendoms- og bruksrettskrav i de kommende prosesser. Dette tilsier at terskelen for å vinne fram med rettskrav ikke bør bli høyere enn i Svartskog- eller Selbusakene. Kommisjonen og domstolene må dermed være forsiktige med å stille så vidt restriktive krav til dokumentasjon på rettserverv som Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms gjorde.

I ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 8 punkt 1 er det fastsatt at det skal »tas tilbørlig hensyn til [urfolks] sedvaner eller sedvanerrett« ved anvendelse av nasjonale lover og forskrifter overfor vedkommende folk. Dette innebærer at samiske sedvaner og rettsoppfatninger må tillegges vesentlig vekt som rettskilde når rettsforholdene i Finnmark skal avklares. Dette framgår for øvrig også av Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 18–19.

Man kan også merke seg at Justiskomiteens flertall uttalte at læren om alders tids bruk verner om forhold som har bestått i lang tid: »Ved bedømmingen av om rettigheter eksisterer og hvilket omfang de har, vil etter *flertallets* mening hensynet til et rimelig resultat også spille en viss rolle. Rettigheter skal som et gjennomgående prinsipp utøves på en måte som ikke unødig er til ulempe for andre«.⁷⁴ Dette peker mot at Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen må ta hensyn til den etablerte situasjonen i Finnmark hvor adgang til friluftsliv er blitt en del av fylkets kultur. Også andre reelle hensyn for å komme til rimelige og levelige resultater, må vektlegges. Vekt på reelle hensyn må imidlertid ikke innebære at kommisjonen og domstolen kommer fram til »gode løsninger« på tvers av mer vektige rettskilder.

Det er således av stor betydning hvilken linje disse institusjonene legger seg på i rettsavklaringsprosessen. At denne blir balansert mellom kravet om å sikre at de som har ervervet rettigheter gjennom historisk bruk får anerkjent sine rettigheter, samtidig som den øvrige del av Finnmarks befolkning også i fremtiden får adgang til de fornybare naturressursene slik de har i dag, er viktig.

Da Staten var eier av Finnmarksallmenningen, var det et uklart skille mellom dens rolle som myndighetsutøver og grunneier. Et av formålene med finnmarkslo-

73 Sør-Trøndelag tingrett, dom 17. august 2007, sak 06-098607TVI-STRO (ikke rettskraftig).

74 Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 36.

ven var å få slutt på sammenblandingen av myndighetsutøvelse og eierrådighet.⁷⁵ Dette må innebære at de rettigheter grupper av Finnmarks befolkning, samer som nordmenn, har fått anerkjennelse for etter finnmarksloven § 5, ikke må bli blandet sammen med en offentligrettslig adgang til å utøve styring og forvaltning. Med dette sikter jeg til at resultatet av eieroverføringen ikke må bli at et selvstendig, halvoffentlig eierorgan hvor styre er oppnevnt av Sametinget og fylkestinget, skal eie Finnmarkseiendommen i fellesskap til fortrensel for samer som har ervervet rett basert på alders tids bruk. Norges folkerettslige forpliktelser overfor samene må i stedet innebære at den bruk som har vært utøvd skal lede til anerkjennelse av eier- og bruksrettigheter for de som har utøvd bruken.

Dette kan igjen medføre en helt ny eiendoms- og bruksrettsstruktur, som igjen må ordnes og reguleres gjennom omfattende bruksordninger etter jordskiftelovens regler for å gjøre kompliserte eiendomsforhold, som kan bli avdekket, mer tjenlige. Eksempler på hvor dette kan være nødvendig kan være disposisjon og omsetning av jakt- og fiskerettigheter. Det vil også kunne omfatte regler for deling av kostnader og inntekter i den grad dette ikke kan utledes direkte av fastlagt rettsforhold. At Samerettsutvalgets forslag om at jordskifteretten skulle ha en rolle i fastsetting av bygdebruksområder, eller at jordskiftekompetanse i det hele ikke er tatt med i den rettsidentifisering som skal skje, er således et paradoks.

Loven gir ikke veiledning om hvordan rettstvister hvor Finnmarkseiendommen *ikke* er part, skal løses. Spørsmålet kan særlig aktualiseres i tvister om rett til landområder hvor samiske grupperinger står på den ene siden, og etnisk norske på den andre. Norges folkerettslige forpliktelser og den prinsipielle bestemmelsen i finnmarksloven § 5 første ledd om at »[s]amene har kollektivt og individuelt gjennom langvarig bruk av land og vann har opparbeidet rettigheter til grunn i Finnmark«, kan da peke mot *én* type løsning. Samtidig framgår det av forarbeidene at »[r]ettighetene er opparbeidet uavhengig av etnisk bakgrunn. Dette gjelder også for andre innbyggere i Finnmark«.⁷⁶ I merknadene til § 5 er dette utdypet. Her framgår det at selv om første ledd peker på »samer« er bestemmelsen ikke ment å utelukke at andre fra å få fastslått sine rettigheter. Flertallet understreker »at kartleggingen skal omfatte rettigheter som etniske nordmenn, kvener og andre grupper har opparbeidet, på lik linje med rettigheter som folk av samisk opphav har opparbeidet«.⁷⁷

75 Ot.prp. nr. 53 (2002 – 2003) s. 7.

76 Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 15.

77 Innst. O. nr. 80 (2004–2005) s. 37.

4.4 Finnmarkseiendommen eller -allmenningen?

Eier- og bruksrettighetene på finnmarkseiendommens grunn kan være opparbeidet av siidaer, bygdelag, reindriftsutøvere og andre individuelle rettsobjekter. Det kollektive preget bruks- og eiendomsrettighetene i Finnmarks utmark har, reiser spesielle utfordringer når det gjelder å gi rettshavere innflytelse på styring og forvaltning. Dette gjelder både i forhold til avgrensninger av areal- og bruksomfang, og ikke minst fastsetting av hvem som er rettssubjekt. Dette betyr at kollektive rettigheter bør fastsettes i en så vidt presis og bestemt form at rettshaverne vil få fastlagt omfanget av sin bruksadgang og andel av eventuelle inntekter og forpliktelser. Hvordan dette skal skje, gir ikke finnmarksloven anvisning om.

Loven gir således ikke veiledning om hvordan rettshaverne, slik som medlemmene av et bygdelag eller en siida, skal kunne utnytte sine rettigheter av økonomisk art *etter* at Finnmarkskommisjonen har identifisert dem. Dette er etter mitt skjønn en svakhet ved loven. Finnmarksallmenningene har mange likheter med andre allmenninger, noe som gjør det relevant å skue til allmenningslovgivningen som har løsninger for slike spørsmål.⁷⁸

Sett i relasjon til det detaljerte regelverk staten har vedtatt for allmenningsrettshavere, synes dette å peke på en lovgivningsmessig forskjellsbehandling til ugunst for Finnmarks befolkning. Innen så vel bygdeallmenninger som statsallmenninger har de berettigede rett til å ta ut naturalier til dekning av eiendommens behov,⁷⁹ samtidig som de er sikret deltagelse i styring av allmenningen.⁸⁰

Når det gjelder uttak av naturalier, skiller ikke finnmarksloven seg i vesentlig grad fra allmenningslovgivningen, se §§ 22 og 23, hvis vi ser bort fra virkesretten til barskog. Når det gjelder styring og forvaltning av egne bruksrettigheter, er imidlertid forskjellene vesentlige. I bygdeallmenningene er allmenningsstyret ansvarlig for å utarbeide bruksregler (bygdeallmenningsloven § 3-7). Det disponerer over allmenningskassens overskudd, og kan hvis øvrige vilkår er til stede, med departementets samtykke utdele kontantutbytte til de allmenningsberettigede (bygdeallmenningsloven § 3-12). Allmenningsstyret velges som hovedregel blant de eiendomsberettigede og bruksberettigede i allmenningen.

Statsallmenningene styres av et fjellstyre og et allmenningsstyre. Det sistnevnte har ansvaret for forvaltningen av virkesretten (hogstretten), mens det førstnevnte »skal administrere bruken og utnyttinga av rettar og lunnende ... så langt ikkje

78 Allmenningslovgivningen består av lov 6. juni 1975 nr. 31 om utnytting av rettar og lunnende m.m. i statsallmenningane (fjellova), lov 19. juni 1992 nr. 59 om bygdeallmenninger (bygdeallmenningsloven og lov 19. juni 1992 nr. 60 om skogsdrift m.v. i statsallmenningene (statsallmenningsloven).

79 Se fjellova § 15, bygdeallmenningsloven § 2-2 og statsallmenningsloven § 2-1,

80 Se bygdeallmenningsloven § 3-1 og fjellova kapittel III.

anna er fastsatt i eller i medhold av lov« (fjellova § 3 annet ledd). Fjellstyret skal bestå av fem medlemmer og skal administrere bruken og utnyttningen av bruksrettighetene, jf. § 3 annet og tredje ledd. Flertallet av medlemmene av fjellstyret skal velges blant personer som er fast bosatt der allmenningen ligger, eller i bygd eller grend der innbyggerne fra gammel tid har utøvd allmenningsbruk i allmenningen. To av medlemmene skal være jordbrukere. Jakt-, fiske- og friluftstinteressene skal også være representert i styret. Kongen kan fastsette at reindriftsnæringa skal være representert i styret og at en eller begge av jordbrukerrepresentantene erstattes av reineiere, jf. § 3 femte ledd.

De berettigede til Finnmarksallmenningen har ikke på nær samme innflytelse over styringen og forvaltningen av sin »allmenning«. Selv om reglene om styresammensetning i finnmarksloven § 7, hvor Sametinget og fylkestinget i fellesskap oppnevner styremedlemmene, kan betraktes som et utslag av styringsrett, kan det styrende organ ikke utlede noe privatrettslig kompetanse fra de berettigede. Etter ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 15 punkt 1 skal urfolks rett til naturressurser i deres landområder sikres spesielt. »Slike rettigheter omfatter disse folks rett til å delta i bruk, styring og bevaring av disse ressursene.« Styringsreglene i finnmarksloven, i alle fall slik de praktiseres i dag, er etter mitt skjønn neppe tilstrekkelige til å kunne si at dette kravet om styring av egne landområder er oppfylt.

De berettigede til Finnmarksallmenningen, burde i stedet få delta i styre og forvaltning av grunn og naturressurser på samme måte som andre allmenningsberettigede, jf. fjellova kapittel III og bygdeallmenningsloven § 4-1 og statsallmenningsloven § 3-1.⁸¹ Hvis Finnmarkskommisjonen kommer til at det eksisterer bygdeallmenninger i Finnmark, kan trolig bygdeallmenningsloven gis direkte anvendelse. Hvis kommisjonen kommer til at Finnmarkseiendommen er allmenningseier, men at bygdelag har allmenningsrettigheter, vil det reises spørsmål ved utvidet eller analog anvendelse av fjellova og statsallmenningslova. Et tredje alternativ, som i formen kan minne om en allmenningsorganisering da den har de typiske allmenningskarakteristikkene når det gjelder hogst (»til eget bruk«) og beiterett (»til den buskap som kan vinterfores på bruket«), er måten befolkningen i Manndalen har organisert forvaltningen av Svartskogen på.⁸² Men i motsetning til i allmenninger, hvor bruksadgang er basert på eiendom, er det her tilstrekkelig å være bosatt i Manndalen.⁸³ Man kan også se for seg at Finnmarkskommisjonen kan komme til at

81 I Samerettsutvalgets opprinnelige forslag til finnmarkslov § 3-3 var det foreslått opprettet kommunale utmarksstyrer etter model av fjellstyrene, se NOU 1997:4 s. 550.

82 I rettsvist med Statskog SF ble befolkningen i Manndalen tilkjent eierretten til Svartskogen av Høyesterett i dom inntatt i Rt. 2001 s. 1229.

83 Se *Bruksregler for Svartskogen i Manndalen* og vedtekter for Čáhput Siida § 4 <http://www.manndalen.no/index.php?cat=47984> (sist besøkt 29. januar 2008). Alle fysiske

område er en sameiestrekninger. Da kan forvaltning og styring også måtte reguleres etter sameielova (18.juni 1965 nr. 6).

Hvis Finnmarkskommisjonen og etter den, domstolene, kommer til helt andre konklusjoner enn disse, hvor de som har opparbeidet bruks- og eierrettighetene får mindre innflytelse, vil dette være overraskende. Hvis rettsavklaringen innebærer at Finnmarkseiendommen ikke lenger er grunneier, bør det dessuten innebære at de berettigede selv må få stor innflytelse på valg av organisasjons- og eierform.

Allmenningslovgivningen har etablerte regler for utmarksforvaltningen, samtidig som det finnes rettspraksis som utfyller lovgivningen. En forvaltning av Finnmarksallmenningen basert på allmenningslovgivningen vil derfor trolig lede til en forutsigbar administrasjon med den stabilitet i forvaltning og ressursuttak som vi har i stats- og bygdeallmenningene. Samerettsutvalgets forslag om å fastsette bygdebruksområder, som i praksis ville være allmenningsgrenser administrert av utmarksstyren, var slik sett et forslag egnet til å skape en forutsigbar forvaltning. Om dette vil bli resultatet av rettsidentifiseringsprosessen vil bare fremtiden kunne vise.

4.5 Spesielle regler om identifiseringen av reindriftsrettighetene

Retten til å utøve reindrift er trolig den mest omfattende bruksretten som hviler på finnmarkseiendommen. Den er grunnet i alders tids bruk uavhengig av hvem som eier grunnen, jf. reindriftsloven § 4 første ledd. Ut fra dette skulle ikke en rettsavklaring som ledet til større innslag av annen privat eierrådighet ha betydning. Praksis, bl.a. fra de sørsamiske områdene, tilsier imidlertid at realiteten er en annen, hvor det langt lettere oppstår brukskonflikter der private er grunneiere.⁸⁴ Også dette må Finnmarkseiendommen og Finnmarkskommisjonen ha ta med i bildet når rettsidentifiseringen skal gjennomføres.

Når det gjelder spørsmålet om reindriftssamenes bruksrettigheter skal avklares internt innen reindriften, har Justisdepartementet etter en særskilt høring utarbeidet en forskrift hvor det velges en spesiell løsning for reindriftsrettighetene.⁸⁵ I henhold til forskriften § 5 skal Finnmarkskommisjonen »bare utrede interne rettighets-spørsmål innen reindriften om reindriftsrett og tilknyttede rettigheter dersom noen med rettslig interesse i en avklaring av spørsmålet krever det«. Interne rettigheter i

personer som til enhver tid er bosatt i Manddalen, er medlemmer av foreningen, og har lik stemmerett.

84 En rekke slike tvister har gått helt til Høyesterett, jf. Rt. 1892 s. 411, Rt. 1897 s. 759, Rt. 1931 s. 57, Rt. 1955 s. 361, Rt. 1968 s. 394, Rt. 1988 s. 1217, Rt. 1997 s. 1608 og Rt. 2001 s. 769.

85 Forskrift 16. mars 2007 nr. 277 om Finnmarkskommisjonen og Utmarksdomstolen for Finnmark. Fremmet av Justis- og politidepartementet med hjemmel i finnmarksloven § 47 og domstolloven § 33 d.

reindriften, eksempelvis omfanget av reindriftssiidaers beiterett, vil således ikke uten videre være en del av de rettighetene kommisjonen er pålagt å utrede. Dette reiser flere prinsipielle spørsmål. Ett er hvorfor det skal det gjelde spesielle regler for kanskje de mest omfattende bruksrettighetene på Finnmarkseiendommens grunn, som i dag er preget av intern uklarhet, og som det således åpenbart er behov for å få fastsatt og avklart. Et annet er om Utmarksdomstolens eksklusive kompetanse da også gjelder reindriftsspørsmål, jf. finnmarksloven § 36 tredje ledd. Det reiser dessuten også spørsmål om dekning av omkostninger etter finnmarksloven § 43, som ikke er avklart gjennom lovgivningen.

5 Avslutning

Det er utviklingen av sameretten som har ledet til at finnmarksloven er blitt vedtatt. Loven er utformet slik at den gir alle finnmarkinger som har historiske rettigheter til landområder anerkjennelse for disse. Samtidig har loven som formål å gi samene som urfolk et særskilt vern. Som et svar på spørsmålet som er reist i tittelen må det kunne sies at de finnmarkingene, samer og andre, som har etablerte rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn, må få anerkjent sine områder gjennom fysisk fastlegging av eier- og bruksrettigheter. Der flere grupperinger tilkjennes rettigheter i det samme området, må også bruksomfang fastsettes.

At rettskildene vil avvike sammenliknet med de domstolene vanligvis forholder seg til, og at loven åpner for skjønnsanvendelse, innebærer at det settes krav til de instansene som skal avklare rettsforholdene. Således er det først når man ser resultatene av rettsavklaringene, at det kan gjøres analyser av i hvilken grad etablert bruk gjennom alders tid har ledet til rettsanerkjennelse. De normer Justiskomiteen har dratt opp, innebærer dog at det er satt det er satt rammer for bevisbedømmelse som tilsier at samisk bruk av landområder bør lede til rettserverv etter samisk sedvane rett og reglene om alders tids bruk.

I de tilfeller hvor rettshavere får tilkjent bruksrettigheter av allmenningssliknende karakter, er det av vesentlig betydning at de også får reell innflytelse på styring og forvaltning av »allmenningen«. Hvis Finnmarkskommisjonen kommer til at samer og andre har etablerte rettigheter på Finnmarkseiendommens grunn, og det samtidig ikke leder til at rettshaverne får innflytelse på styring og forvaltning av grunnen på liknende måte som etter de regler som gjelder etter allmenningslovgivningen, tilsidesettes etter mitt skjønn finnmarksloven § 5 og ILO-konvensjon nr. 169 artikkel 14 og 15. Selv om styret til Finnmarkseiendommen er oppnevnt av Sametinget og Finnmark fylkesting, kan det ikke utlede noen privatrettslig kompetanse fra rettshaverne, slik fjellstyret og allmenningsstyrene kan. Skal bruks- eller eiendomsrett anerkjennes, må styret ha slik kompetanse. Å overlate forvaltningen til Finnmarkseiendommens styre, slik det er sammensatt i dag, vil etter min mening verken

være i samsvar med reglene i ILO-konvensjon nr. 169 som Norge sluttet seg til i 1990, eller de prinsipper som ligger til grunn for norsk intern rett.

I relasjon til de prosessene som snart skal starte for å finne ut hvem som har rett til jorden i Finnmark, kan det være på sin plass atter en gang å vise til Tønnesens synspunkter. Foruten å tilbakeføre retten til jorden i Finnmark til Finnmarks befolkning, foreslo han at man gikk over til en ordning »slik at lokale almenningssty- rer, valgt av de berettigede sely, bestemmer over alle de rettigheter grunnen kaster av seg ... Almenningsstyrene bør overta all bestemmende myndighet over så vel skog, som jaktplasser, lakseplasser ... o. v. Inntektene av disses utleielse må gå til almenningsskassen ...« Da det var tilstrekkelig sterke grupper i Finnmark av samisk avstamning, bidro man med dette bidro til å gi samene reell innflytelse, samtidig som samene »vil få avgjørende innflytelse på utviklingen i de samfunn hvori det ennå kan finnes noe som er typisk samisk, nemlig de indre bygger«.

Henvisninger

- Borge, Ole Christian og Kristian S. Myrbakk. »Samiske rettsforhold i Finnmark og Statskog SF«, s. 182–285, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 111, 1998.
- Brandt, Fr. *Tingsretten, fremstillet efter den norske lovgivning 2.* gjennomseede. utg., J. Chr. Abelsteds forlag, Kristiania 1878.
- Bang, Hans Peder (red.). *Utmarkskommissjonen for Nordland og Troms, bind I 1985–1995, bind II 1985–1995 og bind III 1995–2000*, Statskog SF, Namsos 1995 og 2001.
- Bleikvassli, Siw (red.). *Utmarkskommissjonen for Nordland og Troms Bind IV*, Statskog SF, Namsos 2005.
- Bruksregler for Svartskogen i Manddalen* og vedtekter for Čáhput Siida § 4 <http://www.mann-dalen.no/index.php?cat=47984> (sist besøkt 29. januar 2008).
- Bull, Kirsti Strøm, »Finnmarksloven – Finnmarkseiendommen og kartlegging av rettigheter i Finnmark« i *Lov og Rett*, 2007 s. 545–560.
- Ilolex document no.062004NOR169: Individual Observation concerning Convention No. 169, Indigenous and Tribal Peoples, 1989 Norway (ratification: 1990) Published: 2004. (<http://www.ilo.org/ilolex/english/newcountryframeE.htm>, sist besøk 24. januar 2008).
- Eriksen, Knut Einar og Einar Niemi, *Den finske fare. Sikkerhetsproblemer og minoritetspolitikk i Nord 1860 – 1940*, Universitetsforlaget, Oslo – Bergen – Tromsø 1981.
- Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger. *Tingsrett*, 6. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2007.
- Finnmarkseiendommens arkiv, styreprotokoller 2007, vedtak i sak 21/07 og 47/07.
- Gauslaa, Jon. »Lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven) i *Norsk Lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata, Oslo 2006.
- Graver, Hans Petter og Geir Ulfstein. *Folkerettslig vurdering av forslaget til ny Finnmarkslov* av 11. juni 2004 (http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/rapporter_planer/rapporter/2004/Folkerettslig-vurdering-av-forslaget-til.html, sist besøkt 25. januar 2008)
- Innst. fra Lappekommissjonen av 1897 = *Indstilling* fra den ved Stortingets Beslutning af 27de Juli 1897 og kongelig Resolusjon af 9de September s. A. nedsatte Kommission, der har havt at tage under Overveielse, hvilke Lovregler m. v. vedkommende Lappevæsenet der bliver at

- istandbringe, efterat Lov om Lapperne i de forende Kongeriger Norge og Sverige af 2den Juni 1883 er traadt ud af Kraft.
- Indst. O. XI (1901–1902)* Indstilling fra landbrugskomiteen angaaende udfærdigelse af en lov om afhændelse af statens jord og grund i Finnmarkens amts landdistrikt.
- Innstilling fra Komiteen til å utrede samespørsmål (Samekomiteen)*, oppnevnt av Kirke- og Undervisningsdepartementet i 1956, avgitt 3. august 1959.
- Innstilling om lov og forskrifter om statens umatrikulerte grunn i Finnmark fylke*, oppnevnt av Landbruksdepartementet i 1960, avgitt 29. september 1962.
- Innstilling fra Reindrifislovkomiteen*, oppnevnt av Landbruksdepartementet i 1960, avgitt 23. november 1966.
- Innst. O. nr. 51 (1998–99)* Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- Innst. O. nr. 80 (2004–2005)* Innstilling fra justiskomiteen om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (finnmarksloven).
- Iversen, Jens. »Ommatrikuleringen av Finnmark«, s. 6–7, *Posisjon* 14, 4/2006.
- Lassen, Edvard. *Utdrag av Høyfjellskommisjonens dommer og kjennelser 1909–1944*, Juridiske småskrifter 5, bilag til Tidsskrift for rettsvitenskap, Oslo 1946.
- Lassen, Edvard. *Utdrag av Høyfjellskommisjonens dommer og kjennelser 1945–1953*, Juridiske småskrifter 6, Bilag til Tidsskrift for rettsvitenskap, Oslo 1954.
- Lundmark, Lennart. »Lappen är ombytlig, ostadig och obekväv«. Svenska statens samepolitik i rasismens tidevarv, Norrlands universitetsforlag, Umeå 2002.
- Nystø, Sven-Roald. »Folkerett og folkevett« i *Aftenposten* 28. november 2003.
- NOU 1984:18* Om samers rettsstilling.
- NOU 1985:32* Revisjon av almeningslovgivningen.
- NOU 1993:18* Lovgivning om menneskerettigheter.
- NOU 1993:34* Rett til og forvaltning av land og vann i Finnmark. Bakgrunnsmateriale for same- rettsutvalget.
- NOU 1994: 21* Bruk av land og vann i Finnmark i historisk perspektiv. Bakgrunnsmateriale for samerettsutvalget.
- NOU 1997: 4* Naturgrunnlaget for samisk kultur.
- NOU 1997: 5* Urfolks landrettigheter etter folkerett og utenlandsk rett.
- NOU 2001: 34* Samiske sedvaner og rettsoppfatninger. Bakgrunnsmateriale for Samerettsutvalget.
- Oskal, Nils. »Det moralske grunnlaget for diskvalifisering av urfolks eiendomsrett til land og politisk suverenitet«, s. 285–298, i Kirsti Strøm Bull, Nils Oskal og Mikkel N. Sara, *Reindriften i Finnmark. Retts historie 1852 – 1860*, Gyldendal akademisk, Oslo 2001.
- Otb.prp. No. 21 (1848)* Om eventuelle Salg av Almenninger.
- Ot.prp. nr. 9 (1976–77)* Om lov om reindrift.
- Ot.prp. nr. 53 (2002–2003)* Om lov om rettsforhold og forvaltning av grunn og naturressurser i Finnmark fylke (Finnmarksloven).
- Ot.prp. nr. 74 (2005–2006)* Om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover).
- Pedersen, Steinar »Statens eiendomsrett til grunnen i Finnmark – en del av den interne 'kolonihistorie'« s. 15–38, i Harald Eidheim (red.) *Samer og nordmenn*, Cappelen akademisk, Oslo 1999.
- Prosedyrer for konsultasjoner mellom statlige myndigheter og Sametinget*, avtale inngått mellom kommunal- og regionalministeren og sametingspresidenten 11. mai 2005, se Sametingets arkiv, ark. nr. 04/1401 eller <http://www.regjeringen.no/nb/dep/aid/tema/Samepolitikk/Prosedyrer>

- rer-for-konsultasjoner-mellom-ta.html?id=450743&epslanguage =NO, sist besøkt 14. november 2007.
- Ravna, Øyvind. »Forslaget til "Finnmarkslov" og bygdefolks rettigheter » s. 35–57, *Kritisk jus* 30, 2004.
- Ravna, Øyvind. »Utmarkskommisjonen for Nordland og Troms og de samiske interessene« i *NOU 2007: 14* s. 607–726.
- Sametingets arkiv. Møtebok 2/03 s. 128, sak 21/03 Finnmarksloven, behandlet 20.–23. mai 2003.
- Sandvik, Gudmund. »Retten til jorda i Finnmark. Opposisjon ved Sverre Tønnesens doktor-disputas 12. oktober 1973« *Hefte for Kritisk Jus*, nr. 3/4 1980, side 22–33.
- Sandvik, Gudmund. »Om oppfatningar av retten til og bruken av land og vatn i Finnmark fram mot slutten av 1960-åra« s. 578–607, vedlegg 1 til *NOU 1997: 4*.
- Spilling, Knut. *Av Finnmarkens skogret*, bilag til Norsk Retstidende no. 4–6, 1919. Trykt efter landbruksdepartementets foranstaltning.
- Stang, Fredrik. *Indledning til formueretten*, H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard), Oslo 1911.
- St. meld. nr. 21 (1962–63)* Om kulturelle og økonomiske tiltak av særlig interesse for den samisktalende befolkning.
- St.meld. nr. 44 (2004–2005)* Om Sametingets virksomhet i 2004.
- Statens kartverk Finnmarks arkiv. »Registrering av grunneiendommer i Finnmark«, brev fra Miljøverndepartementet til Justisdepartementet datert 8. november 1979.
- Tønnesen, Sverre. *Retten til jorden i Finnmark, Rettsreglene om den såkalte »statens umatrikulerte grunn« – en undersøkelse med særlig sikte på samenes rettigheter*, Universitetsforlaget, Bergen 1972.

Rättighetssubjekt och omsorgsobjekt – hand i hand eller stick i stäv?

Exemplet barn i institutionsvård

AV JUR.DR. TITTI MATSSON, DOCENT I SOCIALRÄTT VID LUNDS FAKULTET

In the article, the author analyses how different lines of developments in the way that the childhood research views the status of the child effect the Swedish child law. The focus is on the public child care protection system. The starting point is the disharmony between the legislative work and the application of the law, something that has been observed in legal research the last few years. The author investigates what approach to children is construed in legal acts, in preparatory works and in cases from the Administrative Supreme Court and the Administrative Court of Appeal. The Care of Young Persons Act (1990:52) constitutes the framework of this study.

Keywords: legal security, legal proceedings, child welfare, institutional youth care

1 Inledning

Under de senaste decennierna har en förståelse för barn och barndom betonats i sociologisk barndomsforskning där barn bedöms socialt kompetenta med förmåga att kunna agera, reflektera och delta i sin egen utveckling (Qvortrup 1994 och 2005; James, Jenks & Prout 1998).¹ Detta synsätt står i kontrast till tidigare rådande uppfattningar om barns inkompetens och oförmåga på de flesta områden, fysiskt, kognitivt, socialt och moraliskt. Från förståelsen att barndomen främst skulle vara en transportsträcka till vuxenlivet har istället betoningen kommit att ligga på barndomens egenvärde. En vidareutveckling av dessa tankar är uppfattningen att varken barn eller vuxna är färdiga produkter, utan i ständig utveckling, oavsett åldersgruppstillhörighet (Nick 2001).

Frågan uppkommer hur dessa nya utvecklingslinjer i synen på barn i den beteendevetenskapliga forskningen påverkar barnrättens utveckling i teori och praktik.

1 Denna artikel ingår i ett projekt finansierat av Statens institutionsstyrelse. Författaren riktar ett stort tack till jur.dr. Ulrika Andersson för värdefulla synpunkter under skrivandets olika faser samt till jur.lic. Elisabeth Eneroth för hjälp med insamling av kammarrättsdomar.

Utgångspunkten för denna artikel är den bristande harmonin mellan lagstiftningsarbete och rättstillämpning som påvisats i svensk forskning och i myndighetsrapporter i det sociala arbetet med barn under senare år. Syftet är att undersöka vilka synsätt på barn och barndom som konstrueras i lagar och förarbeten, och i vad mån dessa synsätt återspeglas i den praktiska tillämpningen av rätten. Det sker främst genom en studie av lag, förarbeten och rättspraxis från Regeringsrätten och de fyra kammarrätterna. Ramen för min diskussion är barn och ungdomar som är föremål för omhändertagande med stöd av lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU) och som har institutionsvård på ett hem för vård eller boende respektive på ett särskilt ungdomshem.

2 Synsätt på barn och barndom i barndomsforskning

Michael Freeman betonar vikten av att se sambanden mellan barndomsociologin och barnrätten (Freeman 1998). Vem som räknas som »barn« och vilken period i livet som går under beteckningen »barndom« har varierat under olika tider (Stern 2006, s. 90). Synen på barn har också kommit att skilja sig åt mellan olika tidsperioder. Definitionen av barndom och rådande synsätt på barn påverkar i sin tur ny lagstiftning och rättspraxis. Exempelvis speglar nya bestämmelser om barns roll vid handläggning av ärenden som rör dem personligen lagstiftarens rådande syn på barn och barns rättsliga ställning på den offentliga arenan. Samtidigt medverkar rättstillämparen, genom sin tolkning av regelverket i ny rättspraxis, att vidareutveckla uppfattningar om barn och deras rättsliga handlingsutrymme.

Även om det svenska lagstiftningsarbetet rörande barn i stor utsträckning idag fokuserar kring barnet som subjekt och rättighetsbärare är detta ett ganska nytt fenomen. Under 1970-talet var familjeenheten grunden för lagstiftningsöverväganden rörande barn (Holmberg & Håkansson, s. 309; Dahlstrand 2004, s. 33). Föreställningar om barnet som individ fick stå tillbaka för tankar om rättvisa och jämställdhet mellan föräldrar samt om barn som objekt som befann sig i en utvecklingsprocess och inte kunde agera själva. Dessa föreställningar var den grundläggande utgångspunkten för samhällets organisation av generationsrelationerna mellan barn och vuxna under den tidsperiod som den svenska socialtjänsten tillkom (1980 års socialtjänstlag med tillhörande tvångslagstiftning). *Utvecklingspsykologins* tankegångar låg till grund för betraktelsen av barndomen som en utvecklingsprocess till en autonom individ. Uppväxtåren var ett förlopp där barnet steg för steg tillägnade sig kunskap, ansvar och oberoende. Föräldrarnas uppgift var att främja barnets utveckling inom familjen (Höjer 2007, s. 33). För att använda ett begreppspar som framförs av Qvortrup, betraktades barn inte som *beings* utan som *becomings*, det vill säga barn betraktades som ofullständiga personer »i blivande«, till skillnad från vuxna personer som ansågs ha uppnått högsta utveckling och som

befann sig i »varandets« fas. (Qvortrup 1994; Lee 2001). Barndom och vuxenliv var med detta synsätt helt skilda åt.

Föreställningen om barndomen som ett ofullständigt tillstånd kom emellertid att bli alltmer inaktuell inom barndomsforskningen under senare delen av 1980-talet och under 1990-talet. Då inträffade vad som teoretiskt anses vara ett paradigmskifte (James & Prout 1997; Höjer 2007, s. 32;). Den nya forskningen utgick mer och mer att betrakta barndomen som en *social konstruktion*, istället för att fokusera på teorier om barns utveckling. Utgångspunkten var att barn är aktiva i det sociala livet, interagerar med sin omgivning och formar relationer i vardagen (Höjer 2007, s. 32). Barn skall betraktas som en kategori sociala aktörer i och för sin omgivning på samma sätt som vuxna. Barndomen är en unik period i en människas liv och skall som sådan värderas lika högt som vuxenlivet (James, Jenks & Prout 1998). Istället för att betrakta barnet som en människa i blivande, en så kallad *human becoming*, skall barnet ses som en *human being* med barndomen som ett egenvärde i sig. Det innebär samma krav på respekt för barn som medborgare som för vuxna (Näsman 2004, s. 64). Denna syn på barn fanns vid tiden för barnkonventionens inarbetning i svensk lag, och har kvarstått in på 2000-talet. Barn som en »ny« kategori aktualiserades och lagändringar skedde på en rad områden i svensk rätt, inklusive den sociala lagstiftningen.

Under senare år har barndomens mångfald uppmärksammats i barndomsforskningen, och barn som *kategori* har därmed blivit mindre central. Med utgångspunkt i att barndomen är en social konstruktion anses den kunna se ut på många olika sätt, beroende av barnets förutsättningar, miljö och andra omständigheter, såsom klass, kön, etnicitet och ålder (Närvänen & Näsman 2005). Förändrade föreställningar om vuxenlivet har också kommit att påverka synen på barn. Samhällets ändrade villkor för enskilda anses få implikationer för synen på den vuxna tillvaron. Den tidigare uppfattningen om vuxenlivet som ett stabilt tillstånd, där målet är en utbildning, ett arbete, ett äktenskap och en »kull« barn har ifrågasatts. Istället hävdas att den vuxne individen (liksom barnet) också är i ständiga utvecklingsfaser och under ett »livslångt lärande«. Detta kan innebära ändrade levnadsförhållanden, nya arbetsplatser, nya karriärer, avslutade äktenskap och påbörjade nya relationer. Konsekvensen av detta synsätt blir att såväl barn som vuxna delar rollen som *becomings* (Lee 2001).

Forskning påvisar också den tvetydighet som finns i samhället mellan å ena sidan den tidigare synen på barn som objekt och den senare uppfattningen om barnet också som subjekt. De två perspektiven idag, å ena sidan barn »i varande« och å andra sidan barn »i blivande«, existerar parallellt med varandra. Ett exempel är barns rätt till delaktighet i frågor som berör dem. Där betraktas barn som subjekt och ges rätt till yttrandefrihet enligt artikel 12 i FN:s konvention om barnets rättigheter (BK). Enligt samma artikel begränsas barnets kompetens i och med att reservation görs för barnets ålder och mognad, vilket innebär att barnets åsikter

egentligen inte behöver påverka beslutet. Forskare såsom Eriksson & Näsman ifrågasätter att barnets kompetens på detta sätt får ett erkännande och att de får komma till tals samtidigt som deras uttalanden ifrågasätts i och med att deras ålder och mognad skall bedömas. Ett kompetensorienterat synsätt (Singer 2000) ger således i praktiken inte nödvändigtvis barn kompetens. Varken synen på barnet som subjekt eller objekt behöver alltså ge barnet delaktighet i det konkreta fallet. Forskarna betonar vikten av att erkänna barns rätt till delaktighet även i situationer när barn objektiviseras, och inte som tidigare bara i situationer där barn har rollen som subjekt och rättighetsbärare. Två nya begrepp som presenteras är å ena sidan *omsorgsdiskursen* – där relationen mellan omsorgsgivaren och objektet betonas – och å andra sidan *rättighetsdiskursen*, som ser barnet som subjekt och medborgare med rättighetsanspråk. Omsorgsdiskursen innebär att den vuxne har tolkningsföreträde att avgöra vad som i relation till barnets behov är barnets bästa (Eriksson & Näsman 2006).

Jag använder mig av detta begreppspar i analysen av vilka synsätt som rätten konstruerar i rättskällor och i rättstillämpning. Min avsikt är att använda dessa som två olika diskurser som kan synliggöra två skilda synsätt på barn, barn som »i blivande« respektive barn som »i varande«. Jag tycker mig ha funnit båda synsätten i rättsligt material vid tidigare genomläsning av mål och ärenden som rör barn och vill därför utreda saken närmare huruvida båda synsätten förekommer i rättsligt material inom den sociala barnvården. Omsorgsdiskursen speglar synen på barn som objekt och barn »i blivande«, det vill säga den äldre synen där barn främst är föremål för vuxnas och samhällets omsorgsbehov. Rättighetsdiskursen synliggör den nyare synen på barn som subjekt och »i varande«. I denna sistnämnda diskurs kommer barnets egna behov och intressen till uttryck, ofta genom någon form av delaktighet från den unges sida.

3 Konsekvenser för svensk barnrätt

Såsom antytts ovan har svensk lagstiftning påverkats av de förändrade synsätten på barn och barndom som skett under de senaste tjugo åren. Exempelvis har den ursprungliga oproblematiske slutsatsen att barns synpunkter och perspektiv inte kan tas på lika stort allvar som vuxnas kommit att ifrågasättas och fått revideras i lagtexthänseende. Lagändringar har skett, och sker fortfarande, inom olika rättsområden. I rättsliga sammanhang betonas ofta införlivandet i svensk rätt av de grundtankar som BK uttalar om barns lika rätt till mänskliga rättigheter. Enligt detta grunddokument för barns rättigheter framgår att barn och ungdomar har lika stort människovärde som vuxna och tidigt skall betraktas som subjekt med egna rättigheter. Sådana rättigheter har stor spännvidd, från rätten till god omsorg till rätten att delta och medverka i handläggning av mål och ärenden som rör barnet per-

sonligen. Konkret har lagändringar i stor utsträckning skett på två sätt i svensk lagstiftning; dels genom bestämmelser som anger att barn skall få komma till tals i olika sammanhang då beslut skall fattas som rör dem personligen (med reservation för deras ålder och mognad), dels genom portalparagrafer som påfördrar att sådana beslut skall överensstämma med barnets bästa. Exempelvis finns bestämmelser i föräldrabalken, socialtjänstlagen och lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga som uttalar båda dessa påbud.

Ingen av de nämnda sätten att införa ett barnfokuserat förhållningssätt i enlighet med BK:s grundtankar har visat sig vara oproblematiska att realisera i rättstillämpningen hos svenska myndigheter och domstolar. Flera avhandlingar de senaste åren har påvisat brister i förverkligandet av dessa önskemål från lagstiftningshåll. I sin avhandling från 2004 visar till exempel Dahlstrand att barn (särskilt yngre barn) inte ges möjlighet till deltagande i den utsträckning som lagen anger i ärenden om vårdnad, umgänge, adoption och namn vid tingsrätter i Sverige (Dahlstrand 2004). Liknande resultat fann jag själv i min avhandling i mål rörande tvångsvård av barn i länsrätter (Mattsson 2002; jfr även Mattsson 1998). I en senare avhandling visar Nilsson att motsvarande situation råder för de asylsökande barnen i den rättsliga processen (Nilsson 2007). Sterns avhandling i folkrätt befäster problematiken med barns deltagande i en internationell kontext (Stern 2006). Vidare har problem rörande realiserandet av begreppet barnets bästa i handläggning av ärenden rörande såväl familjerättsliga vårdnads- och umgängestvister som socialrättsliga barnavårdssärenden uppmärksammats av ett flera författare (Singer 2000; Rejmer 2003; Schiratzki 2005; Hollander 2004; Mattsson 2006 och 2007; Höjer 2007) Det finns härutöver ett brett utbud av vetenskapliga studier från andra discipliner än den juridiska samt utvärderingsrapporter från myndigheter som påvisar problematiken kring att realisera barns möjligheter till deltagande och inflytande hos svenska myndigheter och domstolar.

4 Barnet i omsorgs- och rättighetsdiskurser. En textanalys

Disharmonin mellan den nya lagstiftningen och tillhörande rättstillämpning ger anledning att närmare undersöka vilken syn på barn som konstrueras i det rättsliga material som utgör underlaget för beslut inom den sociala barnvården. Jag vill alltså undersöka hur det talas och uttrycks i mål och ärenden som rör barnet i texter som producerats av lagstiftare och rättstillämpare. Som framgått ovan har barndomsforskningen förändrat synen på barn ganska radikalt under modern tid och sannolikt skapat utrymme för en fortsatt utveckling av en mångtydig kontextuell förståelse av begreppen barn och barndom. Svensk lagstiftning har samtidigt genomgått en rad ändringar inom barnrelevanta rättsområden under de senaste de-

cennierna. Genom diskursanalytiskt inspirerad metod avser jag att undersöka hur barn och barndom beskrivs i rättsligt material. Jag utgår från Eriksson och Näsmans begrepp omsorgs- respektive rättighetsdiskurs för att åskådliggöra de två synsätt som beskrivits ovan, där barnet å ena sidan betraktas som ett objekt (för omsorg) eller ett barn »i blivande« och å andra sidan uppfattas som ett subjekt (med rättighetsanspråk) eller ett barn »i vardande«.

Eftersom rättstillämpningen baseras på en tolkning och användning av gängse rättskällor kan en textanalys dels av dessa rättskällor och dels av rättstillämpningen i sig ge ökad förståelse för den nämnda disharmonin. Istället för att, som gängse är i rättsvetenskapliga arbeten använda rättskällorna för att uttolka gällande rätt, avser jag att studera rättskällorna »utifrån« i syfte att finna vad som finns »bakom« texten (Andersson 2004, s. 41). Detta i syfte att undersöka vilka synsätt på barn och barndom som rättskällorna respektive rättstillämpningen ger uttryck för. Den diskursanalytiska metoden ger möjlighet att undersöka och kritiskt granska underliggande utgångspunkter för olika begrepp (Andersson 2004, s. 270 med hänvisning till Niemi-Kiesiläinen m.fl. 2004, s. 14, 17). Jag studerar rättskällorna för att finna mönster i texten och identifiera diskurser (Foucault 1971/1993). Genom att undersöka vilka diskurser som finns (och således också vilka som inte finns) kan jag ifrågasätta föreställningar och uppfattningar som kanske tas för givna i fråga om synen på barn och barndom.

I fråga om rättstillämpningen studerar jag samtliga kammarrättsdomar som rör verkställighetsfrågor rörande institutionsplacerade barn och ungdomar som är placerade med stöd av LVU mellan åren 2001-2004. Dessa undersöker jag genom att studera vad kammarrätterna uttalar i prövningen av uppgifter om och från barn. Jag avgränsar mig i denna del till institutionsvården av barn med särskilt fokus på vården som sker med stöd av LVU. Undersökningen har främst ett belysande syfte, vilket innebär att resultaten kommer att presenteras i form av illustrativa exempel. Jag avser inte att göra en fullständig analys av samtliga relevanta rättskällor, utan begränsar analysen till några centrala lagrum, propositioner och rättsavgöranden från 1990-talet och 2000-talet.

5 Synen på barn i lagar och förarbeten

En central del av det rättsliga material som utgör grunden för den svenska rättsutvecklingen är författningstext och lagförarbeten. De synsätt som konstrueras här är därför betydelsefulla för den fortsatta rättstillämpningen och några centrala bestämmelser och förarbeten skall i det närmaste granskas. Syftet är att undersöka i vad mån det förekommer en omsorgsdiskurs eller en rättighetsdiskurs, eller om båda synsätten återfinns i det rättsliga materialet. För detta syfte behövs inte någon systematisk genomgång av all relevant lagstiftning med tillhörande lagtext, utan ett

urval görs där vissa lagbestämmelser aktualiseras och några centrala förarbeten behandlas. Att göra en mer omfattande genomgång av det rättsliga materialet hade inneburit stora arbetsinsatser med små förtjänster. Här nöjer jag mig med att kunna påvisa vilka synsätt som *kan* förekomma i relevant rättskällematerial som rättstillämpare använder sig i ärenden och mål som rör barn inom den sociala barnvården.

De lagändringar som skett under de senaste decennierna och som haft som syfte att stärka barns rättsliga ställning har företagits inom ramen för gällande, gamla regelverk. Svensk lag har inte genomgått några fullständiga revideringar inom den civila eller den offentliga rätten rörande barn på lång tid. För socialtjänstens del består i princip den gamla socialtjänstlagen från år 1980². Därutöver har vissa bestämmelser i lagen ändrats och andra har tillkommit. Den blandning av gammal och ny lagtext som den svenska sociala barnvården består av innebär att rättstillämparen är hänvisad till ett antal olika förarbeten för tolkning och förståelse av enskilda paragrafer.

För en ramlag som socialtjänstlagen (2001:453, SoL), där målen är kärnan för förståelsen av både denna lags innebörd och tillämpning och dess tillhörande lagstiftning (där LVU ingår), är målbestämmelserna särskilt centrala. Det finns därför anledning att börja vår undersökning av synen på barn i lagstiftningen med tillhörande förarbeten i dessa paragrafer. Enligt 1 kap. 1 § SoL är socialtjänstens uppgift att på demokratins och solidaritetens grund främja människors ekonomiska och sociala trygghet, jämlikhet i levnadsvillkor och aktiva deltagande i samhällslivet. Vidare framgår att verksamheten skall inriktas på att frigöra och utveckla enskildas och grupperns egna resurser samt bygga på respekt för människors självbestämmande och integritet. Målbestämmelserna i SoL utökades 1997 då en paragraf tillkom i samma kapitel som uttrycker att »När åtgärder rör barn skall det särskilt beaktas vad hänsynen till barnets bästa kräver.« Av formuleringen framgår inte någon tydlig diskurs. Barnets bästa kan beaktas ur såväl ett objekts- som ett subjektsperspektiv, beroende på vem som har företräde att tolka vad som är det enskilda barnets bästa i det konkreta fallet.

I propositionen till 1 kap. 1 § SoL uttrycks att de allmänna, samhälleliga målen när det gäller ungdomar skall vara att den unge skall kunna »växa in i vuxenrollen«. Här poängteras vikten av att hjälpa den unge att *utvecklas* och *nä vuxenlivet*.

Ungdomsåren präglas generellt av en successiv frigörelse från en relativt skyddad tillvaro i familjekretsen till en strävan efter en självständig och kravfylld vuxenroll. De unga skall under denna

2 Lagen från 1980 upphävdes visserligen i och med att 2001 års socialtjänstlag tillkom, men den nya lagen var i stort en något moderniserad version av den gamla lagstiftningen. Notera att i prop. 2006/07:129, s. 32ff, uttrycks att det finns behov av att se över den sociala barnvården och överväga en samlad lagstiftning för skydd och stöd till utsatta barn. Utredare har tillsatts och i direktiv 2007:168 redogörs för uppdraget.

period finna och utveckla en identitet i ett större sammanhang. De ungas möjligheter att få olika behov tillgodosedda, utveckla intressen och att uppfylla de krav och lösa de konflikter som de möter bestäms av en rad faktorer. Inte minst de vuxnas hållning, samhällets tilldelning av resurser och framför allt de förutsättningar de unga har med sig från yngre år (prop. 1979/80:1, del A, s. 258).

I denna allmänna formulering av ungdomsåren beskrivs en *process* som barnet behöver genomgå för att lämna sin skyddade tillvaro i familjekretsen. Man talar om den unges *upptäckande*, *utveckling* och *frigörande*. Syftet är att nå en kravfull, självständig vuxenroll i samhället, vilket uppnås genom överföring av uppgifter och beteenden från de vuxna, stöd av samhället och egna förutsättningar från barndomstiden. Det är en *omsorgsdiskurs* som utgår från barnet »i blivande« med ett omsorgsbehov i sin utvecklingsprocess för att nå sitt mål, vilket är en ansvarskännande vuxen människa och en samhällsmedlem. Rättighetsdiskursen, däremot, återfinns inte i propositionen till denna allmänna målbestämmelse.

Även den bestämmelse som särskilt uttalar socialtjänstens ansvar för barn ger uttryck för en tydlig omsorgsdiskurs. Den återfinns i 5 kap. 1 § SoL och uttalar följande:

Socialnämnden skall verka för att barn och ungdom växer upp under trygga och goda förhållanden, i nära samarbete med hemmen främja en allsidig personlighetsutveckling och en gynnsam fysisk och social utveckling hos barn och ungdom, med särskild uppmärksamhet följa utvecklingen hos barn och ungdom som har visat tecken till en ogynnsam utveckling, /../ i nära samarbete med hemmen sörja för att barn och ungdom som riskerar att utvecklas ogynnsamt får det skydd och stöd som de behöver och, om hänsynen till den unges bästa motiverar det, vård och fostran utanför det egna hemmet«/../.

Bestämmelsen betonar barnet i *utveckling* och fokuserar på dess behov av *skydd* och *omsorg* under denna utveckling. Barnets utvecklingsprocess specificeras och sägs innefatta personlighetsutvecklingen, den fysiska utvecklingen och den sociala utvecklingen. Det handlar alltså om hur barn *utvecklas* och de *behov* som behöver tillgodoses för att säkerställa en god progression. Behovsbeskrivningen ger inte uttryck för vem som gör bedömningen vad barnet behöver, och barnet som person verkar frånvarande. *Familjen*, däremot, uttrycks som en resurs. Omsorgsdiskursen dominerar med andra ord även denna bestämmelse.

Från att ha studerat ansvarsreglerna rörande barn och ungdomar i SoL vänder vi oss nu till de bestämmelser som anger möjligheten att få uttrycka sig enligt samma lag. Regler rörande barns eventuella delaktighet i en rättslig process kan synliggöra vilket synsätt på barn som finns i lagen eftersom de förutsätter barns kompetens. Enligt den bestämmelse som ursprungligen härrör från den tidigare socialtjänstlagen, 11 kap. 10 § SoL, har barn som fyllt 15 år rätt att själva föra sin talan i mål och ärenden enligt lagen. I andra stycket framgår att barn som är yngre än 15 år bör höras, om det kan vara till nytta för utredningen och barnet inte kan antas ta

skada av det. Motsvarande bestämmelse för barn i mål och ärenden enligt LVU finns i 36 § LVU.

I bestämmelsen ingår en rättighetsdiskurs och en »förtäckt« omsorgsdiskurs. *Rättighetsdiskursen* gäller den i lagen uttryckta ovillkorade rätten att *föra sin talan* i domstolarna och hos de sociala myndigheterna från den dagen som barnet fyller 15 år. Här beskrivs barnet som en kompetent person som kan stå för sina handlingar och som kan fatta egna beslut efter viss ålder. Det finns inget utrymme för begränsningar av denna kompetens av skäl som har att göra med barnets behov av omsorg, trygghet eller skydd. (Däremot kan ju barnet, precis som den vuxne, av egen vilja låta sin advokat företräda denne genom fullmakt och själv förhålla sig passiv.) I samma paragraf återfinns emellertid också en slags förtäckt *omsorgsdiskurs*, den vad gäller de barn som ännu inte fyllt 15 år. Dessa ges handlingsutrymme men med så starka reservationer att det i praktiken bara blir en kvasirättighetsdiskurs, eftersom omsorgsdiskursen får företräde framför rättighetsdiskursen. Möjligheten att få komma till tals får bero på de vuxnas behov av *nyttan* med att uppgifter hämtas in från barnet. Det uttalas alltså ett nyttorekvisit som hänförs till de vuxnas nytta, inte barnets (Mattsson 2002, s. 228). Vidare skall det prövas om det finns *risk att barnet kan skadas* av att få yttra sig. Det är med andra ord inte fråga om det finns risk att barnet skadas om det *inte* får komma till tals. Även om det alltså vid första anblick verkar skapas ett visst handlingsutrymme för barn genom detta andra stycke åstadkoms ett sådant utrymme helt utifrån de vuxnas behovs- och riskbedömningar. Det är den vuxne som ges tolkningsföreträde att avgöra vad som är relevant att tillföra utredningen och därmed att säkerställa barnets bästa. Barnet självt har inga möjligheter att hävda någon rätt att få uttrycka sig. Det är således inte fråga om en rättighetsdiskurs i egentlig mening utan en slags omsorgsdiskurs. Däremot ger alltså första stycket uttryck för en förbehållslös rättighetsdiskurs i fråga om de äldre barnen.

I januari 1998 tillfördes dåvarande socialtjänstlag ytterligare en bestämmelse om barns möjligheter att få komma till tals (nuvarande 3 kap. 5 § andra stycket SoL). Den stadgar, efter viss revidering den 1 april 2008³, följande.

När en åtgärd rör ett barn skall barnet få relevant information och hans eller hennes inställning så långt det är möjligt klargöras. Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad.«

Första meningen ger uttryck för ett *påbud* där barnet som *individ och subjekt* synliggörs och där *barnets uppfattning* efterfrågas, oberoende av dess eventuella värde för utredningen i målet eller ärendet, eller för barnets fortsatta utveckling. Det handlar med andra ord om en *rättighetsdiskurs*. Handlingsutrymmet begränsas emellertid i

3 Lag 2007:1315.

andra meningen, där en reservation för delaktighet i beslutet görs utifrån vilken *ålder* barnet har och vilken *mognad* de vuxna bedömer att barnet har. Beroende av var på »utvecklingsstrappan« som barnet är får barnet ökat handlingsutrymme. Denna typ av rättighetsdiskurs återfinns i BK artikel 12, vilken har fått stå modell för ett antal bestämmelser i svensk lagreglering. Även om barnet har fått erkännande som subjekt i lagen (rättighetsdiskursen) har de vuxnas bedömning av barnets utveckling (beroende på ålder och mognad) en begränsande inverkan på barnets rättighetsanspråk. Det är med andra ord fråga om en begränsad rättighetsdiskurs. Bestämmelsen ger emellertid uttryck för en annorlunda syn på barn och barndom än tidigare lagreglering gjort. I denna lagstiftning som bygger på barnets rätt att få komma till tals som subjekt – där ju barnets *kompetens* är en utgångspunkt för bestämmelsens tillkomst – skulle man anta att man tar avstånd från det hittills rådande synsättet av barnet som en outvecklad vuxen och ett objekt. Men varken i förarbetena till den övergripande bestämmelsen om barnet yttranderätt i SoL eller i motiven till motsvarande paragraf i LVU kritiserar man det synsätt som förevarit. Inte heller vid tillkomsten av den »nya« socialtjänstlagen uppmärksammas frågan särskilt i propositionen (prop 2000/01:80, s. 163-172).

I förarbetena till LVU återfinns en splittrad syn på barn och ungdom. Å ena sidan framhävs barnet som en del av en familj, och det finns en betoning på relationen mellan föräldrars problem och barns behov samt vikten av *samarbete med familjen* (prop. 1989/90:28, s. 52). *Barns behov* är honnörsord som återkommer genomgående i propositionen, och vikten av stödsatser betonas. Å andra sidan återkommer orden *barns rätt* på flera platser i propositionen. Det handlar t.ex. om barns »rätt att växa upp tillsammans med sina föräldrar«, deras »rätt till kontinuitet och stabilitet« (s. 52) och barnens »rätt till respekt för och kontakt med sin historia och sin sociala och kulturella bakgrund« (s. 53). Begreppet *barnperspektiv* införs utan att någon diskussion följer vad ett sådant begrepp egentligen innebär i det här sammanhanget (s. 52).

Synsättet på barn som *subjekt* och »*i vardande*« framkommer tydligt först i barnkommitténs utredningsarbete från mitten på 1990-talet. Förutom uppdraget att göra en översyn av hur svensk lagstiftning förhöll sig till barnkonventionens artiklar hade kommittén i uppdrag att formulera förslag för hur begrepp såsom barndom, barnets bästa och barnperspektiv skulle förstås. Utredningen har refererats till i olika sammanhang i senare lagstiftningsarbeten rörande barn och har haft stor betydelse för den fortsatta barnlagstiftningen. I slutbetänkandet Barnets bästa i främsta rummet uttalar man följande syn på barnets status.

Utgångspunkten i barnperspektivet är respekten för barnets fulla människovärde och integritet. Alla människor – stora som små – har lika värde. Ytterligare en utgångspunkt i barnperspektivet är barndomens egenvärde. Barn är inte bihang till föräldrarna eller passiva mottagare av föräldrapåverkan. De är inte miniatyrupplagor av vuxna utan unika individer med egna behov.

Barndomen ses således inte enbart som en förberedelse för vuxenlivet utan som en del av livet med ett värde i sig. (SOU 1997:116, s. 138)

Barnkommittén beskriver barndomen som en period med ett *egenvärde* i sig, där barnet är ett barn i »vardande«. Men samtidigt ifrågasätter man inte den äldre synen på barnet som en person »i blivande«. Här framkommer alltså två diskurser. Dels rättighetsdiskursen, där barn bland annat ges möjlighet att hävda sina åsikter och att påverka sin omgivning. Dels omsorgsdiskursen, där man vill skydda barn från det kravfyllda vuxenlivet och låta dem få leva i fred i sin skyddade tillvaro så länge som möjligt.

Efter hand har synen på barn som subjekt och rättighetsbärare fått mer och mer utrymme i lagstiftningssammanhang. Flera ändringar i det här avseendet skedde år 2003 då begreppen människovärde, integritet och barnets bästa infördes i 1 § första respektive femte stycke LVU, samt då barns rätt till delaktighet stadfästes i sjätte stycket i samma paragraf. I det första stycket i lagens inledande paragraf uttrycks att insatser skall präglas av respekt för den enskildes *människovärde* och *integritet*. I förarbetena uttrycker man syftet med ändringen på följande sätt:

Detta återspeglar det grundläggande budskapet i FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) och är också en av portalbestämmelserna i socialtjänstlagen (2001:453), SoL. Syftet med bestämmelsen är att markera att barnet/den unge är en självständig individ med egna rättigheter. (prop. 2002/03:53, s. 105)

Rättighetsdiskursen är tydlig. Barnet är ett *subjekt* och en *rättighetsbärare*. Ändringen i paragrafens sista led, och tillhörande uttalanden i propositionen, ger uttryck för en liknande diskurs. Denna bestämmelse beskriver att den unges *inställning* så långt möjligt skall klarläggas och att hänsyn skall tas till den unges *vilja* med beaktande av dennes ålder och mognad. Även om rätten att få påverka besluten är begränsade uttrycks således yttranderätten som mer eller mindre obegränsad.

Den nya bestämmelsen tar sikte på alla beslutssituationer och åtgärder som vidtas med stöd av LVU, alltså inte enbart domstolens beslut. Skyldigheten att så långt möjligt ta reda på barnets egen inställning och respektera densamma vid beslutsfattandet utvidgas härigenom till att gälla alla beslutssituationer och ingripanden som sker med stöd av lagen. (prop. 2002/03:53, s. 105)

Lagstiftaren talar i termer om *barns rätt* och *vuxnas skyldigheter*, och ger härigenom uttryck för en rättighetsdiskurs. Slutligen uttalas i femte stycket i 1 § efter lagändringarna att barnets bästa skall vara avgörande vid beslut enligt lagen. I förarbetena förklarar man att förändringen är en anpassning till FN:s konvention om barnets rättigheter. »Inga andra intressen kan sålunda få ta över vad som är bäst för barnet/den unge« (prop. 2002/03:53, s. 105) ger vid handen en syn på barnet som ett subjekt med rätt till skydd och stöd. Även detta bör därför ses som uttryck för en rättighetsdiskurs.

Sammantaget ger studien av ett antal centrala lagrum och förarbeten vid handen en tudelad syn på barn. Såväl omsorgsdiskursen som rättighetsdiskursen återfinns i olika texter och i olika sammanhang. Medan de äldre texterna domineras av omsorgsdiskursen, har de nyare texterna tydligare inslag av rättighetsdiskursen. Samtliga studerade bestämmelser och lagförarbeten ingår i det gängse rättskällematerial som bildar underlag för den ständiga rättstillämpningen på myndighets- och domstolsnivå. Det innebär att helhetsintrycket blir en splittrad syn på barn.

6 Synen på barn i Rättspraxis från Regeringsrätten

Vilken syn på barn återspeglas i de rättsfall som Regeringsrätten framställer och som bildar prejudikat för den fortsatta rättsutvecklingen? Det finns sammanlagt 16 refererade LVU-domar från Regeringsrätten sedan år 1990. Jag har tagit del av samtliga domar och sorterat bort domar som rör processuella spørsmål eller av andra skäl inte är relevanta för att illustrera vad som återfinns rörande synen på barn. Fokus på domarna har varit domskälen. En dom består vanligen av flera delar, av vilka domskälen är den del som återger domstolens motivering av sitt beslut. Övriga delar är en presentation av partsinställningarna och grunderna för dessa inställningar, samt domslutet. I vissa domar kan man också finna särskilda utlåtanden från Socialstyrelsen. Eftersom undersökningen har haft som syfte att synliggöra vilka synsätt som framkommer i domarna är domskälen den väsentliga delen i detta avseende.

Det finns i princip *tre typer* av diskurser som förs.

Den första typen av resonemang är *omsorgsdiskursen* och som i första hand rör miljöfallen (2 § LVU). Denna handlar om hur familjeförhållandena påverkar, eller riskerar att påverka, barnets utveckling. Nyckelord i rättens argumentationer är barnets *utvecklingsgrad* och dess ålders(in)adekvata beteende; föräldrars föräldraförmåga och möjligheter att ge barnet stimulans i sin *utvecklings- och socialisationsprocess* samt socialtjänstens ansvar att ge stöd till och att samarbeta med *familjen*. I mål där socialnämndens ansökan om tvångsvård inte bifalls betonas gärna i domskälen eventuella signaler på föräldrars förändrade beteende och socialtjänstinsatsers betydelse. I ett fall påpekar till exempel rätten att modern »gör obesträtt sitt bästa efter sin förmåga för barnen« och att hon är »kapabel att med måttligt stöd ta hand om sina barn«. ⁴ I ett annat fall betonas familjens förbättrade situation och rätten anför att det kan »sättas i fråga om bristerna är så allvarliga att långtidsvård i familjehem är ofrånkomlig och om de inte skulle kunna väsentligen kompenseras genom stö-

4 RÅ 1995 ref. 64.

dinsatser på frivillighetens grund.«⁵ Rätten utgår från *föräldraskapet* och kalkylerar om skaderiskerna om barnen blir kvar i hemmet. Man drar exempelvis slutsatsen i ett mål att den 5-åriga dottern »i vart fall hittills inte skadats på grund av bristande omsorger« av sin mor, en kvinna med en psykisk störning av allvarlig art.⁶ Rätten avslår ansökan om LVU-vård och hänvisar till expertutlåtanden där man visserligen ser en påtaglig risk för skada på flickans hälsa och utveckling (som barn till en förälder med paranoida psykiska störningar). Emellertid anför man att

Tidsaspekten i fråga om risken har emellertid inte kunnat anges och inte heller har storleken av risken i [flickans] speciella fall kunnat preciseras närmare. För att en risk i nu förevarande sammanhang skall bedömas vara påtaglig bör det krävas att det inte enbart är fråga om en ringa risk. Det måste finnas konkreta skaderisker och det skall kunna konstateras att riskfaktorerna har sådan allvarlig inverkan på barnets hälsa och utveckling att barnet har ett tydligt vårdbehov. Av de uttalanden som i målet gjorts av barnpsykiatriska experter framgår dock att betydande osäkerhet föreligger beträffande såväl sannolikheten för skador hos [flickan] som vid vilken tidpunkt eventuella skador kan väntas uppkomma. För den händelse skador skulle uppstå går det inte heller att säga något bestämt om hur allvarliga de kan befaras bli.

Enligt rätten gör man i förevarande fall vad man tidigare i domen anger vara »en ingående individuell bedömning«. Här saknas i princip någon rättighetsdiskurs. Den individuella bedömningen baseras inte främst på uppgifter om (eller från) barnet som individ, utan på en individuell bedömning av föräldraskapet, moderns hälsotillstånd och de konsekvenser som detta har för hennes omsorgsförmåga. Barnets utsatta position i förhållande till den tekniska riskbedömningsargumentation som rätten för behandlas inte alls. Inte heller uppmärksammas barnets individuella kompetenser och egenskaper. Bedömningen omfattar uteslutande *föräldraförmågan* och ryms således inom ramen för en *omsorgsdiskurs*.

De olika diskurserna förekommer såväl i fall av yngre som av äldre barn. Omsorgsdiskursen förekommer i mål som rör barn i olika åldrar. Ett fall som synliggör en omsorgsdiskurs i ett mål som rör ett äldre barn gällde en 16-årig flicka som på grund av bl.a. kronisk trötthet försummat sin skolgång och stannat hemma.⁷ I domstolens diskussion huruvida det på grund av brister i moderns omsorg finns en påtaglig risk att flickans hälsa eller utveckling skadas råder en omsorgsdiskurs. Motiveringen grundas på den medicinska diagnosen, rapporter från skolan och behandlingshemmet samt moderns oförmåga att medverka i utredningsarbetet. Flickans egna åsikter rör bara om hennes aktivitetsnivå sjunkit eller inte efter att hon omhändertogs för vård. I övrigt tar man inte upp hennes egen upplevelse av sin situation i domskälen. Man konstaterar istället att

5 RÅ 1995 ref. 39.

6 RÅ 1995 ref. 46.

7 RÅ 1996 ref. 61.

Samhället har således inte förmått tillhandahålla [x] en vård som haft klart gynnsammare inverkan än den hon kunnat få i hemmet med stöd och hjälpinsatser från socialtjänsten. Huruvida ett fortsatt omhändertagande skulle leda till ett bättre resultat synes högst osvisst. /../ Vad beträffar den risk för skada på [x:s] utveckling, som är en följd av hennes uteblivna skolgång, konstaterar Regeringsrätten att [x] nu fyllt 16 år och att hennes skolplikt därmed upphörde i och med utgången av vårterminen 1996.

Det handlar här om flickans brist på *socialisering* och *utbildning* under sin barndom, men samtidigt om hur hon har passerat det stadium då samhället ansvarar för denna utveckling. Istället för att diskutera flickans eventuella rätt till en god utveckling och en utbildning fokuserar domstolen på att flickan faller utom ramarna för *samhällets omsorgsskyldighet* på tvångsvis sätt. *Omsorgsdiskursen* får således utrymme på bekostnad av en frånvarande rättighetsdiskurs.

Efter att ha behandlat den första typen av diskurs går jag nu in på *den andra*, rättighetsdiskursen. Denna diskurs utgår från barnet som individ och rättighetsbärrare. Centrala begrepp i rättens argumentationer är barnets rätt, vilja, talerätt och klagorätt. Fokus har flyttat från vuxenskapet till *barndomen* och därmed från föräldrarna till *barnet*. I ett rättsfall behandlas frågan om betydelsen av att en 12-årig flicka som vårdas med stöd av LVU motsätter sig umgänge med vårdnadshavaren.⁸ I fallet hade flickans vårdnadshavare överklagat socialnämndens beslut om totalt umgängesförbud mellan mor och dotter. Länsrätten och kammarrätten biföll överklagandena. Socialnämnden överklagade och yrkade att Regeringsrätten skulle fastställa beslutet om umgängesförbud. Regeringsrätten konstruerar här en annan syn på barn än i tidigare refererade mål. Rätten argumenterar utifrån barnets rätt att få komma till tals och att få inflytande på beslut som rör dess personliga angelägenheter. Efter att ha konstaterat att barnet har uppnått en mognad som motsvarar hennes ålder uttalar domstolen att flickans ställningstagande får anses vara ett uttryck för hennes verkliga vilja.

Lagstiftaren har i 2003 års lagstiftningsärende särskilt betonat barnperspektivet och framhållit skyldigheten att ta reda på barnets inställning och att respektera densamma. Regeringsrätten finner därför att [flickans] vilja – oberoende av orsakerna till hennes ställningstagande – skall tillmätas avgörande betydelse och att det måste anses vara det bästa för [flickan] att något umgänge inte utövas så länge hon själv inte kan acceptera det.

Argumentationen leder till att överklagandet bifalls och att umgängesförbudet fastställs. *Rättighetsdiskursen* är synnerligen tydlig när rätten uttalar att flickans vilja skall tillmätas betydelse *oberoende av orsakerna till hennes ställningstagande*. Hon betraktas som en kompetent individ och hennes perspektiv är centralt för rättens bedömning.

8 RÅ 2005 ref. 66.

Ett annat mål rör barns talerätt och klagorätt i LVU-mål.⁹ Fråga i målet var om barn som är under 15 år får föra talan genom sin ställföreträdare mot länsrättens dom att avslå socialnämndens ansökan om att barnen skall beredas vård enligt 2 § LVU. Rätten hänvisar till att det är av »vikt att ha egen talerätt« och att man bör »tillerkänna barnen AA och BB klagorätt i fråga om länsrättens dom.« *Rättighetsdiskursen* synliggörs och fokus är barnets rättsliga ställning, oberoende av föräldrarnas och socialnämndens rättsliga möjligheter att agera för sina respektive uppfattningar vad som är till barnens bästa.

I enstaka mål kan man spåra båda de ovan behandlade synsätten på barn. Ett mål åskådliggör hur en omsorgsdiskurs och en rättighetsdiskurs i ett och samma mål kan leda till olika utgång.¹⁰ De båda diskurserna representeras nämligen å ena sidan av en majoritet av domstolen och å andra sidan av två domare med skiljaktig mening. Målet rörde en ensamstående kvinna med viss funktionsnedsättning på grund av en hjärnskada och hennes behov av omfattande stödinsatser till sina två små barn. Fråga i målet var om behovet kunde tillgodoses med stöd av SoL eller om förutsättningar för LVU-vård förelåg. Majoriteten gjorde bedömningen att det inte förelåg brister i omsorgen om barnen i så hög utsträckning att det medförde konkreta skaderisker för deras hälsa eller utveckling. Argumentet var främst att modern enligt expertutlåtanden bedömdes vara någorlunda kapabel att ta hand om sina barn med fortsatta omfattande stödinsatser. Omsorgen om barnen ansågs därmed vara tillräcklig utan att *moderns rätt till sitt vårdnadsutövande* behövde begränsas, och kommunalnämndens talan bifölls inte. Modern får ensam rollen som rättighetsbärrare om *omsorgsdiskursen* är därmed tydlig.

I den skiljaktiga meningen är argumentationen annorlunda; här betonas barnets rätt till en barndom som utgår från dess individuella behov och krav. De två skiljaktiga domarna anför följande:

Det är emellertid uppenbart att barnen med stigande ålder kommer att ställa nya och helt annorlunda krav på den som tar vård om dem. Den avgörande frågan i målet är om det kan antas att [modern] kommer att kunna tillgodose dessa krav i sådan mån att det inte uppkommer påtaglig risk för att [barnens] hälsa och utveckling skadas.

Denna argumentation leder till bifall till kommunalnämndens talan. Här ligger betoningen på barnens individuella *rätt till inflytande på sin barndom*, oberoende av vårdnadshavarens behov att få utöva omsorgen om barnet. Med utgångspunkten att barn är subjekt och rättighetsbärrare för de skiljaktiga en *rättighetsdiskurs*. I den förra argumentationen (av majoriteten) kan alltså i stället utläsas en omsorgsdiskurs där behovet av stöd och stimulans till familjen i syfte att tillgodose barnets behov av

9 RÅ 2006 ref. 10.

10 RÅ 1995 ref. 64.

omsorg och fostran betonas. Argumentationstypen visar sig alltså även få konsekvenser för domslutet.

Den tredje diskursen är *bristen* på synsätt i domskälen. Skälen är så kortfattade att det inte återfinns några utförliga resonemang i sak som påvisar detta. Motiveringarna grundas istället på allmänna konstateranden att det inte förebragts tillräckliga skäl eller tillräckligt underlag i utredningen.¹¹ Det kan också bero på att rätten använder andra typer av resonemang än sådana där synen på barn framkommer. Exempelvis blir en bevisvärderingsdiskussion i ett rättsfall en fråga om att brist på tillsyn i hemmet utgör en påtaglig risk för skada av barn.¹² I ett annat mål utreds främst frågan om modern kommer att ingripa i vården av barnet eller inte, för att bedöma huruvida vården kan ske med stöd av SoL.¹³ I dessa fall kan jag inte utläsa vare sig någon omsorgs- eller någon rättighetsdiskurs.

7 Synen på barn i rättstillämpningen i kammar-rätterna

Hur gör då rättstillämparen med dessa olika föreställningar om barn och barndom i sin rättutövning? I syfte att försöka besvara den frågan har jag studerat kammar-rättsdomar som rör LVU-vårdens innehåll och upphörande rörande barn och ungdomar på hem för vård eller boende samt på hem för särskild tillsyn mellan åren 2001-2004. Det rör sig om sammanlagt 33 domar. Syftet med valet av domar är tredelat. För det första innebär denna avgränsning att jag fått ett material av begränsad storlek. Mål rörande barn i hem för vård eller boende är exempelvis färre än de domar som rör familjehemsplacerade barn. För det andra återger materialet diskurser vid rättstillämpningen i fråga om verkställigheten av tvångsvård av barn och ungdomar. Under barnets vistelse i ett familjehem eller en institution är barnets rättsliga ställning relativt svag (Mattsson 2006). I ett maktperspektiv är det därför av vikt att studera tillgängligt rättsligt material som kan spegla synen på utsatta barn. För det tredje är mål som rör institutionsplacerade barn vanligen äldre barn (än barn i familjehem) och därför kan diskurser som rör synen på barn och unga bli särskilt påtagliga.

Tillvägagångssättet har varit att jag, efter manuell insamling vid respektive domstol, kategoriserat de olika domarna med avseende på dels vilken kammarrätt som avgjort målet, dels vad som varit saken i målet. De studerade målen rör frågor om fortsatt vård, placering eller omplacering samt umgänge. Därefter har jag tagit del

11 RÅ 1992 ref. 6.

12 RÅ 1996 ref. 91.

13 RÅ 1990 ref. 13.

av respektive sakprövade kammarrättsdomar med tillhörande dom från länsrätten. Syftet har varit att få en översiktlig bild av målet i fråga. Däremot har jag inte använt mig av hela domen i analysarbetet utan begränsat mig till kammarrättens domskäl. Tanken har varit att, på liknande sätt som vid ovan studie av regeringsrättens domar, undersöka hur rättens syn på barn konstrueras i motiveringarna av besluten.

Antal LVU-mål per måltyp från respektive länsrätt återges i följande tabell:

	Fortsatt vård	Placering	Omplacering	Umgänge
Jönköping	7	1	1	3
Göteborg	1	4	2	4
Stockholm	2	5	0	2
Sundsvall	0	0	1	0

Cirka hälften av målen rör unga som fyllt 15 år och som därmed är processbehöriga. I vissa fall har ungdomarna överklagat länsrättens dom. I andra fall är det föräldrarna till den unge som överklagar. De unga är placerade med stöd av såväl 2 som 3 §§ LVU, det vill säga både unga vars hemmiljö brister samt fall där den unges beteende är anledningen till omhändertagandet.

Det är påfallande hur många av de studerade rättsfallen som har en diskurs som ger uttryck för en brist på synsätt. I cirka två tredjedelar av målen uttalar rätten ingen uppfattning i frågan om synen på barn som jag kan utläsa. Detta är särskilt återkommande i de mål där den enskildes överklagande inte vinner bifall, och där motiveringarna stundom är mycket begränsade i omfattning. Vissa standardfraser är vanligt återkommande i dessa domskäl. Rätten hänvisar exempelvis till ett fortsatt vårdbehov eller gör bedömningen att klagandes invändningar saknar avgörande betydelse. I andra fall instämmer kammarrätten i länsrättens bedömning utan annan motivering och ändrar inte den överklagade domen.

Övriga domar innehåller beskrivningar av de placerade barnens situation eller hänvisar till den unge själv. Rätten kan rikta uppmärksamhet på den unge på olika sätt. Det mest återkommande fallet är att rätten fokuserar på den unges *utvecklings- och socialiseringsprocess* i sin bedömning, *utan* att se till andra särskilda förutsättningar hos det enskilda barnet. I dessa mål är vanligen synen på barn ett omsorgsobjekt, ett barn »i blivande«. Några mål kan nämnas som exempel härpå. I ett mål som rör frågan om fortsatt vård för en 14-årig pojke beskriver rätten noggrant anledningen varför vården bör fortgå. Man betonar att vården skall »syfta till att befrämja [pojken]s förutsättningar att utvecklas till en självständig individ och att därvid understöda en frigörelse från en, som det har bedömts, onaturlig stark bindning till

sin mamma.«¹⁴ I ett annat mål framhålls att en 14-årig aggressiv flicka »har långt kvar till ett eget ansvarstagande vuxenliv och behöver mycket stöd och goda förebilder.«¹⁵ Domstolen i Stockholm beskriver i ett mål i positiva ordalag hur en 19-årig LVU-vårdad ung man har fått eget arbete och ordnat egen lägenhet. Man konkluderar att han »således gjort stora framsteg i sin utveckling under det senaste året.«¹⁶ Man finner dock att han inte nått tillräckligt i sin utveckling för att vårdbehov med stöd av LVU inte längre skulle föreligga i detta skede och ändrar därför inte länsrättens dom om fortsatt vård med stöd av denna lag. Barnens utvecklingsprocess blir också avgörande i ett mål rörande moderns överklagande av ett placeringsbeslut rörande tre barn.¹⁷ I länsrätten har barnets positiva utvecklingsprocess i familjehemmen utgjort grund för bedömningen att vårdbehov alltjämt förelåg. Kammarrätten använder samma bevisning men når en annan slutsats.

Vad som därvid framkommit angående barnens utveckling i familjehemmen kan inte tillmätas någon avgörande betydelse. De mindre barnen har befunnit sig i en ålder då utvecklingen går fort framåt /.../

Sammanfallande i de beskrivna målen är synen på barndomen som en process med ett ansvarstagande, självständigt vuxenliv som mål. Medel för att uppnå detta mål är vård i form av stöd, goda förebilder och hjälp till frigörelse från alltför starka bindningar till sina föräldrar.

En helt annan typ av uppmärksamhet riktas mot barnet när dennes speciella kompetens eller önskemål åberopas. Då formas en *rättighetsdiskurs* och synen på barn förskjuts från ett barn »i blivande« till ett barn i »varande«. I ett umgänkesmål där vårdnadshavaren begärt mer umgänge med sin dotter hänvisar rätten till att flickan fyllt 12 år och inte önskar ytterligare umgänge.¹⁸ Rätten konstaterar att »Skäl att begränsa umgänget på sätt som socialnämnden gjort har därför förelegat.« Med hänvisning till flickans uttalande och till att det inte inkommit några omständigheter som bort medföra utökning av omfattningen av umgänget ändrar inte kammarrätten umgänkesbeslutet. Ett annat fall rör en 17-årig flicka som överklagat socialnämndens beslut att omplacera henne från ett familjehem till ett behandlingshem med viss specialistkompetens.¹⁹ Flickans uttryckliga önskan att få vara kvar i familjehemmet tillåts överväga den objektivt sett bästa vårdformen.

14 Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3843-2002, 030411.

15 Kammarrätten i Jönköping, mål nr 778-2002, 020610.

16 Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5808-03, 031117.

17 Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7901-030121.

18 Kammarrätten i Jönköping, mål nr 454-2002, 020508.

19 Kammarrätten i Göteborg, mål nr 343-2003, 030321.

Avgörandet kan emellertid inte bara grundas på vad som objektivt framstår som mest lämpligt. Det är också viktigt att hänsyn tas till den drabbades aktuella situation och framförallt vad hon själv vill. /.../ Av [flickans] egna uppgifter och av vittnesutsagorna framgår att hon har gjort stora framsteg sedan hon flyttade från [sitt biologiska hem] till [familjehemmet]. Det är uppenbart att hon har funnit trygghet i familjehemmet och med sina relationer i [staden] och där har hon också närhet till sin mor och sina syskon. Även om [behandlingshemmet] erbjuder mer kvalificerad vård för flickor med [hennes] problem än den som kan ges [i familjehemmet] anser kammarrätten att man inte mot hennes uttryckliga önskemål att få stanna i familjehemmet /.../ bör flytta henne till [behandlingshemmet].

I det citerade domskälet synliggörs rättens syn på barnet och respekten för flickans nuvarande välbefinnande. Utgångspunkten för bedömningen är flickans situation och hennes egna önskemål.

Ett liknande sätt att uppmärksamma den unge är att hänvisa till uttalanden som gjorts under den muntliga handläggningen. I ett mål från Kammarrätten i Stockholm rörande frågan om fortsatt vård för en 18-årig ung man hänvisar rätten till den unges uttalanden i domstolen. Förutom att man bedömer hans egen initiativförmåga att bidra till sin egen positiva utveckling genom att vara drogfri och gå på samtalsbehandling som tecken på att vården fortsättningsvis bör kunna ske i frivilliga former, återoppar rätten uttalanden från den muntliga förhandlingen.

Vid kammarrättens muntliga förhandling har han på ett moget och genomtänkt sätt redogjort för sin inställning och medverkan till den planerade vården.

Betraktelsen av den unge som ett subjekt och en rättighetsbärare kräver inte nödvändigtvis att man direkt återoppar uttalanden som den unge gjort. Synen på barn som kompetenta personer och människor med ett egenvärde oberoende av ålder kan synliggöras även på andra sätt, såsom att ingående analysera den unges situation (och inte den vuxnes situation till exempel). Däremot återkommer en respekt för den unges eget handlingsutrymme på ett eller annat sätt, alternativt en tolkning av utsagor eller känslouttryck. I ett mål rörande frågan om placering i §12-hem poängterar till exempel rätten att det är »av stor vikt att en överflyttning till [§12-hemmet] föregås av ett noga planerat insatsprogram, bl.a. i form av öppenvårds-kontakter, samt att dessa insatser är förankrade hos [flickan] själv.«²⁰ Rätten uttalar alltså ett behov av flickans delaktighet i den framtida vården, inte bara som ett objekt för vårdutövandet utan också som ett subjekt med rätt till någon form av inflytande. I ett annat mål understryker kammarrätten vikten av att socialnämnden noggrant följer att flickan får behövlig skolundervisning.²¹ Detta uttalande är föranlett av att den 15-åriga flickan varit orolig för att skolundervisningen på det aktuel-

20 Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2056-2001, 010022.

21 Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5490-2001, 011205.

la hemmet varit otillräckligt och att hon inte hörde hemma bland de andra flickorna på hemmet. Ett liknande fall betonar rätten i domskälen att flickans »situation synes huvudsakligen präglas av att hon saknar sin mamma och är oroad av ytterligare en flyttning«. ²² I de två sist nämnda målen rör uttalandena tolkningar av flickans känslouttryck och uttalanden. Genom att på dessa sätt analysera det enskilda barnets unika förutsättningar och situation uppstår en *rättighetsdiskurs*.

9 Avslutande diskussion

Inom den beteendevetenskapliga forskningen har under de senaste decennierna skett ett paradigmskifte rörande synen på barn. Från förståelsen att barn är ofärdiga objekt under utveckling med behov främst av vuxnas kunskaper och omsorgsgivande – barn »i blivande« – har ett annat synsätt vuxit fram där barnet främst betraktas som subjekt och »i varande«. Enligt det senare synsättet står barnet i fokus för sin egen barndom, och dess delaktighet i byggnationen av denna ses som central. I mål och ärenden som rör barn personligen har ny lagstiftning successivt tillkommit för att avspegla denna förändrade förståelse av och förhållningssätt till barn. Samtidigt har delar av äldre lagstiftning kvarstått, liksom gamla förarbeten och rättspraxis.

Svensk socialrättslig lagstiftning har genomgått en utveckling, där socialtjänstlagen med tillhörande tvångslagstiftning ursprungligen tillkom under en tid då synen på barn främst var att de var »ofärdiga«, skyddsbehövande familjemedlemmar. Efter hand har bestämmelser införts i båda lagarna som vill påvisa det annorlunda synsättet på barn som samhällsmedborgare och kompetenta subjekt med rättighetsanspråk på den offentliga arenan. Tendensen inom den sociala barnvården verkar ha varit att anamma det nya synsättet på barn, utan att reflektera kring förhållningssättet till det rådande synsättet och den kvarvarande lagstiftningen i de sociala lagarna rörande barn. Detta återspeglas i samtliga de rättskällor som jag studerat, det vill säga i lagar, förarbeten och rättspraxis.

Detta är inte oproblemiskt eftersom det finns åtminstone två skilda föreställningar och synsätt på barn i våra nuvarande rättskällor. Man kan sammanfattningsvis konstatera att det förekommer både omsorgsdiskurser och rättighetsdiskurser i de centrala förarbetena till SoL och LVU, vilka återspeglas i rättstillämpningen i Regeringsrätten och de fyra kammarrätterna. I de mål som diskurserna förekommer i samma mål är utgångspunkterna olika och de skilda synsätten kan leda till olika domslut. Min undersökning av kammarrättsdomar visar att rätten anknyter till samma föreställningar som förarbeten och rättspraxis ger uttryck för, det vill säga

22 Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7901-03, 030121.

skilda synsätt. På samma sätt kan man anta att övrig rättstillämpning sker. Detta skulle kunna vara en delförklaring till en bristande harmoni mellan lagstiftning-sambitioner och rättstillämpning i svensk rätt. Äldre synsätt tillåts leva vidare genom att lagändringar främst sker inom befintlig, gammal lagstiftning med tillhörande förarbeten och rättspraxis. Den nya synen i nytillkomna paragrafer ställs mot de grundtankar som fanns vid ursprungslagens tillkomst. Härmed skapas en splittrad syn på barn.

För barns vidkommande kan konsekvenserna bli undermålig rättssäkerhet och rättvisa. Med bristande erfarenheter och kunskaper i förhållande till vuxna anses barn vara underlägsna vuxna på olika områden och deras åsikter blir därmed inte lika betydelsefulla som vuxnas i omsorgsdiskursen. I rättighetsdiskursen ges barnet en rättslig ställning som likvärdig den vuxne i fråga om värde och respekt. Beroende på synen på barn kan metoderna för att göra det möjligt att väga olika intressen mot varandra (exempelvis barnets mot vårdnadshavarens) bli olika, med skilda resultat som följd. För att återknyta till frågan i rubriken verkar det således finnas fog att påstå att synen på barn som rättighetssubjekt respektive som omsorgsobjekt visserligen går hand i hand, men ändå stick i stäv med varandra.

Referenser

- Andersson, U, *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, Lund: Bokbox förlag, 2004
- Dahlstrand, L. *Barns deltagande i familjerättsliga processer*. Uppsala: Universitetstryckeriet, 2004
- Eriksson, M. & Näsman, E., Delaktighet i familjerättsprocesser för barn som upplevt pappas våld mot mamma. Paper presenterat på konferensen Utsatt barndom, sårbara familjer och samhällets insatser, Eslöv, 2006
- Foucault, M. *Diskursens ordning*. Stockholm/Stehag: Brutus Östlings bokförlag, 1971/1993
- Freeman, M. D. A. »The sociology of childhood and children's rights«, s. 433-444, *The International Journal of Children's Rights* 6, 1998
- Hollander, A. »Att tillvarata barnets rätt och bästa«, s. 57-75, Hollander m.fl (red), *Barn och rätt*. Uppsala: Iustus förlag AB, 2004
- Holmberg, B. och Håkansson G. »Hur barnkonventionens barnsyn återfinns i föräldrabalken, socialtjänstlagen och LVU«, i bilaga 4 till SOU 2000:77
- Höjer, I. och Röbbäck, K. *Barn i kläm – hur uppmärksammas barn i mål om verkställighet av umgänge*, Stockholm: Stiftelsen Allmänna barnhuset 2007:1
- James, A. och Prout, A. *Constructing and Reconstructing Childhood*, London: Falmer Press, 1997
- James, A., Jenks, C. & Prout, A. *Theorizing Childhood*, Cambridge: Polity Press, 1998
- Lee, N.. *Childhood and society: Growing up in an age of Uncertainty*, Maidenhead: Open University Press, 2001
- Mattsson, T. »Barnets mening i LVU-processen«, s. 45-57, *Socialvetenskaplig tidskrift*, Vol 5 nr 1, 1998
- Mattsson, T. *Barnet och rättsprocessen. Rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, Lund: Juristförlaget, 2002
- Mattsson, T. *Barnet som subjekt och aktör. En rättslig studie om barn i familjebem*, Uppsala: Iustus förlag, 2006

- Mattson, T., Barnets bästa – till vilken nytta? I Vahlre Westerhäll, L., (red.) Legitimitetsfrågor i socialrätten, s. 90.106. Norstedts Juridik, 2007.
- Niemi-Kiesiläinen, J. »Våld mot kvinnor och mänskliga rättigheter«, s. 49-67, *Retfaerd* 84, *Nordisk juridisk tidskrift*, 22. årgång nr 1, 1999
- Nilsson, E. *Barn i rättens gränsland. Om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd*, Uppsala: Iustus Förlag, 2007.
- Närvänen, A-L & Näsman, E., Doing age, doing childhood, Performing or contesting the age order. Paper presented at Childhoods 2005. International Conference, Oslo, 2005
- Näsman, E. Barn, barndom och barns rätt, s. 53-75, Olsen, L. (red.) *Barns makt*, Uppsala: Iustus 2004
- Qvortrup, J. Childhood Matters. An Introduction. I Qvortrup, J., Bardy, M., Sgritta, G. & Wintersberger, H. (eds.) *Childhood Matters. Social theory, practice and politics*, Austria: European Centre Vienna, 1994
- Qvortrup, J. (ed.) *Studies in modern childhood. Society, Agency, Culture*. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2005
- Rejmer, A. *En rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa*, Lund: Sociologiska Institutionen, Lunds Universitet 2003
- Singer, A. *Föräldraskap i rättslig belysning*, Uppsala: Iustus förlag, 2000
- Schiratzki, J. *Barnrättens grunder*, Lund: Studentlitteratur, 2005
- Stern, The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric, Uppsala: Universitetstryckenet, 2006
- SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige
- Direktiv 2007:168
- Prop. 1979/80:1 om socialtjänsten
- Prop. 1989/90:28 om vård i vissa fall av barn och ungdomar
- Prop. 2000/01:80 Ny socialtjänstlag m.m.
- Prop. 2002/03:53 Stärkt skydd för barn i utsatta situationer m.m.
- Prop. 2006/07:129 Utveckling av den social barn- och ungdomsvården m.m.
- RÅ 1990 ref. 13
- RÅ 1991 ref. 62
- RÅ 1991 ref. 66
- RÅ 1992 ref. 6
- RÅ 1993 ref. 72
- RÅ 1995 ref. 38
- RÅ 1995 ref. 39
- RÅ 1995 ref. 46
- RÅ 1995 ref. 64
- RÅ 1996 ref. 61
- RÅ 1996 ref. 91
- RÅ 2000 ref. 33
- RÅ 2005 ref. 61
- RÅ 2005 ref. 66
- RÅ 2006 ref. 36
- RÅ 2006 ref. 10
- Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3843-2002, 030404
- Kammarrätten i Jönköping, mål nr 454-2002, 020508

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3608-2001, 020206
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 778-2002, 020610
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3564-03, 031217
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3320-03, 031118
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1466-03, 030610
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3082-03, 031028
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3930-2002, 030328
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3844-2002, 030404
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2110-2002, 021017
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1485-2001, 010629
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3122-2001, 011011
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 343-2003, 030321
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5490-2001, 011205
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2387-03, 030430
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6338-2002, 030204
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7297-2000, 010503
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 701-2002, 020422
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7381-03, 031217
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 32-2003, 030410
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3027-03, 030630
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5491-2001, 011112
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5305-2001, 011026
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 8302-02, 030217
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 854-2001, 010327
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 338-2002, 020308
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 7901-02, 030121
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5808-03, 031117
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4834-03, 030922
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6586-03, 031219
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5672-2002, 021105
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2056-2001, 010022

Skandinaviske studier af den juridiske profession

AF OLE HAMMERSLEV, LEKTOR, PH.D., JURIDISK INSTITUT, SYDDANSK UNIVERSITET

This article focuses on classic Scandinavian studies of the legal profession. These classic studies, which followed World War II and the development of the Scandinavian welfare states, focused on national developments of the legal profession and its relevance to the development of the states and the markets. The studies are divided into convergence perspectives with Aubert's studies as dominating on the one hand and conflict perspectives with Mathiesen's studies as dominating on the other. The article examines their similarities and differences in theoretical backgrounds, methodology and empirical data. It demonstrates how the two research traditions, despite their different theoretical perspectives, build their research on comparatively the same kind of empirical data and methodology and how they reach some of the same conclusions.

Keywords: Legal profession, Scandinavian states, conflict studies, convergence studies, studies of the legal profession

Inden for retssociologien er det igen blevet moderne at undersøge den retlige udvikling ved at fokusere på den juridiske profession, ligesom studiet af den juridiske profession er blevet interessant at studere i forbindelse med internationalisering og skabelsen af transnationale og internationale uddannelser, markeder, organisationer og statslignende institutioner.¹ Halliday og Karpik har for eksempel vist, hvordan jurister har været aktive i den transnationale promovning af politisk liberalisme. Jurister har ikke kun orienteret sig mod økonomiske markeder, de har også været forkæmpere for en institutionalisering af politisk liberalisme (Halliday – Karpik 1997; Halliday – Karpik – Feeley 2007).² Dezalay og Garth har vist, hvordan jurister fra især USA deltager i at bygge transnationale retlige institutioner og hvordan jurister arbejder på at eksportere retlige ideer til Latinamerika og Sydøstasien (Dezalay – Garth 1996; Dezalay – Garth 2002). Andre studier har på forskellig vis illustreret, hvordan jurister med social og kulturel kapital har stået bag konstruktionen

- 1 Artiklen er en omarbejdet version af kapitel 2 i forfatterens ph.d.-afhandling, se Hammerslev (2003).
- 2 Sammenkædningen mellem promovningen af politisk liberalisme og den juridiske profession er i skandinavisk sammenhæng diskuteret af fx Anders Kjellström (1985). For forskellige diskussioner af den juridiske professions relation til dannelsen af staten og markedet se fx temanummer om den juridiske profession i *Retfærd. Nordisk juridisk tidskrift* (1985).

af dele af Europa (Cohen 2007, s. 20-33; Hammerslev 2007, s. 4-15; se også artiklerne i *Law & Social Inquiry* 2007 samt *Retfærd. Nordisk juridisk tidskrift. Special issue: Pierre Bourdieu: From law to legal field* 2006).

Det intensive perspektiv på transnationalisering og internationalisering i studiet af den juridiske profession forekommer nyt. Langt hovedparten af de studier, der fulgte efter anden verdenskrig og fulgte med udviklingen af velfærdsstaten, fokuserede enten på de nationale juridiske professioner eller på nationale professioner i komparativt perspektiv for at undersøge juristers rolle i opbygningen af de moderne velfærdsstater. Sådanne undersøgelser af den juridiske profession har haft afsæt i en mængde forskellige teoretiske og metodologiske udgangspunkter, men særligt med udgangspunkt i enten et konvergens- eller et konfliktperspektiv. I skandinavisk retssociologi har studier af den juridiske profession traditionelt været en integreret del af retssociologien, og den skandinaviske retssociologi har også taget afsæt i konvergens- eller konfliktperspektivet. Denne artikel diskuterer klassiske skandinaviske retssociologiske undersøgelser, der udspringer af en interesse for de retlige og nationale statslige forandringer, som fulgte med velfærdsstaterne. Undersøgelserne har det tilfælles, at de kigger på retten og juristers rolle og betydning for den samfundsmæssige udvikling i Skandinavien, for dannelsen af rets- og velfærdsstaterne og for den kapitalistiske udvikling. Artiklen forsøger herved at skabe en indholdsmæssig, metodologisk og teoretisk sammenhæng samt vise en forskellighed mellem de klassiske skandinaviske studier. Artiklen kigger med andre ord på klassiske skandinaviske retssociologiske studier og sætter dem ind en teoretisk kontekst.

Formålet med dette er at fremhæve de klassiske skandinaviske studier i en tid med fokus på nyere teoretiske retninger og i en tid hvor retssociologiske forskningsspørgsmål begynder at tage udgangspunkt i transnationale og internationale processer.³ Mange af de nye studier har baggrund i de klassiske studiers metodologi, empiriske data og fokus på juristers betydning for og rolle i konstruktionen af staten og markedet – som allerede Weber (1978) fokuserede på.⁴

Artiklen er opbygget således, at først gennemgås hver forskningstradition, hhv. konsensus- og konflikttraditionerne, hvorefter de sættes ind i forskningstraditionerne, der er udviklet uden for Skandinavien. Under de enkelte afsnit diskuteres både studierne konklusioner og deres datamateriale.

3 I nordisk sammenhæng se fx Hammerslev (2007); Papendorf (2002); Dalberg-Larsen (2000); Madsen (2000).

4 Det skal understreges, at artiklen ikke tenderer at tage alle studier af den juridiske profession med i Skandinavien, da det vil blive for omfattende. Derfor er retshistoriske studier af den juridiske profession i Skandinavien heller ikke medtaget. Artiklen medtager heller ikke finske studier, for sådanne se fx Konttinen (1991); Konttinen (2003).

1 Konvergenstudier: Jurister erstattes af andre professioner

I det følgende undersøges studier af juristers funktion og rolle i samfundet. Studierne har deres baggrund i konvergenstraditionen. I Skandinavien formåede Vilhelm Aubert at sætte paradigmet for denne form for rettssociologiske studier, der inkluderede den juridiske profession. Derfor undersøges først Auberts norske studier, hvorefter studier fra henholdsvis Sverige og Danmark undersøges. Disse er valgt, fordi de eksplicit bygger på Auberts studier.

2 At sætte paradigmet: Vilhelm Auberts studier af den juridiske profession

Aubert opfattede rettssociologi som en videnskab, der beskæftiger sig med spørgsmål vedrørende retten og retlige institutioners – herunder den juridiske professions – rolle og funktion (Aubert 1982, s. 28). I sine studier af den juridiske profession fokuserede Aubert på de forskellige dele af professionen som rollesystemer. Den idealtypiske form for profession består af forskellige erhvervsroller: »... the scientist or scholar, the teacher, the decision-maker, and the service-practitioner.« (Aubert 1989, p. 338). Disse forskellige uafhængige roller – eller systemer af roller – bidrager til professionens samlede profil. Ved at undersøge antallet af medlemmer af de forskellige dele af professionen argumenterede Aubert for, at det er muligt at undersøge, hvordan samfundet er organiseret og hvordan det løser sine konflikter. Antallet af jurister i de forskellige dele af professionen indikerer, hvilken type af eksperter og hvilken form for ekspertise samfundet behøver for at opretholde den sociale orden.

I sine studier af retten og den juridiske professions rolle beskriver Aubert rettens og den juridiske professions rolle i det norske samfund gennem historien fra begyndelsen af 1800-tallet til 1970'erne. Aubert konstaterer, at den dominerende gruppe af helt centrale embedsmænd i staten gennem det 19. århundrede var jurister, ligesom jurister også var repræsenteret i Stortinget. Mellem 1815 og 1829 uddannede Universitetet i Oslo flere jurister end teologer, som tidligere havde udgjort den største – og dominerende – profession i samfundet. Indtil skiftet til det 20. århundrede blev flere jurister uddannet fra universitetet end »... the combined number of graduates from all other faculties.« (Aubert 1976b, s. 2). Den juridiske uddannelse var, ifølge Aubert, en generalistuddannelse, hvor de studerende lærte de kompetencer, der var nødvendige for at kunne lede samfundet. Jurister kom derfor til at spille en aktiv rolle i udviklingen af industrien, handlen og urbaniseringen (Aubert 1976b; Aubert 1989).

Ved at fokusere på antallet af jurister og deres positioner redegør Aubert for, hvordan jurister i de første årtier i det 19. århundrede udgjorde en af de største professioner og hvordan de tilnærmelsesvis havde monopoliseret de mest centrale positioner i samfundet: Positioner i administrationen, inden for handel og positioner relateret til udviklingen af fx infrastruktur og finanssektoren. Aubert konkluderer at jurister, retlige syn på samfundet samt den juridiske måde at løse konflikter på spillede en central rolle for samfundsudviklingen i det 19. århundrede. Den juridiske profession var på den måde en »nødvendig forudsætning« for udviklingen af økonomisk vækst og for udviklingen af den moderne stat. For at blive en moderne stat og et moderne samfund uden opløsning var der behov for at skabe stabilitet og tillid. Det var denne rolle juristerne havde. Via deres specielle måde at forebygge og løse konflikter skabte jurister stabilitet og havde hermed, hvad Aubert kalder en »national integrerende funktion«. Fænomenet, der ligger bag denne funktion, var ifølge Aubert tillid. Som han forklarer:

»In a rural society the population will trust their kin, their neighbours and a few figures of authority. However, there are few social bonds capable of creating a basis for trust beyond this limited circle. From this derive a large number of difficulties when new economic enterprises are going to be established. Credit, commerce, loyal payment of taxes, contracts of work, establishment of banks and limited liability companies, presuppose that it is possible to establish trust between people who have not been capable of trying out each other's reliability through personal contact over a period of years. The preconditions for the growth of trust, which can make the nation into a common market, are many. However, I venture to propose the hypothesis that the growth of a fairly large legal profession in Norway contributed to establish this trust on certain points in the social structure where this was a critical precondition. This took place in part as a consequence of the participation of lawyers in the establishment and development of the governmental apparatus itself, including the judiciary.« (Aubert 1976b, s. 3f).

Aubert bygger her på Durkheims tese. I et primitivt (bonde)samfund eksisterer der en »mekanisk« solidaritet. Denne er dog ikke fyldestgørende i et moderne samfund, hvor vi interagerer med personer og med juridiske personer, hvis troværdighed og pålidelighed vi ikke kan undersøge og fornemme med personlig kontakt. Nye former for virksomheder havde behov for store økonomiske lån og institutioner til at skabe sikkerhed for de økonomiske investeringer. Jurister formidlede denne form for sikkerhed og skabte den tillid, der var nødvendig. Dette betød, at det retlige system og jurister medierede en – med Durkheims begreb – »organisk solidaritet«. Professionen skabte tillid ved juridisk metode og retsregler, der skaber forudberegnelighed i det sociale liv, hvilket er en forudsætning for handel og for den moderne stat. Her er Aubert også inspireret af Weber, som fandt at:

»Industrial capitalism must be able to count on the continuity, trustworthiness and objectivity of the legal order, and on the rational, predictable functioning of legal and administrative agencies.

Otherwise those guarantees of predictability are absent that are indispensable for the large industrial enterprise.« (Weber 1978, s. 1095).

Det antages, at for at kunne udvikle en vestlig form for kapitalistisk markedsøkonomi, industri og det økonomiske felt skal det være muligt rationelt at kalkulere risici i forhold til profit. Markedet, som virksomheder agerer på, må være stabilt og det er stabiliteten den moderne stat med sit retlige fundament sikrer. Retten må være formålsrationel, så fremtidig ageren på markedet kan forudberegnes på trods af, at de handlende ikke kender hinanden personligt. Aubert går dog et skridt videre end Weber, idet han understreger, at samfundet har et behov for jurister i udviklingen af det moderne samfund som stabiliserende faktor, der modvirker disintegration. Retten er med andre ord et medium, der binder samfundet sammen.⁵ Ydermere fandt Aubert, at juristers deltagelse i erhvervslivet og i regering med stor sandsynlighed var en medvirkende årsag til at begrænse konflikter i samfundet; konflikter som ville virke som en kilde til disintegration. Jurister fungerede som oftest i og var selv del af de øverste klasser i samfundet. Det var også her, de etablerede og konsoliderede deres sociale netværk.

Aubert er bevidst om ulighederne mellem forskellige samfundsgrupper. Når han undersøger juristers sociale baggrund, er det for at vise, at integrationen findes inden for en social klasse og ikke på tværs af sociale klasser. Jurister var som altovervejende hovedregel rekrutteret fra de højeste klasser i samfundet og deltog i aktiviteter og interagerede mest inden for disse klasser (Aubert 1976a, s. 258 og 265). Jurister skabte hermed tillid specielt inden for de højeste klasser i samfundet. På den anden side finder Aubert, at jurister sandsynligvis varetog den vigtige integrative funktion på et nationalt plan (Aubert 1976b, s. 4).⁶

Efter at have undersøgt udviklingen i det 19. århundrede undersøger Aubert juristernes rolle i det 20. århundrede. Aubert ser to modsatrettede udviklingstendenser. På den ene side en tendens, der indikerer, at vigtigheden af retten er steget og på den anden side en tendens, der indikerer, at retten har mistet sin altdominerende betydning. For hvad angår den første udvikling er antallet af jurister steget

5 Dog mener Aubert, at samfundet ikke nødvendigvis havde behov for jurister men at det havde brug for højtuddannede personer. Aubert forklarer det stigende antal jurister med, at det var billigt at uddanne jurister sammenlignet med andre kandidater og at en juridisk uddannelse var en bred generel uddannelse i stats- og samfundsledelse (Aubert 1976a).

6 Dette perspektiv bliver kritiseret af Habermas. Med baggrund i Parsons funktionalisme mener Habermas, at denne form for integration er en systemisk integration, der ikke har base i borgernes livsverden. Hvis det skulle være muligt for det juridiske system at skabe en national normativ integration, skulle retten være baseret på livsverdenens kommunikative handlen. Ellers skaber systemet alene forudsigelighed (Habermas 1987). Dette betyder, at tillid må være baseret på livsverdenens handlinger, og at tillid ikke kan etableres med baggrund i systemet, som Aubert mener.

signifikant både numerisk og i relation til den norske population. Ydermere er der sket en retliggørelse, både i Habermas' forstand, og således at mange private organisationer har adopteret juridiske eller quasi-juridiske tankemønstre og metoder. En anden indikator er ifølge Aubert, at antallet af kriminalsager ved domstolene fordobledes fra 1870 til 1965. Tendensen med, at juristerne mistede deres betydning, ser Aubert ud fra statistik over antallet af jurister sammenlignet med det samlede antal medlemmer af professionerne. Antallet af jurister er faldet i forhold til andre professioner. Særligt antallet af dommere er faldet både set i forhold til stigningen i det samlede antal medlemmer af den juridiske profession og i forhold til befolkningstilvæksten. Hvis domstolene bliver anskuet som en ekspertinstitution, der har en service at tilbyde, nemlig fredelig konfliktløsning, er det relative fald af dommere bemærkelsesværdigt, da antallet af andre serviceprofessioner er steget. Ydermere er det samlede antal sager, som behandles ved domstolene, kun steget ganske lidt. Flertallet af sager løses uden hjælp fra domstolene, og mange konflikter løses i institutioner, hvor traditionel juridisk metode ændres.

På baggrund af antallet af dommere og jurister generelt og antallet af jurister set i relation til udviklingen i medlemsantallet i nyere professioner, konkluderer Aubert – med nogen overraskelse – at det er vanskeligt at se, at det moderne samfund har mere brug for domstole end det førmoderne havde. På den anden side finder Aubert det usandsynligt, at antallet af konflikter i samfundet som helhed skulle være faldet. Konklusionen er, at måden konflikter løses på må være ændret.⁷ Derfor må traditionel juridisk metode, ifølge Aubert, mindske sin dominans. I stedet for traditionelle former for retlig logik vinder andre former for professionelle logikker frem i styringen af samfundet. For eksempel er ekspertviden fra psykiatere og psykologer ofte involveret i kriminalsager efter fremkomsten af et stort antal psykiatere og psykologer. Dette betyder, at strafudmålingen kan blive influeret af den kriminelles fremtidige muligheder, hvilket er en videre tankegang end den traditionelle juridiske beslutningstagning, hvor strafudmålingen, idealtypisk set, bliver deduceret fra regler. Hermed bliver rationaliteten transformeret fra, hvad Aubert kalder værdirationel baseret på retlig formalisme, til hvad han kalder pragmatisk rationalitet. Beslutninger, som følger den pragmatiske logik, vælger »... the proper means to further a specific goal« og findes for eksempel i de nyere samfundsvidenskaber. Den værdirationelle rationalitet, som Aubert bygger på, er beslutninger taget ved at »... applying norms to a factual situation and deducing the consequences.« (Aubert 1989, s. 216f).⁸ Dette er en form for retlig logik, ifølge Aubert. Han forklarer transformationen som følger:

7 På trods af at dommere erstattes af andre konfliktløsende professioner, mener Aubert stadig, de har en vigtig rolle grundet deres andre funktioner Aubert (1976b, s. 5f.).

8 Auberts rationalitetstyper er tæt relateret til Webers.

»... social change during the last century has led to an increased juridification of society, at the same time as the traditional deductive mode of legal reasoning has lost ground to other types of rationalities, internal in the law itself as well as through a transfer to other professionals and experts.« (Aubert 1989, s. 23f.).

Eller med andre ord mener Aubert, at andre professionelle grupper har entreret de områder, hvor jurister traditionelt har domineret. Dette er, hvad der kan kaldes Auberts marginaliseringstese. På grund af dette, mener Aubert, at jurister burde ændre deres vidensprofiler, hvis de vil overleve som dominerende profession i fremtiden.

Denne udvikling ses i statistik om, hvilke steder jurister har været ansat og antallet af jurister ansat disse steder. Han ser dette som en indikator på den juridiske professions rolle i udviklingen af det norske samfund. På den vis er den juridiske profession og det retlige system tæt tilknyttet udviklingen af den moderne stat. Og det er også derfor, Aubert understreger, at retssociologi omhandler »... the development of capitalism, modernity and the welfare society.« (Aubert 1989, s. 19).

3 Jurister finder nye områder: Svenske undersøgelser

I Sverige redigerede Margareta Bertilsson et studie om den svenske juridiske profession i 1995. Studiet fulgte i Auberts fodspor og tog Auberts marginaliseringstese, som sit udgangspunkt (Bertilsson 1995; se også Bertilsson 1989).

I Sverige havde juristerne, ganske som i Norge, en afgørende rolle for udviklingen af den moderne stat. Studiet viser, hvordan jurister deltog i de samme processer i udviklingen af den stat, som Aubert påpegede, og hvordan retten har været et instrument til at skabe sociale forandringer i Sverige (Bertilsson 1995, s. 156f.). Andre samfundsvidenskabelige professioner er dog blevet numerisk større specielt siden 1960'erne. Ved at sammenligne antallet af jurister med antallet af medlemmer i andre professionsgrupper undersøges udviklingen af juristernes samfundsmæssige dominans. Studiet viser, at stigningen i antallet af jurister er mindre end de nye professioners medlemsantal såsom psykologer og samfundsøkonomer. Andre professioner har entreret velfærdsstaten, som i Norge, og juristers måder at lede og træffe afgørelser på bliver i stigende grad underlagt andre former for videnskabelig ekspertise (Bertilsson 1995, s. 24ff.).

Det er især et segment af professionen, der mister sin magtfulde position: Dommerne. I artiklen »Juristen – Domaren« fokuserer Lotti Ryberg på netop dommerne (Ryberg 1995). Hun konkluderer, at dommerne bliver marginaliseret, når de ses som en udifferentieret gruppe. Andre typer af professionelle entrerer det retlige domæne og fortrænger dommer fra deres traditionelle magtfulde positioner. Et

problem for dommerne er rammelove, som giver en bredere skønsmargin og lægger op til en anden ekspertviden end den, jurister traditionelt har. På den vis er den juridiske uddannelse ikke tilstrækkelig til generelle spørgsmål, som også Aubert påpegede.

Jurister spillede en central rolle i udviklingen af nationalstaten og det kapitalistiske marked. Som Bertilsson bemærker i sin introduktion, tyder det på, at med udviklingen af velfærdsstaten brydes juristernes monopol på retten. På den ene side bliver jurister, og specielt dommere, marginaliseret, men på den anden side vinder de nye markeder.

Som Aubert fokuserer det svenske studie på antallet af jurister i forskellige samfundsmæssige sektorer for at beskrive deres rolle og betydning for udviklingen af den moderne stat. Ved at se på den juridiske profession som en sammenhængende gruppe revurderer det svenske studie marginaliseringstesen. Bertilsson konkluderer, at jurister både har styrket og svækket deres magtfulde positioner i samfundet. De har styrket deres magt ved at fastholde og endda styrke deres professionelle viden ved at specialisere og differentiere sig, ved at styrke deres kontrol over retlige tekniske spørgsmål og de er således blevet endnu mere teknokratiske.⁹ På den anden side har de mistet deres sociale status, autoritet og magt, da de har skiftet karrieremønstre og er blevet fravristet centrale institutionelle positioner.¹⁰

Det kan diskuteres, om Bertilssons »marginaliseringstese« er en adækvat betegnelse for ændringerne i det samfundsvidenskabelige rum, som juristerne har oplevet, da svenske jurister ikke er fuldstændigt udkonkurreret. Tværtimod er den juridiske profession stadig en af de største professioner, og jurister har stadig centrale positioner i magtfeltet. Derfor ville det måske være mere passende at betegne bevægelsen som, at jurister er blevet erstattet på centrale positioner. Dette betyder, at jurister, og specielt dommere i både Norge og Sverige, er blevet erstattet af andre professioner på centrale positioner, som de var tæt på at have monopoliseret i fremkomsten af den moderne stat. Dog peger det svenske studie også på en modstridende tendens, nemlig at jurister finder beskæftigelse i nye områder – og særligt inden for advokatsektoren og den private sektor – af det moderne samfund.

9 Som mange andre sociologiske og retssociologiske studier anvender Bertilsson de idealtyper Weber udviklede i sin retssociologi (Weber 1978) for at beskrive den juridiske professions udvikling og position. På grund af den omfattende brug af Webers begreber er de noget uklare. Men det væsentlige i mange af studierne, der benytter termen »teknokratisk« til at beskrive, at jurister har udviklet formålsrationelle juridiske metoder, som de benytter i deres anvendelse af ret uden at lade sig påvirke af moral og uden at skabe ret.

10 Igen er de inspireret af Webers typer. Den form for jurist, de tænker på, er hvad Weber kalder *legal honoratiories*.

4 Den juridiske profession i Danmark

I sit studie fra 1973 undersøgte Britt-Mari Blegvad danske juristers rolle i samfundet. Ved at benytte samme materiale som Aubert og Bertilsson understregede Blegvad, at en professions medlemsantal indikerer samfundets totale behov for en specifik form for ekspertviden (Blegvad 1973, s. 12). Dog er det ifølge Blegvad ikke nok alene at diskutere variationer i det samfundsmæssige behov for én profession, diskussionen må relateres til andre professioner.¹¹

Blegvad fandt, at det samlede antal af jurister fordobledes mellem 1928 og 1965. Det samme havde det relationelle antal af jurister, når det blev sammenlignet med befolkningstilvæksten. Men set i relation til stigningen af andre professioners medlemstal indikeres, at dommers betydning var faldende og at advokatprofessionens betydning var stagnerende (Blegvad 1973, s. 12).¹² Som studierne i Sverige og Norge konkluderer Blegvad, at velfærdsstatens sociale reformer introducerede nye former for beslutningstagningsprocesser, som er forskellige fra de traditionelle retlige. Eller med andre ord: jurister og særligt dommere erstattes i det moderne samfund af andre professioner.

Ved at undersøge hvilke sager, der behandles ved domstolene, vises denne tendens mere tydeligt. Dommers ekspertviden bliver ikke benyttet i nær så høj grad som tidligere, da de fleste sager, der kommer for domstolene, er lette sager, som ikke behøver den integritet, som dommere har. Ved at se på konflikterne i det moderne samfund konkluderer Blegvad, at den form for konfliktløsning, dommere tilbyder, ikke er den mest adækvate. Derfor er behovet for dommere stagneret. Hermed følger Blegvad Auberts erstatningstese og noterer, at jurister var uerstatte-lige i udviklingen af den moderne stat. Men med udviklingen af velfærdsstaten tager andre professioner foringen, og jurister bliver erstattet.

Blegvad fokuserer også på juristers baggrund, ganske som Aubert gjorde. Hun konkluderer, at jurastuderende som oftest har en social baggrund i de højeste klasser i samfundet. Ifølge hendes materiale har 58 % af de jurastuderende i 1965 en far, som arbejder på universitetet, underviser, er højere embedsmand eller større handelsmand i byerne. Kun 6 % kommer fra arbejderklassen.¹³ Der er en tendens

11 Geiger og Agersnap mener, at samfundet har et behov for en specific profession, som det var et naturbehov (Geiger Agersnap 1950, s. 24).

12 Studiet er også gengivet i Blegvad (1975).

13 Disse data tilsvare Geiger og Agersnaps. Geiger og Agersnap viser forskelle i social baggrund for jurastuderende fra hhv. Københavns og Aarhus Universitet. Flere jurister fra Århus har en far, der er beskæftiget med landbrug eller håndværk, mens flere jurastuderende i København har en far, der er beskæftiget i administrationen eller tilhører en profession (Geiger – Agersnap 1950, tabel 1, 5 og III). I andre lande har dette også har været et gene-

til, at dommere i højere grad rekrutteres fra akademikerhjem eller endda fra juristhjem sammenlignet med advokater og jurister generelt. Blegvad konkluderer, at det store flertal af jurister i 1960'erne er rekrutteret fra de øverste klasser i samfundet med en akademisk tradition og/eller en solid økonomi (Blegvad 1973, s. 15).¹⁴

5 Konvergensstudier generelt

Ovenstående studier har undersøgt den juridiske profession med samme form for data – nemlig statistik. De er primært baseret på officielle statistikker samt information om antallet af jurister, om ændringer i karrieremønstre, om hvor jurister er ansat og om juristers sociale baggrunde. Antallet af jurister i forskellige sektorer i samfundet og antallet af retssager bliver diskuteret på baggrund af sådan information. Ved herved at måle jurister og ved at relatere materialet til udviklingen af den moderne stat er studierne enige om, at jurister har spillet en central rolle for fremkomsten af den moderne stat. Bertilsson argumenterer, at »högt utvecklade och differentierade industriländer har som regel ett mindre antal jurister per invånare än länder med en låg industrialiseringsgrad eller sådana, t.ex. Singapore, som idag bygger upp en stark marknad.« (Bertilsson 1995, s. 27).

Ifølge dette synspunkt kan antallet af jurister indikere, hvilket stadie et specifikt samfund er på. Når samfundet når et vist udviklingstrin, behøver samfundet specialiserede aktører til at varetage de samfundsmæssige opgaver, og nye professioner fremkommer normalt. Det er også den generative mekanisme bag udviklingen af den juridiske profession: At der er et samfundsmæssigt behov for retlige funktioner. Den grundlæggende antagelse for denne type studier er, at samfundsmæssige fænomener, institutioner og handlinger bedst kan forklares ud fra hvilke bidrag, de bringer til den fredelige udvikling af samfundet.¹⁵ Det er derfor, disse studier under-

relt karaktertræk ved den juridiske profession, se fx (Atiyah – Summers 1987; Griffith 1977).

- 14 Se også den danske magtudrednings bidrag, som i høj grad når samme konklusioner som Blegvad på baggrund af samme form for empirisk materiale. Se (Christiansen – Møller – Tøgeby 2001). De mener, at gruppen af jurister har en speciel identitet, loyalitet og en speciel måde at ræsonnere på. Systemet støtter dem og andre personer, der er en del af magtelite i et eksklusivt rekrutteringssystem, som tilgodeser de jurister, der er bedst til at tilpasse sig de regler og normer, der findes i systemet.
- 15 Det funktionalistiske perspektiv, der mener, at samfundet har immanente behov er blevet intensivt kritiseret på forskellige niveauer. For det første har samfund ikke immanente behov. For det andet kan de funktionalistiske forklaringer om, at en institution eksisterer på grund af de bidrag, den giver til samfundet, ses som »the functionalist fallacy«, se fx Bourdieu (2005) og Giddens (1993).

streger, at juristernes samfundsmæssige funktion er at skabe tillid, og at retten har en tillidsskabende funktion. Som Lawrence M. Friedman skriver:

»If you start off this way, you tend to assume that societies at similar stages of differentiation will have similar professions ... if one starts from the notion that lawyers perform certain functions, one expects convergence between societies that otherwise resemble each other ...« (Friedman 1989, s. 2f.).

Når samfundet således når et vist udviklingstrin, har samfundet brug for visse funktioner. Hermed er det muligt at måle samfundets strukturelle udviklingstrin.

Auberts studier af den norske juridiske profession blev foretaget i overensstemmelse med professionsstudier, der har baggrund i Talcott Parsons' funktionalisme.¹⁶ Det er dog nødvendigt at bemærke, at på trods af denne delvise kategorisering af Aubert som funktionalist, er det vanskeligt at placere hans produktive forfatterskab over mere end 40 år i en kategori. I sin bog om rettssociologi fra 1970'erne lod Aubert sig også inspirere af marxistisk teori dog uden at være marxist.¹⁷

Parsons fik professionsstudier sat på dagsordenen, fordi han anerkendte – og inspireret af Weber – professionernes vigtighed for udviklingen af den kapitalistiske økonomi og de moderne vestlige stater. Han anerkendte, at mange af det moderne samfunds indretninger er afhængige af, hvordan professionerne fungerer, hvilket indikerer at de er vigtige magtbaser i samfundet (Parsons 1939; Parsons 1952). Ligesom Aubert så Parsons professioner som »clusters of professional roles«. Medlemmerne af professioner er normalt:

»... trained in that tradition, usually by a formally organized educational process, so that only those with the proper training are considered qualified to practice the profession. Furthermore only members of the profession are treated as qualified to interpret the tradition authoritatively and, if it admits of this, to develop and improve it. Finally, though there usually is considerable division of labour within such a group, a substantial proportion of the members of the profession will be concerned largely with the 'practical application' of the tradition to a variety of situations where it can be useful to others than the members of the profession itself.« (Parsons 1952, p. 372).

Medlemmerne af professionerne er bærere af professionens traditioner og vidensformer, som de lærer via uddannelsen. Monopolet over visse funktioner i samfundet bliver formidlet til professionerne af staten via bl.a. lovgivning (Dalberg-Larsen 1999, s. 97). Professionerne bliver vigtige i den moderne stat, da professioners magt

16 Ifølge Bertilsson havde amerikanske fondes massive investeringer i uddannelse og forskningsaktiviteter efter anden verdenskrig en signifikant indflydelse på de vesteuropæiske videnskabelige tilgange (Bertilsson 1999, s. 79).

17 I sin bog *Continuity and Development in Law and Society*, som blev publiceret posthumt, starter Aubert med en autobiografisk introduktion (Aubert 1989).

udbyder visse funktioner, som samfundet efterspørger. De sociale systemer har normative forventninger til de sociale roller, som linkes til introjekterede værdier, som omvendt bliver motiverende faktorer for social handling. Dette forklarer, hvorfor Aubert med Parsons taler om samfundsmæssige behov.

Perspektivet for konvergensstudierne er, at systemerne er kohærente og lukkede, hvilket er nødvendigt for systemernes overlevelse. Et system kan differentiere sig fra et andet system ved dets normer og rolle. Habermas forklarer institutionelle systemer fra et funktionalistisk perspektiv som

»... composed of roles and norms that are binding for groups and individuals. Institutions stand in a functional relationship when they can be delimited as a system ... from the external conditions of the environment.« (Habermas 1988, s. 79).

Det juridiske system er differentieret fra andre systemer ved dets specifikke normer og rolle i samfundet. Den juridiske profession kan blive afgrænset fra andre professioner, når grupper og individer er engageret i samme form for aktiviteter med de samme normer og koder, som er kendetegnende for det juridiske system.

Dette parsonsianske fokus på professioner resulterede i omfattende undersøgelser af den juridiske profession fra forskellige vinkler og ofte som komparative studier.¹⁸ På grund af professionernes magt, tendensen til lukkethed og den autoritet, professionerne har til at fortolke deres egne traditioner, hvilket også har konsekvenser uden for professionen, opstod der dog kritik af denne form for studier. Dette vil blive behandlet nedenfor.

Niklas Luhmann radikaliserede Parsons' tilgang i sin teori om sociale systemer inklusive det retlige system. Luhmann mente, at det retlige system blev uddifferentieret med egen retlig kode i takt med, at den juridiske profession udvikledes. Når et system er uddifferentieret, betyder det, at dets kommunikationer følger specifikke mønstre og logikker, som er forskellige fra andre former for kommunikation i andre systemer. Da den juridiske profession fik monopol på fortolkningen af den retlige kode, blev professionen koblingspunkt mellem det retlige system og andre sociale systemer (Luhmann 1987, s. 105; Ziegert 2002, s. 7). Når konflikter opstår uden for det juridiske system, bliver de transformeret til retlige konflikter, når de entrerer det retlige system og vil herefter blive behandlet ud fra de retlige koder. Det er her, den juridiske profession skaber en kobling mellem det juridiske system og dets omverden. Den juridiske professions funktion i det moderne samfund er, ifølge Luhmann, at skabe normative forventninger mellem forskellige former for »menschliches Zusammenleben« (Luhmann 1981; Luhmann 1987).

18 Se for eksempel Abel og Lewis' trebinds komparative studier af »Lawyers in Society« (Abel – Lewis 1988a; Abel – Lewis 1988b; Abel – Lewis 1989).

I sin analyse af den vesttyske juridiske profession benytter Luhmann samme slags data som Aubert. Luhmann er bekymret for, at den juridiske professions sammenhængskraft er faldende med den stigende grad af juridisk specialisering, der sker som følge af udviklingen af velfærdsstaten. Han finder, at retten differentieres og at »power base of law« skifter »... from central to local pressures and from written instructions to face-to-face interaction.« (Luhmann 1985, p. 123). Konflikter løses i andre systemer, hvilket betyder, at konfliktløsningen flytter ud af det retlige system og ind i andre systemer med andre koder end den juridiske. Konflikter løses med andre ord ud fra ekstra-legale hensyn.

Frem for at diskutere funktionalistiske teorier om retten og den juridiske profession, skal de empiriske data, som konvergensstudierne benytter, diskuteres. Studierne diskuterer juristers rolle i udviklingen af den moderne stat på baggrund af deres antal. Ved at undersøge, hvor jurister har haft positioner, belyser disse studier juristers og rettens rolle. Retten analyseres gennem den juridiske profession. Det er professionen som er »bærer« af retten, dens medlemmer er aktører med autoritet eller endda monopol på at løse konflikter med den rette fortolkning af de retlige kilder. Dalberg-Larsen bemærker dog, at det er farligt at drage for vidtgående konklusioner baseret primært på kvantitative data. Han påviser, at domstolene fx har flere funktioner, som ikke forsvinder og at der eksisterer områder, hvor domstole selv i moderne samfund har en afgørende indflydelse på trods af, at det relationelle antal af dommere er faldende. Dommere kan ifølge Dalberg-Larsen have funktioner som ikke kan måles på baggrund af statistik. Friedman bemærker om funktionalisme:

»It rejects a view of the profession that emphasizes historical or traditional similarities or differences. It downplays the specifically 'legal' aspects of the legal profession. The functionalist is not (initially, at least) terribly interested in whether lawyers learn civil law, common law, or something else. Function and social structure are crucial, not the technical basis of professional life or its roots in a given legal past.« (Friedman 1989, s. 3)

På den vis benytter konvergensstudier data, som fokuserer på et blik, som er eks-ternt i forhold til den retlige logik. Dette betyder, at den ikke medtager den interne logik i feltet, når de beskriver udviklingen. Studierne har alene øje for rettens og juristernes interaktion med omgivelserne, ikke for udviklingen af retten set fra juristers perspektiv. Eller med andre ord: De undersøger juristers position og funktion i samfundet fra et sociologisk udgangspunkt. Det tætteste både Aubert og Bertilsson kommer på et internt perspektiv er, når de relaterer deres studier til retsfilosofien, hvilket vil sige de forskellige former for retlige kategorier, som Weber påpegede vigtigheden af. Men deres studier analyserer aldrig rettens transformation set fra et internt perspektiv – fra et juridisk perspektiv.

Antallet af jurister kan ifølge konvergensstudierne vise, om jurister erstattes på deres magtfulde positioner i forhold til andre ekspertgrupper i samfundet. Ydermere

kan sådan information illustrer strukturelle forandringer og kontinuiteter i det retlige felt.

6 Studier af den juridiske profession fra et konfliktperspektiv

Mange moderne sociologiske konfliktteorier startede som kritik af funktionalismen og:

»... its overarching tendencies to focus on consensus, on contractual agreement, and on systemic balances rather than on power, interests, domination, conflicts and compromises within concrete historical settings.« (Bertilsson 1999, s. 80)

Bertilsson minder her om det fokus på magtrelationer, der blev relanceret i 1970erne. Anthony Giddens redegør for, hvordan magt behandles i funktionalistiske studier:

»In such a perspective, power cannot become treated as a problematic component of divergent group interests embodied in social action, since the meshing of interests is treated first and foremost as a question of the relation between 'the individual' and 'society'.« (Giddens 1993, s. 104).

I de studier, der blev undersøgt ovenfor, blev dette magtperspektiv klart, når de undersøgte juristers sociale baggrund. Fokus for konvergensstudierne var ikke på forskellige magtinteresser, men på det juridiske systems gnidningsløse funktion og på, hvordan individer med forskellige baggrunde kan sikre den sociale orden. Systemet er åbent for alle, så længe de tilpasser sig systemets værdier. Systemet og individer lever således i et gensidigt forhold, hvor aktørerne tilpasser sig kravene fra de sociale systemer. Her opstår, set fra et konfliktperspektiv, et andet svagt led ved disse studier. Konvergensstudierne ser aktører som individer, der kan indtræde i systemerne på samme betingelser som andre aktører, hvis de indoptager værdierne (og har samme økonomiske muligheder). Men de sociale strukturer, som er determinerende for værdierne, er eksterne i forhold til individerne på trods af det faktum at de introjekterer dem. Konvergensteoriene anerkender ikke, at agenterne, via deres egen ageren reproducerer de sociale strukturer og herved samfundets sociale strukturer.

7 Rettens funktion som konservering af sociale strukturer: Den norske case

I 1979 foretog Thomas Mathiesen et studie, *Ideologi og motstand*, af det han kalder den retlige overbygningens rolle i Norge (Mathiesen 1979). Den retlige overbygning består af de mest prestigefyldte jurister i Norge. De deltager i konserveringen af interesser og eksisterende kapitalistiske magtstrukturer. Mathiesen argumenterer for, at medlemmer af den retlige overbygning deltager i den økonomiske og politiske elite samtidig med, at jurister er medlemmer af bestyrelser og kommissioner, når de skriver rapporter etc. For at analysere den konserverende funktion benytter Mathiesen både data om antallet af jurister og data fra bibliografiske opslagsværker omhandlende juristers position i forskellige dele af deres sociale liv (og specielt deres position i staten og i det økonomiske liv). Disse data bliver en indikator på deres engagement i forskellige dele af det samfundsmæssige liv. Det empiriske materiale er det samme som Auberts. Til dette tilføjer Mathiesen dog observationsstudier af juristers symbolske fremtrædensformer.

Jurister har endnu en funktion, nemlig at skabe legitimerende ideer og forestillinger, som understøtter de eksisterende magtstrukturer. Dette fremkommer, når de objektive effekter af den juridiske overbygning fremtræder som legitime og naturlige. Den juridiske elite har behov for stor autoritet for at skabe denne legitimitet. Den autoritetsskabende funktion er størst i, hvad Mathiesen kalder centrum for strukturen.

Universitetsprofessorer deltager særligt i skabelsen af autoritet og udbredelsen af juridiske synspunkter. For eksempel når de deltager som eksperter i offentlige sammenhænge og har kontakt med deres studerende. Hermed overdrages autoriteten til nye jurister. For at sikre rettens konserverende funktion er retten nødt til at være autoritetsbundet. En måde, overbygningen skaber muligheder for at skabe autoritet for sig selv, er ved at repræsentere sig selv som uafhængig. Dommere, for eksempel, repræsenterer sig selv som politisk uafhængige både i form af deres domme og i form af deres position i samfundet. Mathiesen opsummerer:

»Karakteristisk for den rettslige superstruktur er dens fremstilling av seg selv som *selvstendig*, dens *pomøse* form, dens *eleganse*, dens vekt på *enhet* eller – om *enhet* ikke kan bevares – eventuelt omdanning av interessekonflikt til *normspørsmål*, og – om opprør likevel kommer – dens innsnevring av opprøret til uenighet langs den snevert *rettslige* dimensjon.« (Mathiesen 1979, s. 68).

Her differentierer Mathiesen mellem forskellige former for autoritetsskabende mekanismer stammende fra juristers selvrepræsentation. Disse mekanismer skabes på den ene side via uafhængighedsmyten og deres grandiose udtryksform. Der skabes

kohærens i systemet, hvilket leder til integritetsforestillingen om professionen. Dette skabes ved at transformere interessekonflikter til konflikter om regler og – hvis konflikterne alligevel skulle blive skabt – begrænser det til en retlig konflikt frem for en politisk. Fokus for en konflikt vil hermed blive om de retlige normer og ikke om de forskellige personer, der er involveret i konflikten. Moralske og politiske forhold løftes ud af konflikten og bliver efterfølgende behandlet af den juridiske elite som et spørgsmål om normer, som i dens egen selvforståelse er et andet spørgsmål end moralske og politiske interesser i samfundet.

8 Konfliktperspektivet generelt

Distinktionen mellem de to teoretiske perspektiver ved konvergens- og konfliktstudierne skulle være klarere nu. Mathiesen fokuserer på den juridiske professions elitære position i relation til magt- og interessestrukturer. Han genindsætter magtperspektivet i studiet af den juridiske profession. Mathiesen er inspireret af marxistisk tænkning i sin tilgang til studiet af den juridiske profession.

Marx understregede netop, at på grund af rettens tilsyneladende objektive karakter fremstod retten som retfærdig, men reelt legitimerede og konserverede den de kapitalistiske strukturer og hermed ejendomsretten samt den sociale orden som helhed. Marx sonderer mellem hvad Alan Hunt kalder en tvingende og ideologisk dominans. Den tvingende dominans er specielt til stede, når det juridiske system beskytter og reproducerer dominerende kapitalistiske strukturer. Den ideologiske dominans sker, når det juridiske system:

»... conveys or transmits a complex set of attitudes, values, and theories about aspects of society. Its ideological content forms part of the dominant ideology because these attitudes, values, etc. are ones that reinforce and legitimize the existing social order.« (Hunt 1993, s. 25).¹⁹

Konfliktperspektivet på den juridiske profession insisterer på at fokusere på magtrelationer. Professionernes strukturelle magt og deres relation til andre dele af samfundseliten, til det kapitalistiske marked og staten er specifikke fokusområder for disse studier. For at forstå de magtrelationer, professionerne er relateret til, er det nødvendigt at undersøge de historiske forbindelser mellem professionen og magtrelationer.

Et eksempel på et studie af den juridiske profession fra et magtperspektiv er Dietrich Rueschemeyers komparative studie af tyske og amerikanske advokater (Rueschemeyer 1973; Rueschemeyer 1983). Rueschemeyer fokuserede på, hvordan advokaters magtbaser i de to lande var forskellige. På det europæiske kontinent var

19 Se også Cain – Hunt (1979); Collins (1984).

det den tidlige rationelle bureaukratiske stat, der skabte basen for en stigende brug af ekspertservice. I modsætning til common law-landene var staterne på kontinentet vigtige for den tidlige udvikling af professionalisering. I USA udviklede professionaliseringen sig i tæt sammenhæng med markeds kræfter.²⁰

Det empiriske materiale, der bruges for at illustrere juristers magtbaser i konfliktstudierne, er informationer om, hvilke aktiviteter jurister er involveret i og om deres relation til andre hovedaktører og systemer. Ved at undersøge deres engagement i forskellige aktiviteter er det muligt at undersøge deres relation til andre elitegrupper. Sådanne data indikerer juristers magtpositioner. Det betyder, at disse studier, via for eksempel biografiske opslagsværker, undersøger juristers positioner i samfundet. En del af informationerne er de samme som de empiriske data, konvergenstudierne benytter. Dog, og ligesom konvergenstudierne, undersøger konfliktstudierne aldrig rigtig retten. På trods af at Mathiesen konkluderer, at jurister repræsenterer sig selv som uafhængige og at jurister transformerer spørgsmål af politisk art til spørgsmål om regler, ser de på sådanne forhold fra et eksternt perspektiv.

9 Konklusion

Denne artikel har diskuteret to forskellige former for studier af de skandinaviske juridiske professioner, nemlig konvergens- og konfliktstudier. På trods af de teoretiske forskelle og forskellene i perspektiv på den juridiske profession benytter de to traditioner stort set samme form for empirisk materiale, nemlig statistik over antallet af jurister samt biografisk information om, hvor jurister er ansat og i hvilke sektorer de er tilknyttet. På baggrund af disse empiriske data skaber de bagvedliggende teorier retssociologi om den juridiske professions betydning for det moderne samfunds udvikling med særligt fokus på staten og kapitalismen.

Konvergenstudierne med Auberts studier, som lagde grunden for dette perspektiv i skandinavisk retssociologi, påviste, hvordan jurister var en vigtig årsag til, at de skandinaviske stater udviklede sig særligt igennem det 18. århundrede. Jurister havde magtfulde positioner i staten og var engageret i den samfundsmæssige udvikling. Efter anden verdenskrig med oprettelsen af nye former for professioner blev jurister fortrængt fra deres før så magtfulde positioner af nye professioner. Herved ændres de vidensformer, der er dominerende i den samfundsmæssige styring.

Konfliktstudierne kom på banen delvist som en kritik af konvergenstudierne. Mathiesen blev førende i Skandinavien i studiet af den juridiske profession fra et

20 Et andet på den tid banebrydende marxistisk inspireret studie, der udfordrede nogle af funktionaliststudiernes »altruistiske naivitet« er (Larson 1977). I dette studie viser Sarfatti Larson, hvordan de dominerende professioner deltog i kapitalismens fortsatte udvikling.

konfliktperspektiv. Studierne fremhævede den juridiske professions rolle i reproduktionen af de kapitalistiske strukturer og den sociale orden.

Begge former for studier er uenige om det teoretiske udsyn men de er enige i og fremhæver den juridiske professions vigtighed i udviklingen og bevarelsen af de moderne velfærdsstater. I forhold til nyere forskning i den juridiske professions rolle og engagement i udviklingen af og promoveringen af vestlige former for ret og transnationale retlige institutioner fokuserede de klassiske studier i den juridiske profession på professionens interaktion i nationale kontekster. De teoretiske forudsætninger var bundet op på et forholdsvist nationalt udsyn, hvor import-eksport faktorer af ret og politik ikke var en del af selve forskningsspørgsmålene.

Referencer

- Abel, Richard og Philip Lewis. *Lawyers in Society. The Civil Law World*. Berkley: University of California Press, 1988a.
- Abel, Richard og Philip Lewis. *Lawyers in Society. The Common Law World*. Berkley: University of California Press, 1988b.
- Abel, Richard og Philip Lewis. *Lawyers in Society. Comparative Theories*. Berkley: University of California Press, 1989.
- Atiyah, PS. og RS. Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Aubert, Vilhelm. *Retten sociale funksjon*. Oslo/Bergen/Tromsø: Universitetsforlaget, 1976a.
- Aubert, Vilhelm. »The Changing Role of Law and Lawyers in Nineteenth- and Twentieth-Century Norwegian Society«, s. 1-17, D.N. MacCormick (red.) *Lawyers in Their Social Setting*. Edinburgh, 1976b.
- Aubert, Vilhelm. *Rettsosologi*. Oslo: Universitetsforlaget, 1982.
- Aubert, Vilhelm. *Continuity and Development in Law and Society*. Oslo: Scandinavian University Press, 1989.
- Bertilsson, Margareta. »The Legal Profession and Law in the Welfare State«, s. 9-31, A. Aarnio (red), *Law, Morality, and Discursive Rationality*. Helsinki, 1989.
- Bertilsson, Margareta. »On the role of the Professions and Professional Knowledge in Global Development«, s. 73-100, G. Therborn (red), *Globalizations and Modernities: Experiences and Perspectives of Europe and Latin America*. Stockholm: Forskningsrådsnämnden, 1999.
- Bertilsson, Margareta (red). *Rätten i Förvandling. Jurister mellan stat och marknad*. Stockholm: Nerenius & Santerus Förlag, 1995.
- Blegvad, Britt-Mari. *Juristernes rolle i samfundet*. Copenhagen: Nyt fra Samfundsvidenskaberne, 1973.
- Blegvad, Britt-Mari. »De juridiske eksperter – tre professioner«, s. 224-255, H. Gullestrup (red), *Ekspertene og magten: Professionelles rolle i organisationer og samfund*. København: Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1975.
- Bourdieu, Pierre. *Udkast til en praksisteori*. København: Hans Reitzels Forlag, 2005.
- Cain M. og A. Hunt. *Marx and Engels on Law*. London: Academic Press, 1979.
- Christiansen, P., B. Møller og L. Togeby. *Den danske elite*. København: Hans Reitzels Forlag, 2001.

- Cohen, Antonin. »Who Are the Masters of the Treaties? Law and Politics in the Birth of European Constitutionalism«, s. 20-33, *Praktiske Grunde. Tidsskrift for kultur- og samfundsvidenskab* 2, 2007.
- Collins, H. *Marxism and Law*. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- Dalberg-Larsen, Jørgen. *Lovene og Livet*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.
- Dalberg-Larsen, Jørgen. »Sociology of Law from a Legal Point of View«, s. 71-80, *Retfærd. Nordic Legal Journal* 22, 2000.
- Dezalay, Yves og Bryant Garth. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Field*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- Dezalay, Yves og Bryant Garth. *The Internationalization of Palaces War: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
- Friedman, Lawrence. »Lawyers in Cross-Cultural Perspective«, s. 1-26, Richard Abel og Philip Lewis (red), *Lawyers in Society: Comparative Theories*. Berkeley: University of California Press, 1989.
- Geiger Theodor og Torben Agersnap.. *De danske studenters sociale oprindelse*. København: G. E. C. Gads Forlag, 1950.
- Giddens, Anthony. *New Rules of Sociological Method*. Cambridge: Polity Press, 1993.
- Griffith, J.A.G. *The Politics of the Judiciary*. London: Fontana, 1977.
- Habermas, Jürgen. *Theory of Communicative Action: A Critique of Functionalist Reason*. Cambridge: Polity Press, 1987.
- Habermas, Jürgen. *On the Logic of Social Science*. Cambridge: Polity Press, 1988.
- Halliday, T. og L. Karpik. *Lawyers and the Rise of Western Political Liberalism: Europe and North America from the Eighteenth to Twentieth Centuries*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Halliday, T., L. Karpik og M. Feeley (red). *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism*. Oxford: Hart, 2007.
- Hammerslev, Ole. *Danish Judges in the 20th Century: A Socio-Legal Study*. Copenhagen: DJØF Publishing, 2003.
- Hammerslev, Ole. »Konstruktionen af et internationalt felt af retlig assistance: USA, EU og to forskellige produktionsmetoder«, s. 4-15, *Praktiske Grunde. Tidsskrift for kultur- og samfundsvidenskab* 1, 2007.
- Hammerslev, Ole. »En skitsering af genesen af det retlige felt i Danmark: Et studie af Stat, ret og jurister«, s.73-83, Jens A. Hansen og Peter Koudahl (red), *Med Bourdieu i empirien – eksempler på praktisk empirisk arbejde*. København: Forlaget Hexis, 2007.
- Hunt, Alan. *Explorations in Law and Society*. London/New York: Routledge, 1993.
- Kjellström, Anders. »Juristrollen under 200 år«, s. 5-11, *Retfærd. Nordisk juridisk tidsskrift* 28, 1985.
- Konttinen, Esa. »Professionalization as Status Adaptation: The Nobility, the Bureaucracy, and the Modernization of the Legal Profession in Finland«, s. 497-526, *Law and Social Inquiry* 16, vol 3, 1991.
- Konttinen, Esa. »'Finland's Route' of Professionalisation and Lawyer-Officials«, s. 101-121, W. Wesley Pue og D. Sugerman (red), *Lawyers and Vampires: Cultural Histories of Legal Professions*. Oxford: Hart Publishing, 2003.
- Larson, Magali Sarfatti. *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*. Berkeley: University of California Press, 1977.
- Law & Social Inquiry*. Volume 32, Issue 1, 109-135, Winter 2007.

- Luhmann, Niklas. »Die Profession der Juristen: Kommentare zur Situation in der Bundesrepublik Deutschland«. S. 173-190, Niklas Luhmann (red), *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Frankfurt am Main, 1981.
- Luhmann, Niklas. »The Self-Reproduction of Law and its Limits«, s. 111-127, Gunther Teubner (red). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin: Walter de Gruyter, 1985.
- Luhmann, Niklas. *Rechtssoziologie*. Germany: Westdeutscher Verlag, 1987.
- Madsen, Mikael R. »Fra Sagførerkontorer til store advokatfirmaer: En rettsociologisk analyse af ændringerne af den danske advokatbranche«, *Juristen* 82, April, 2000.
- Mathiesen, Thomas. *Ideologi og motstand*. Oslo: Pax Forlag, 1979.
- Papendorf, Knut. 2002. *Advokatens århundre? Globaliseringen og dens følger for advokatmarkedet*. Oslo: Makt- og demokratiutredningen, 1998-2003.
- Parsons, Talcott. »The Professions and Social Structure«, s. 39-49, *Essays in Sociological Theory*. New York: The Free Press, 1939.
- Parsons, Talcott. »A Sociologist Looks at the Legal Profession«, s. 370-385, *Essays in Sociological Theory*. New York: The Free Press, 1952.
- Retfærd. *Nordisk juridisk tidsskrift. Temanummer: Den juridiske profession* 28, 1985.
- Retfærd. *Nordisk juridisk tidsskrift. Special issue: Pierre Bourdieu: From law to legal field* 114, 2006.
- Rueschemeyer, D. *Lawyers and Their Society: A Comparative Study of the Legal Profession in Germany and in the United States*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1973.
- Rueschemeyer, D. »Professional Autonomy and the Social Control of Expertise«, s. 38-58, R. Dingwall og P. Lewis (red.) *The Sociology of the Professions: Lawyers, Doctors and Others*. London: The Macmillan Press, 1983.
- Ryberg, Lotti. »Juristen – Domaren«, s. 57-74, Margareta Bertilsson (red), *Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad*. Stockholm: Nerenius & Santérus Förlag, 1995.
- Weber, Max. *Economy and Society*. Berkeley: University of California Press, 1978.
- Ziegert, Alex. »The Nordic Mission: An Appreciation of the Nordic Contribution to Law Reform in Vietnam«, Paper presented at the annual meeting of the Law and Society Association in Vancouver, 2002.

Praecoqnita juris

– eit dannelsingsprogram i dansknorsk rettsvitskapleg litteratur på 1700-talet

AV PROFESSOR, DR.JURIS JØRN ØYREHAGEN SUNDE, DET JURIDISKE FAKULTET, UNIVERSITETET I BERGEN

Praecoqnita Juris

– an educational program in Danish-Norwegian legal literature in the 18th century

From 1736 all civil servants performing legal tasks in the Danish-Norwegian realm were obliged to have a legal exam. The entire idea was probably inspired from similar arrangements in Prussia. Andreas Højer who studied in Halle under both Christian Thomasius and August Hermann Francke, was most likely one of those transporting the idea of an exam requirement to Denmark-Norway, and probably the mastermind behind the Legal Exam Act from 1736. As professor at the Faculty of law he also made the first lecture in law in the aftermath of the act, and in this lecture he stressed the *praecognita juris*, the knowledge in other sciences required to study law. The very broad perspective of Højer, who himself had studied several branches of science, was narrowed by his student Peder Kofod Ancher in 1755. Despite his interest for and knowledge in other sciences Ancher wanted to see law more as a closed system, and he very much shaped the opinion on this, as on many other legal issues in the second half of the 18th century. But at the end of his career as a professor in law Ancher became more open to the use lawyers might have of knowledge in other sciences than law as he viewed law more as a cultural and less as a natural product. In the first half of the 18th century Højer's more broad approach to law and his idea of *praecognita juris* was revisited. The question of what knowledge a lawyer ought to have next to law itself has been debated since, but one aspect of it, that might be traced back to Højer and Halle-pietism, has prevailed: the demand that knowledge, *praecognita* or not, have to be operational.

Keywords: retten sin idéhistorie, juridisk utdanning, juridisk dannelse, pietisme, opplysning, handlingsdugleik

1 Preliminær diskurs

I tidsskriftet *Kritisk Juss* nr. 1 1986 publiserte Helge Johan Thue artikkelen »Det juridiske studium: Uten rettsidéer og rettsverdier«. Artikkelen er ei omarbeiding av eit forslag Thue hadde sendt til Det juridiske fakultet i Oslo om å innføra »Rettsi-

déhistorie/rechtsfilosofi« som eit eige fag på 1. studieåret for å gje studentane ein »for-forståelse« for rettsstudiet. Han grunn gav mellom annan forslaget på følgjande måte:

»Hensikten må være å gi en begripelig innføring i det som har vært hovedspørsmålene i rettsfilosofihistorien, og som fortsatt er levende i den internasjonale rettsfilosofiske diskusjon. Slike spørsmål er: Rettferdighet, rettsstat, rettsikkerhet, individ/stat, rett/moral, positivisme/naturrett o.l. – og retorikk. Det siste fordi 'den nye retorikken' idag er formulert som juridisk metode- og argumentasjonslære.

I et fag hvor disse spørsmål reises, vil en kunne knytte forbindelsen mellom rettsdogmatikken og vår kultur, og derigjennom få frem rettens verdi- og dybde dimensjon, slik at studentene får en videre forståelse av sitt studium.«¹

Faget »Rettsidéhistorie/rechtsfilosofi« er framleis ein urealisert visjon. Men dei juridiske grunnstrukturar og den juridiske metode, som Thue ønskjer skal handsamast i rettsidéhistorie-/rechtsfilosofifaget, er i dag eit tema til *examen facultatum* ved alle dei tre juridiske fakulteta i Noreg. For nye studentar ved Det juridiske fakultet i Bergen var »Rett, samfunn og rettsanvendelse« av Jan Fridthjof Bernt og David Doublet pensum frå 1996. I forordet heiter det at »hovedsiktemålet har vært å sette sentrale allmenne juridiske temaer inn i en sammenheng som gir et bilde av juridisk metode og ulike måter å se jussen på.«² Hausten 2007 vart »Rett, samfunn og demokrati« av Jan Fridthjof Bernt og Synne Sæther Mæhle pensum på *examen facultatum* i Bergen.³ Forfattarane definerer føremålet med boka på følgjande måte:

»Denne boken er skrevet som en innledning til det juridiske studiet. Her skal vi blant annet gi en første innføring i den juridiske metoden. Men rammene er for boken vidare enn dette. Vi skal også prøve å gi en oversikt over hovedtrekk i rettsystemet og forståelse av hvordan rettsregler skapes og virker i samfunnet.«⁴

Thue grunn gav ikkje sitt krav om eit eige rettsidéhistorie-/rechtsfilosofifag i 1986 historisk. I forordet til pensumlitteraturen på *examen facultatum* ved Det juridiske fakultet i Bergen sidan 1996 kan ein heller ikkje spora noko historisk medvit om ein eigen juridisk tradisjonen for ei særleg innføring i dei overordna juridiske struktura- ne for nye studentar i rettsvitskap. Det faglege innhaldet på den juridiske forprøven må i staden seiast å vera tufta på eit følt behov knytt til samtidige erfaringar. Men ein historisk tradisjon finst, og i ein dansk-norsk samanheng er denne tradisjonen

1 Thue (1986) s. 4.

2 Bernt, Doublet (1996) s. 5.

3 Boka var delvis pensum frå hausten 2006, men då i form av eit enno uferdig kompendium.

4 Bernt, Mæhle (2007) s. 22.

like gamal som det moderne jusstudiet. Det vi då snakkar om er *praecognita juris* i dansk-norsk rettshistorie.

Eg vil i det følgjande gjera greie for det eg vil kalla ein *praecognita juris*-tradisjon i dansk-norsk rettsvitenskapleg litteratur, med parallellar til den tyske, på 1700-talet. Det er ikkje tale om nokon einskapleg tradisjon, men om ein tradisjon sett saman av spreidde og til dels svært ulike bidrag. Men eit felles tema er den innleiande kunnskap ein jusstudent bør ha om rettsvitenskapen sine overordna strukturar før eller medan vedkomande gjev seg i kast med den materielle retten. Slike overordna strukturar er til dømes oppdelinga av retten i ulike fagområde, den juridiske metoden, og retten sin relasjon til andre samfunnssfærer og andre vitenskapar.

Å operera med ein innleiande kunnskap om overordna strukturar som ein føresetnad for, eller i alle høve som ei føremon ved tileigning av den eigentlege kunnskapsmassen, kan forståast som å operera med eit danningsskrav. Men danningssinstituttet var like lite einskapleg på 1700-talet som den ovanfor omtalte *praecognita juris*-tradisjonen sjølv. Spennet i danningssidealet frå byrjinga til slutten av hundreåret er svært stort, sidan ein kan seia at det er tale om eit spenn mellom Halle og Weimar, og mellom pietisten og opplysningsmannen August Hermann Francke og poeten og romantikaren Johann Wolfgang von Goethe. Men på same viset som *praecognita juris* noko skissemessig er forklart som innleiande kunnskap om overordna strukturar, vel eg å definera danning som handlingsdugleik.

Danning er i dag ein velkjent og mykje brukt term, medan *praecognita juris* derimot ein lite kjent og nytta. Men historisk finn ein mange døme på bruk av både *praecognita* og *praecognita juris*. I ein filosofiske tradisjon kan ein knyta *praecognita* til det evig tilbakevendande spørsmålet om noko eksisterer før det erfarte, og kan difor best omsettast med førekunnskap. Thomas Aquinas er ein av dei som nyttar termen i mellomalderen når han i »Summa Theologiae« frå 1274 forklarar guddommeleg rett sin karakter av å vera evig: Retten eksisterte i Gud sitt medvit, »ab ipso praecognita et praecordinata«, alt før skapingsprosessen tok til.⁵ John Locke er i »An Essay Concerning Human Understanding« frå 1690 òg opptatt av på førehand gjevne kunnskap, men polemiserer her mot tradisjonen etter mellom anna René Descartes, som hevda at mennesket er fødd med, og har på førehand gjevne kunnskapskategoriar som det relaterar sine erfaringar til:

5 I »Corpus Thomisticum«, opphavleg forma av Roberto Busa, heiter det: »Ad primum ergo dicendum quod ea quae in seipsis non sunt, apud Deum existunt, in quantum sunt ab ipso praecognita et praecordinata«; <http://www.corpusthomicum.org/sth2090.html>. Så skal det leggast til at det i Blackfriars si utgåve av »Summa Theologiae« frå 1963 heiter det bare »cognita et praecordinata«.

»The rules established in the schools, that all reasonings are Ex praecognitis et praecconcessis, seem to lay the foundation of all other knowledge in these maxims, and to suppose them to be praecognita.«⁶

Som kjent meinte Locke at menneske kunnskapsmessig er eit *tabula rasa* ved fødselen og ikkje hadde nokon *praecognita*, nokon førekunnskap.

Medan *praecognita* i ein filosofisk samanheng kan altså kan forståast som førekunnskap, kan termen i ein juridisk samanheng best omsetjast med innleiande overordna kunnskap i staden for førekunnskap. Årsaka er at samanstillinga *praecognita juris* ikkje har som tema kva kunnskap som eksisterer før det som kan erfarast, men kva kunnskap som bør lærast fyrst som den fyrste erfaring. Dette kan ein til dømes sjå ut av bruken termen er gjeven i »Catalogi Librorum Petri Kofod Ancher«, katalogen over dei bøker Peder Kofod Ancher, professor ved Det juridiske fakultet i København, etterlet seg ved sin død i 1788. Her er bøker katalogisert som til dømes »Præcognita Jurisprudentiæ Generalia«,⁷ »Præcognita Jurisprudentiæ Naturalis«,⁸ og »Præcognita juris Latino-Romani«.⁹ Det er då tale om bøker som gjeld rettsvitskap, naturrett og romersk rett meir generelt, og som kan lesast som innføringsbøker i dei ulike fagområda der ein forklarar overordna strukturar før ein går laus på detaljreglar og gjeldande rett. I ein dansk-norsk samanheng kan ein plassera Jon Arnesen sitt verk »Historisk Indledning til den gamle og den nye Islandske Rættengang« frå 1762 i ein slik tradisjon der ein skriv heile verk som gjev ein innleiande kunnskap som eit rammeverk for vidare kunnskapstileigning og kunnskapsoperasjonalisering.¹⁰

Praecognita juris i ein juridisk danningssamanheng er meir spesifikt knytt til rettsvitskapleg litteratur skriven for å gje ei innføring i sjølv strukturen til rettsvitskapen som heilskap. Denne bruken av *praecognita juris* kan i ein dansk-norsk samanheng særleg knytast til Christian Thomasius med »Summarischer Entwurf der Grundlehren, die einem studioso juris zu wissen und auf Universität zu lernen nöthig sind« frå 1699.¹¹ Verket kom på latin i 1710 med tittelen »Cautelae circa Praecognita Jurisprudentiae in usum auditorii Thomasiiani«. Her gjev Thomasius ein heilt annan type innføring enn den John Arnesen formidla med si historiske innleiing frå 1762. Denne typen innleiande kunnskap kvalifiserer til å tileigna seg teoretisk juridisk kunnskap gjennom sjølv det rettsvitskaplege studiet, og ikkje direkte operasjonaliserleg kunnskap i høve til eit rettsområde spesielt.

6 Locke (2001) s. 494.

7 »Catalogi« II (1789) s. 54, jf. III (1789) s. 420.

8 »Catalogi« II (1789) s. 67.

9 »Catalogi« III (1789) s. 454, jf. II (1789) s. 113.

10 Schlegel (1825) s. 7 reknar Pott som ein føregangsmann for encyklopedie-tradisjonen, men eg vil altså plassera han i ei særleg grein av denne tradisjonen.

11 Björne (1995) s. 149.

2 Andreas Højer og byrjinga på den dansknorske *praecognita juris*-tradisjonen

I ein dansknorsk samanheng var Andreas Højer den som skreiv innan *praecognita juris*-tradisjonen etter Thomasius. Han er ingen kven som helst i dansknorsk rettshistorie, og vert rekna som sentral for utforminga av Eksamensforordninga av 1736, »Forordning, Anlangende hvorledes med Examinibus Juridicis ved Københavns Universitet herefter skal forholdes« av 10.02.1736. Eksamensforordninga innført eit krav om juridisk eksamen som kriterium for tildeling av embete som dommar, prokurator, og ein kvar som søkte »Civil-Bestilling, som i ringeste Maade med Justitien haver at bestille«. Dette er sjølve grunnlaget for det moderne, som vil seia det praktisk retta jusstudiet ein framleis finn i Danmark og Noreg.

Men Højer sjølv var ingen reinskoren jurist. Han hadde studert medisin, moralfilosofi, historie, og natur- og statsrett i det prøyssiske læresetet Halle mellom 1707 og 1710, og tok seinare doktorgraden i medisin i København i 1717. I Halle studerte Højer mellom anna under nettopp Christian Thomasius. Thomasius studerte sjølv filosofi, historie og matematikk i Leipzig, vart magister i filosofi same staden i 1672, og skulle verta ein av dei viktigaste protestantiske filosofane før Immanuel Kant på slutten av 1700-talet. Men det var gjennom rettsvitskapen at Thomasius utøvde sitt virke ved universitetet, frå 1690 som professor ved universitetet i Halle. Thomasius er nok i ettertida mest kjent for å ha gjeve ut »De crimine Bigamie« i 1685, som i realiteten vart eit kampskrift for skilje mellom religion og rett. Boka vakte både debatt og harme. Etter kongeleg ordre vart den brent offentleg i København av bød delen i 1705.¹² Men Thomasius er òg rettshistorisk viktig når det gjeld vektlegging av nasjonal rett framfor romersk rett i jusstudiet og rettsvitskapen, og når det gjeld å forfatta rettsvitskapleg litteratur på nasjonalspråket i staden for på latin. På det viset var Thomasius med å riva jusstudiet laus frå mellomaldertradisjonen der det vart undervist i, og skrive, juridisk litteratur om kanonisk og romersk rett for presumptivt geistlege og adelsmenn. Det fanst sjølvsagt studentar som verken var geistlege eller adelege, men det var desse gruppene sin ideelle kunnskapsbakgrunn som sette standard. Frå slutten av 1600-talet vart rettsvitskap meir og meir eit studium for borgarskapsøner som gjekk inn i veksande nasjonale byråkrati. Prøyssen var eit føregangslan i Europa både når det gjaldt å byggja opp ein effektiv byråkratisk stat, og å innføra eit krav om juridisk eksamen for rettslege embetsmenn.¹³

Som student i Halle, og under Thomasius, kunne Andreas Højer observera denne endringa frå føydalstat til byråkratisk stat, og rettsvitskapen sin rolle i denne prosessen. Som ein sentral politiskar i det dansknorske riket skulle han få høve til å leggja

12 Sunde (2005) s. 246.

13 Sjå generelt Dilcher (1986).

til rette for ei tilsvarande utvikling i Danmark-Noreg. Her vart grunnlaget for ein byråkratisk stat lagt då eineveldet vart innført med statskuppet i 1660. Men i byrjinga måtte kongen oppretta ein ny adel, rangadelen, for å kunne konkurrera ut den gamle adelen si rolle i statsstyret. Det var fyrst etter Eksamenforordninga av 1736 at ein for alvor kunne marginalisera adelen si rolle i staten gjennom å etablere eit intellektets adel – eit stort og sjølvmedvite embetsverk tufta på utdanning.

Højer vart professor i rettsvitenskap i 1734, og var altså truleg med å formulere Eksamenforordninga av 1736. Den 4. april 1736 innleia han det moderne jusstudiet med disputasen »Idea Jurisconculi Danici«. Denne vart omsett og utgjeve på dansk med tittelen »Forestilling paa en Dansk Jurist« i 1737. Her forklarar Højer for det fyrste ordninga med at juridiske studentar kunne ta fire ulike typar eksamen, tre slag eksamen på latin og eit slag eksamen på dansk, med at ein treng ulike typar kunnskap alt etter kva rolle ein skal spela innan det dansknorske rettssystemet.¹⁴ Højer er òg inne på at ikkje alle har økonomisk høve til å vera student lenge, og til å kjøpa mange bøker.¹⁵ Han koplur ikkje dette eksplisitt saman, men ein kan sjå på dette som ein del av bakgrunnen for at det vart innført ein eigen dansk eksamen for dei som ikkje kunne latin, som studerte på eiga hand, og som måtte greia seg med eit minimum av litteratur utover lovboka.

Mishøvet mellom dei med midlar til å studera og dei med hovud, eller med »Natur og Nemme« som Højer formulerte det, har vore eit evig tilbakevendande tema i universitetslivet sidan mellomalderen. Men at både Thomasius i »Summarischer Entwurft«¹⁶ og Højer i »Forestilling« tek opp dette tema, kan òg skuldast ei ny aktualisering ved framveksten av det moderne jusstudiet, til undervisning i nasjonal rett, og til bruken av nasjonalspråket i juridisk litteratur slik at studiet vart opna opp for ei langt større krins studentar. Det er delvis i ein slik samanheng ein må forstå at mesteparten av »Forestilling« er via dei ting som

»ere vel *Præcognita*, det er, Ting som ei henhøre til *Jurisprudenzens Systema* i sig selv, men som man dog ej heller nødvendig maa have lærdt førend man legger sig efter Lovkyndigheden selv.«¹⁷

I Danmark-Noreg i 1736 kunne ein ikkje utan vidare stola på at ein kvar student hadde den allmenne dannelsesbakgrunnen som ein kunne forventa av ein geistleg eller adelsmann. Dette er noko av bakteppet for at ein måtte presisera kva kunnskapstypar som var viktige å tileigna seg ved sida av dei strengt juridiske. Di-

14 Højer (1737) s. A₃[b] og s. 3-4, jf. Bjørne (1995) s. 150-151, jf. s. 154.

15 Højer (1737) s. 4-5.

16 Thomasius (1779) s. XVIII-XIX.

17 Højer (1737) s. 30.

for måtte ein eksplisitt fortelja studentane ved Det juridiske fakultet i København kva innleiande overordna kunnskap dei burde ha for å letta og gjera betre læringa av materiell rett. Disputasen »Idea Jurisconsulti Danici« er dermed den fyrste arbeidet innan *praecognita juris*-tradisjonen i Danmark-Noreg. Samstundes innleia den sjølv det moderne jusstudiet.

Det kan vera freistande å forklara Højer sin disputas og hans skrift ut frå hans fortid som elev av Thomasius. Både sjølve innføringa av det moderne jusstudiet gjennom eit krav om juridisk eksamen for rettslege embetsmenn, og bruk av nasjonalspråket for å formidla kunnskap, tyder på at Højer var influert av prøyssisk rettsliv og Thomasius. Det har då òg vorte hevda at »Forestilling« er influert av »Summarischer Entwurf«. ¹⁸ Højer sjølv seier at

»i det øvrige hvorledes en Liebhaber af den Juristiske Viisdom bør med Forstand og Klogskab legge sig efter disse Discipliner, derom kand hand (om hand et af andre, og helst sine levende Lærere dertil anføres) ingensteds finde bedre eller nætttere Underretning end udi Chr. Thomasii nødvendige Cauteler [Cautelae circa Praecognita]«. ¹⁹

Men sjølv om Højer held Thomasius sitt juridiske innføringsverk høgt, er det ingen grunn til å hevda at han har nytta det meir enn som ei overordna inspirasjonskjelde. På same viset var Eksamensforordninga av 1736 på ingen måte ein blåkopi av dei prøyssiske eksamensordningane. Ein forskjell mellom Thomasius og Højer er til dømes at fyrstnemnt er langt meir filosofisk orientert enn sistenemnte, som har ei sterkare praktisk orientering. Til dømes opnar »Summarischer Entwurf« med sjølve det grunnleggjande spørsmålet om korleis ein kan få kunnskap om verda, som deretter vert følgd opp med eit kapitel om kva kjelder for kunnskap om verda som er tilgjengelege. ²⁰ Højer går meir praktisk til verket og forklarar i staden tanken bak Eksamensordninga. Men deretter kjem dei til det som er eit hovudpoeng for dei begge: Rettsvitskapen som ein del av eit samfunn av fakultet. Eller sagt med andre ord: Rettsvitskapen sin relasjon til andre vitskapar.

Medan det kan vera noko vanskeleg å identifisera den indre logikken bak Thomasius sin gjennomgang av andre vitskapar si nytte for ein jusstudent, så delar Højer opp fyrste kapitel i »Forestilling« etter kva kunnskapstypar ein jurist må og bør ha. Kunnskapstypane som ein jurist må ha vert strukturert etter gangen i kunnskapstileigningsprosessen. Fyrst handsamar Højer føresetnadane for å tileigna seg vitskapleg kunnskap generelt. Det mest grunnleggjande er at ein må ha språkkunnskap for å kunne studera kjeldene der kunnskap er tilgjengeleg. Dei viktigaste språka for ein dansknorsk jurist er dansk og tysk, sidan begge språka vart nytta i

18 Björne (1995) s. 151-152, med vidare referansar.

19 Højer (1737) s. 30.

20 Thomasius (1799) s. 1-32, jf. s. XIV-XV.

dansknorsk rettsliv. Men ein bør òg kunne latin, fordi mykje juridisk terminologi er henta derifrå. Kunnskapar i fransk er viktig fordi dette språket vert nytta i statssaker, men òg fordi fransk er hendig å kunna som eit elegant språk som lærar ein å formulera seg betre.²¹ Ved sida av språk må ein som jurist meistra skrivekunsten.²²

Etter å ha lagt ned desse to grunnleggjande føresetnadane, går Højer over til å nemna kunnskapstypar som er viktige for ein jurist å ha. Fyrst av alt geografi og historie, fordi det er essensielt for å seia noko om føresetnadane for utforminga av gjeldande rett.²³ Deretter filosofi generelt, og logikk spesielt, fordi det gjer ein jurist i stand til å tolka lover, til å vurdera »Probabilitæter«, og til å unngå å la seg styra av fordommar.²⁴ Så handsamar Højer den naturlege teologien, fordi den viser korleis alle ting heng saman.²⁵ Den naturlege teologien er sjølv knytt til moralfilosofien og naturretten. Moralfilosofien, som ei grein av den praktiske filosofien, seier noko kva som er rett og galt generelt, medan naturretten bind saman moralfilosofien og gjeldande rett gjennom å vera ein evig standard for rett. Ein grein av moralfilosofien er psykologien, som er »Lærdommen om Siælen«, og dermed seier noko om motivet for menneskelege handlingar.²⁶

Så går Højer over til å handsama kunnskapstypar som er nyttige å ha for ein jurist, men som ikkje er turvande. Fyrst har ein filosofihistoria, deretter den lærde historie, som ein kan sjå på som ei form for vitskaphistorie, matematikk, medisin, fysikk, som er godt å kunna for å avdekka realiteten bak hendingar som folk gjerne tilskriv »Trolldomskonster eller Sathans Kogel-Spill«, økonomi, og til slutt teologi.²⁷ Dette

»ere vel *Præcognita*, det er, Ting som ei henhøre til *Jurisprudenzens System* i sig selv, men som man dog ej heller nødvendig maa have lærdt førend man legger sig efter Lovkyndigheden selv.«

Deretter handsamar Højer i kapittel 2 »den Guddommelige almindelige Rættes Studio«, som vil seia at han plasserer det dansknorske rettsystemet inn i ein normstruktur med naturrett på toppen. Naturretten tyder her den del av guddommeleg rett som kan erkjennast åleine ved bruk av fornuft og difor i prinsippet er tilgjengeleg for alle menneske. Under den, og på kvar side av den nasjonale retten, finn ein

21 Højer (1737) s. 7-13. Højer (1737) s. 12-14 nemner vidare norrønt, svensk, engelsk, gresk og hebraisk.

22 Højer (1737) s. 14-15.

23 Højer (1737) s. 15-18. I denne samanhengen nemner Højer òg genologi og heraldtikk som han reknar som viktige i ein stats- og offentlegrettsleg samanheng.

24 Højer (1737) s. 18-19.

25 Højer (1737) s. 19-20.

26 Højer (1737) s. 20-22.

27 Højer (1737) s. 22-29.

etter Højer si framstilling folkerett og positive guddommeleg rett. Deira funksjon var som bindeledd mellom ulike nasjonar sin borgarlege rett.

I tredje kapitel handsamar Højer det ein i dag vil forstå som ein dansk-norsk juridisk metode, før han avsluttar med å seia:

»Og holder jeg fore, at en flittig *Studiosus Juris* kand lætteligen paa tvende Aars Tid lære alt dette, naar hand efter *Academiets* Love og Skikke det første Aar legger sig efter *Philosophien*, fornemmelig *Logica* og *Practica*, og dernæst med alvorlig Fliid gaaer et *Compendium* over *Jurisprudentia Universalis* igiennem saa at han tillige engang igiennemlæser den Danske og Norske Lov med Agtsomhed; Men at han anvender det andet Aar paa at lære større og udførligere *Commentarier* over den Naturlige og over den Guddommelige *Jurisprudentz* og tillige *confererer* de Kongelige Forordninger med den Danske og Norske Lov. Hvilket altsammen neppe kand tage hannem trede Timer bork om Dagen i de 2de Aar, saa der derfor er Tid nok til overs at *tractere* enten de andre *Discipliner*, som jeg haver henført imellem *Praecognita Juris*, og som enhver agter sig meest nødvendige«. ²⁸

Her skal ein merka seg at Højer åleine gjer gjeldande at ein jusstudent bør lesa logikk og praktisk filosofi før vedkomande tek til å studera overordna juridiske strukturar. Dei andre kunnskapstypene skal ha tileigna seg samstundes som vedkomande les materiell rett. Dette viser den praktiske funksjonen tileigninga av *praecognita juris* har for Højer. Det er ikkje kunnskap som ein skal ha for sin eigen del, men kunnskap som fører til auka læring.

I kjølvatnet av reformasjonen og dei geografiske og naturvitskapelege oppdagningane vart det stilt spørsmål ved all antikk kunnskap, til slutt òg ved Guds eksistens. Og mellomalderen sitt kunnskapsideal, som var inkarnert i det alt omtalte idealet for geistlege og adelsmenn, vart utfordra. Ikkje minst skjedde dette gjennom det pietistiske dannelsesidealet som vaks fram på 1700-talet. Dette var eit viktig grunnlag for utviklinga av det borgarlege og borgarleg danning. I Halle studerte Højer òg under August Hermann Francke, den leiande tyske pietisten. Han må difor ha vore godt kjent med Francke sitt program for kunnskapstileigning gjennom utdanning, som igjen skulle leggja grunnlag for ein operasjonaliserbar handlingsdugleik. Danning var altså i ein pietistisk samanheng eit spørsmål om utdanning, og føremålet var evne til å utføra rett handling. ²⁹ Det var ikkje samfunnet av kunnskap som var interessant i seg sjølv, men korleis det kunne gjera samfunnet av menneske betre. Højer var til òg med på å realisera dette idealet som direktør for Waisenhuset i København, der foreldreause barn fekk undervisning for å verta dugande borgarar. Og gjennom »Forestilling« ønskte han å realisera det i høve til jusstudentar.

Andreas Højer skreiv altså eit innføringsverk i rettsvitskap for jusstudentar som sin læremeister Christian Thomasius. Den latinske tittelen på »Summarischer Ent-

28 Højer (1737) s. 58-59

29 Vierweg (1972) s. 509-511.

wurf«, »Cautelae circa Praecognita Jurisprudentiae«, indikerer at Thomasius meinte at alt som stod i hans verk var *praecognita juris*, altså kunnskap som var eigna som ein inngangsport til dei meir partikulære delane av jusstudiet. Dette inkluderte innleiande kunnskap om til dømes straffeprosess og lensrett.³⁰ Dette var kunnskap Højer sjølv hadde tenkt å inkludera i »Forestilling«, men han fekk aldri skrive ferdig verket før han døydde i 1739. Av dei to sitata ovanfor ser vi at Højer under eit kvart omstende åleine reserverte termen *praecognita juris* for dei kunnskapstypene som ein jurist burde ha ved sida av den juridiske. Dette gjer at spranget vert svært stort til 1755 og »En kort Anviisning i sær for en Dansk Jurist angaaende Lovkyndigheds og Staatskonstens adskillige Deele, Nytte og Hielpemidler«, det andre verket i dansk-norsk retts historie på 1700-talet som kan knytast til *praecognita juris*-tradisjonen.

3 Peder Kofod Ancher og forsetjinga av den dansk-norske *praecognita juris*-tradisjonen

Andreas Højer skreiv »Forestilling« i tradisjonen etter sin eigen lærar på universitetet i Halle, Christian Thomasius, medan Peder Kofod Ancher skreiv i tradisjonen etter sin lærar på Det juridiske fakultet i København, Andreas Højer. Ancher var mellom dei fyrste som tok ein latinsk eksamen etter Eksamensforordninga av 1736, med Højer både som førelesar og eksaminator. Han må ha kjent »Forestilling« og Højer sine tankar generelt om føresetnadar for å studera juss. På den andre sida var det ikkje slik at Thomasius verken var den fyrste eller den einaste som skreiv innan *praecognita juris*-tradisjonen. Den kan seiast å ha vorte innleia av Gottfried Wilhelm Leibnitz med »Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae ex artis didactica principiis« frå 1667,³¹ og same året som Thomasius gav ut »Summarischer Entwurfe« publiserte Johann Heinrich Pott i 1699 »Praecognita juris universi cum civilis ac publici statuarii et consuetudiarum communis ac feudalis cum canonicis«. ³² Samstundes ser ein av den alt omtalte »Catalogi Librorum Petri Kofod Ancher« at i alle høve ved sin død hadde Ancher andre innføringsverk i rettsvitenskap i si boksamling skrivne etter »Summarischer Entwurf«. Mellom desse var òg »Praecognita generalia jurisprudentiae«, utgjeve av Christian Gottfried Hoffmann i Leipzig 1723, og »Unterricht, wie ein Studiosus juris die Rechts-Gelahrheit unter sich, und zugleich

30 Thomasius (1979) s. 184-186 og s. 188-190.

31 Buschmann (1969) særleg s. 301-307.

32 Schlegel (1825) s. 7 reknar Pott som den fyrste juridiske encyklopedist, medan Kolderup-Rosenvinge (1849) s. 7 reknar Leibnitz som den fyrste og Pott som ein som skreiv i tradisjonen etter Leibnitz.

mit det Weltswisheit verbinden soll«, utgjeve av Gotlieb Sturm i Jena i 1726.³³ Og i det hele hadde det skjedd store filosofiske og rettsvitskaplege endringar sidan Thomasius underviste Højer i Halle, og Højer underviste Ancher i København. Eit lett observerbart utslag av dette var at frå 1757 vart *praecognita juris*-tradisjonen terminologisk forvandla til ein juridisk encyklopedisk-tradisjon med verket »Entwurf einer juristischen Encyclopädie und Methodologie« av Johann Stephan Pütter.³⁴ Innholdsmessig vart rettsvitskapen no formidla til nye studentar meir som rettsvitskap spesielt enn som vitskap generelt.³⁵

Ancher gav ut si »Anviisning« to år før Pütter gav ut si »Juristischen Encyclopädie« i 1757, og difor nyttar han ikkje sjølv termen juridisk encyklopedi. Men innholdsmessig står han i same tradisjon som Pütter, og distanserer seg klart frå Højer sin »Forestilling« frå 1737. For sjølv om den *praecognita juris* som ein student må ha etter »Anviisning« er av ein innleiande og overordna karakter, så er den av ein strengt juridisk art. Det ligg implisitt i verket at ein student bør ha kunnskapar i til dømes språk, filosofi og historie, medan hjelpevitskapar som medisin og fysikk ikkje ein gong implisitt har ein plass innanfor rammene av rettsvitskapen slik den vert presentert av Ancher. Einaste gongen han nemner andre vitskapar eksplisitt er når han peikar på kva nytta juridisk kunnskap har for dei som studerer teologi, historie og filosofi.³⁶ Men andre ord snur Ancher i 1755 heile problematikken på hovudet i høve til Højer si »Forestilling« frå 1737 med eksplisitt å seia at juridisk kunnskap er viktig for andre vitskapar og ikkje at kunnskap henta frå andre vitskapar er viktig for juridisk forståing. Dermed er det grunn til å spørja om dei begge kan få plass innanfor rammene av *praecognita juris*-tradisjonen, og om det dermed finst ein slik tradisjon i det heile i dansknorsk rett på 1700-talet, noko som er lagt til grunn i dette skriftstykket fram til dette punktet.

Eksamensforordninga av 1736 innleia det moderne jusstudiet, og, som eg alt har vore inne på, den inkluderer ei utvikling av ein nasjonalspråkleg juridisk litteraturtradisjon. Før 1736 var »Glossarium Juridico-Danicum« av Christien Ostensen Weile frå 1641, og »Moralske Kierne, eller Introduction til Naturens- og Folke-Rettens Kundskab« av Ludvig Holberg frå 1715, dei einaste større juridiske verka på dansk som ein jusstudent kunne ha nytta av. Frå og med 1736, og »Overeenstemmelse og Forskiæl imellem den Romerske og Danske Ræt« av Thomas Clitau, kom det stadig meir danskspråkleg juridisk litteratur. I denne litteraturen, frå og med Clitau i 1736,³⁷ finst det gjerne innleiande kapitel med refleksjonar over rettsvitskapen sine systemmessige konnotasjonar og juridisk metode. Sentrale delar

33 »Catalogi« II (1789) s. 58 nr. 878, og III (1789) s. 423 nr. 537.

34 Sjå vidare Björne (1984) s. 18-21, og (1995) s. 152-154.

35 Buschmann (1969) s. 311-312.

36 Ancher (1755) s. 30.

37 Clitau (1736) s. 11-28.

av innhaldet »Forestilling paa en Dansk Jurist« er til dømes gjeve igjen i fyrste kapitel av Højer sitt »Juridisk Collegium over Processen« som kom ut i 1742 og 1764.³⁸ Vidare har desse innleiande kapitla same føremålet som »Forestilling« og »Anviisning« – å gje ei innføring i rettsvitenskapen sine overordna strukturar. Det er dette som gjer at ein kan snakka om ein tradisjon trass i at det bare er skrivne to sjølvstendige verk mellom den dansknorsk rettsvitenskaplege litteraturen som i sin heilskap kan førast inn i ein *praecognita juris*-tradisjon.

I fortalen til »Anviisning« seier Ancher følgjande:

»Det er sandt, at faae et almindeligt Begreb om alle *Partibus Juris*, og med et Øyekast at oversee dem som i et Perspectiv, er noget af det allerførste og *præliminaire*, for een der begynder at studere *Jura*.«³⁹

Højer skriv innleiingsvis i »Forestilling« at

»førend jeg giver denne Forestilling paa en Dansk Jurist, vil jeg udbede mig den Frihed, at forestille ham paa den allerfuldkommenste og vel forfarne i alle *Jurisprudenzens* Deele, saa at ham intet fattes i nogen Videnskab, som i ald slags Stand kand ziire en *Jurist*. Allene i den henseende paa det enhver iblant os, som *applicerer* sig til dette *Studium*, kunde derved med eit Øiekast see som paa en Tavle for sig Gundinde *Themis* heele Majestæt, og hendes Riges«. ⁴⁰

Themis er den greske gudinna for lov og rett, og vert her nytta som eit bilete på retten som heilskap. Og om enn av ulike grunnar, skriv altså både Højer og Ancher for å gje eit innleiande overblikk over retten før ein student skal grava seg ned i gjeldande rett. Men sjølv med likt utgangspunkt presenterer dei altså ikkje *praecognita juris* likt. Skuldast dette deira ulike faglege bakgrunn? Højer med sin doktorgrad i medisin og studiebakgrunn frå fleire fakultet representerer tida før Eksamensforordninga av 1736, då juss enno var ein klassisk universitetsdisiplin som medlem av eit samfunn av fakultet, og ikkje eit praktisk retta studium. Ancher, med både embetseksamen og doktorgrad i rettsvitenskap, var eit produkt av Eksamensforordninga som Højer hadde vore med å utforma gjennom at han fyrst og fremst var jurist. Men han hadde òg ein embetseksamen i teologi frå 1730, han underviste i filosofi på 1750-talet,⁴¹ og han skreiv artiklar om emnet både på 1740- og 1750-

38 Højer (1742) s. 1-13, og (1764) s. 3-14. Det var Hans Hagerup som omsette frå latin og gav ut Højer sine førelesingar i prosess i 1742, medan det var Christian Ditlev Hedegaard som gav dei ut i 1764.

39 Ancher (1755) s. 3.

40 Højer (1737) s. A₃[b].

41 Koch (2003) s. 78.

talet.⁴² Åleine 5013 av hans 14 467 bøker og manuskript vart klassifisert som juridiske i den alt nemnte »Catalogi Petri Kofod Ancher«.⁴³ Slik kan Ancher knytast til det same utdanningsidealet som Højer. Den faglege bakgrunnen kan ikkje forklara kvifor dei forstår og presenterar *praecognita juris* ulike for nye studentar. Men medan Højer altså stod i ein tradisjon for å sjå ulike kunnskapar i samanheng, høyrer Ancher heime i ein tradisjon for å handsama kvart kunnskapsfakultet for seg som eit eige system.

Som eg alt har vore inne på, står ikkje »Summarischer Entwurf« av Christian Thomasius frå 1699 fram som eit systematisk verk. Kravet som vitskapleg systematikk var perfektionert av Christian Wolff, som virka ved universitetet i Halle samstundes med Thomasius frå byrjinga av 1700-talet og fram til midten av hundreåret. Ancher står på 1740- og 1750-talet i tradisjonen etter Wolff, som var ein dominerande filosof i Europa på dette tidspunktet. Dette vert òg spegla i »Anviisning«. Ikkje bare gjennom tilvisningar til Wolff sine fortreftelege sider som filosof,⁴⁴ men gjennom at verket er systematisk oppbygd. Ancher handsamar i kapitel 1 dei ulike delane av rettsvitskapen og statskunsten, deretter handsamar han i kapitel 2 kva nytta ein jusstudent kan ha av kvar av desse delane, som i stor grad er eit kapitel om juridisk metode, og til slutt i kapitel 3 handsamar Ancher i kva litteratur ein student kan finna kunnskap om dei nyttige delane av rettsvitskapen og statskunsten. Og i kvart av kapitla vert alle deltema handsama i same systematiske rekkefølgje. Slik får »Anviisning« sjølv karakter av å vera eit slutta system på same viset som rettsvitskapen vert framstilt som.

Ancher var ikkje åleine om å framstillta retten systematisk eller å innleia til eit studium av retten på ein systematisk måte i dansknorsk rettsvitskapleg litteratur på 1700-talet. Den norskfødde Hans Paus gav i 1750 ut »Naturens Ret, som en grundvold til den Danske og Norske Bogerlige Ret«. Paus skriv her eit innleiande kapitel på 99 sider som i realiteten er ein logikk på dansk.⁴⁵ Logikk var ei grein av filosofien som ein i dag kan klassifisera som ei blanding av vitskapsteori og metode-lære. I staden for å skriva at studentar burde lesa filosofi generelt, og logikk spesielt før dei studerte juss, slik Højer gjorde i 1737, skreiv Paus det lesaren burde læra av filosofi og logikk før han skreiv det lesaren burde læra av naturrett og borgarleg rett. Bak ligg altså noko av same tenkinga som er grunnlaget for *praecognita juris*-

42 Slike filosofiske artiklar er fortalen om dyr har fornuft frå 1746 og »Beviis paa Sprog-Konstens virkelige Nytt« frå 1757.

43 Eg har ikkje rekna med kopparstikk, men elles tatt med alle eigne punkt i »Catalogi« I-III (1789).

44 Ancher (1755) s. 38, jf. s. 3 og 5. Eg skal snart koma tilbake til at Ancher òg hadde viktige innvendingar mot filosofien til Wolff.

45 Sunde (2007) s. 215, med vidare tilvisningar.

tradisjonen. Men det er altså bare éin vitenskap ved sida av rettsvitenskapen Paus handsamar, og ikkje det spekteret av vitenskapar som Højer dreg fram.

Vi har alt sett at Ancher ikkje ein gong nemner filosofi som interessant kunnskap for ein jusstudent. Det gjer heller ikkje hans elev og seinare medprofessor på Det juridiske fakultet i København, den norskfødde Jens Bing Dons. Hans førelesingar på latin over den dansknorske retten frå 1768-1771 vart utgjeve på dansk i 1780-1781. Her kan ein sjå at Dons innleia førelesingane med det som i trykt utgåve er eit 49 sider langt kapitel om juridisk metode.⁴⁶ Deretter hadde han eit kapitel på 66 sider om dansk, norsk og islandsk lovhistorie.⁴⁷ Det siste er ein indikasjon på at Dons meiner historisk kunnskap er viktig for den som skal studera rettsvitenskap. Men eksplisitt nemner han ikkje noko vitenskapsgrein som ein jusstudent bør setja seg inn i før han tek til å studera.

Både før og etter at Ancher gav ut sitt verk »Anviisning« i 1755, gav altså to andre dansknorske rettsvitenskapsmenn ut verk der dei heller ikkje direkte peika på kva kunnskapsmasse dei meinte studentane kunne ha nytta av i jusstudiet ved sida av den reint rettsvitenskaplege. Derimot gav dei begge studentane sine ein slik kunnskapsmasse. Men medan Paus haldt seg til filosofien, var det historisk kunnskap som det var viktig for Dons å formidla. Fyrst i 1781, i 1. bind av »Den Danske og Norske Private Rets Første Grunde«, nemner ein annan rettsvitenskapleg forfattar av eit oversiktsverk over dansk og norsk rett, Laurits Lauberg Kongslew, eksplisitt språkkunnskap, historie og filosofi som viktige kunnskapstypar for ein jusstudent.⁴⁸ Dette gjer han etter fyrst å ha skrive ei 241 sider lang lovhistorie.⁴⁹ Men Kongslew, som var professor i rettsvitenskap ved Sorø-Akademiet, skreiv på dette punktet nærast av andre utgåva av »Anviisning« som kom 1777. I denne utgåva har Ancher med ein innskoten del om kva nytte ein jurist har av språkkunnskap, filosofi og historie.⁵⁰

Andre utgåva av »Anviisning« frå 1777 har same tema og struktur som fyrste utgåva frå 1755, men er meir omfattande. Ancher skriv meir utfyllande om dei tema han handsamar, og legg til ein del petitavsnitt der han diskuterte meir uforpliktande aspekt ved tema han handsamar i hovudteksten. Men Ancher gjorde òg nokre reine tilføyingar i andre utgåva, og mellom desse er altså åtte sider om den nytta ein jurist kan ha av språkkunnskap, historie og filosofi. Bakgrunnen for dette er den uro ein kan spora i »Anviisning« frå 1755, som ein finn i Ancher sin fortale »Om Dyrene kand tillegges Fornuft, eller ey?«, publisert i fyrste nummer av tidskriftet »Philosophiske, Historiske og Oeconomiske Skrifter« i 1746, og i hans tor-

46 Dons (1780) s. 1-48.

47 Dons (1780) s. 49-113.

48 Kongslew (1781) s. 253-256.

49 Kongslew (1781) s. 1-240.

50 Ancher (1777) A s. 31-39.

tale til »Trifolium Juridicum«, gjeve ut av Christian Ditlev Hedegaard fyrste gong i 1748.

Problemet var at Ancher på den eine sida stod i tradisjonen etter Christian Wolff, og var sjølv ein systemtenkjar. På den andre sida gjev han tilkjenne ein skepsis til eit av Wolff sitt resonnement i 1746,⁵¹ han går i open polemikk med Wolff i 1748,⁵² og set ord på problemet i 1755: Wolff er for rigid i si systemtenking.⁵³ Alt i fortalen »Beviis paa Sprog-Konstens virkelige Nytte« frå 1754,⁵⁴ som var fortale til eit verk som aldri vart skrive,⁵⁵ i fortalen om nytta av den teoretiske »Lovkyndighed«, publisert i det alt nemnte verket »Historisk Indledning« frå 1762 av John Arnesen,⁵⁶ og i fortalen til »Poetiske Skrifter« frå 1769⁵⁷ om tilhøvet mellom poesi og juss,⁵⁸ kan Ancher seiast å vera inne på bakgrunnen for sin uro: Utgangspunktet om retten som eit naturgjeve system må supplerast med ein idé om retten som kulturprodukt. Dette var tankar Ancher les ut av »De l'esprit des lois« av Charles Montesquieu frå 1748, som elles var eit verk han reint metodisk hadde mykje å utsetja på.⁵⁹ Det er i lys av denne erkjenninga ein må forstå innskotet i andre utgåva av »Anviisning« om språkkunnskap, filosofi og historie si nytte for ein som skal studera juss. På same viset som Ancher fråveik sitt eige system i fyrste utgåva for å få plass til denne refleksjonen, så fråveik han altså sitt eige meir rigide syn på retten som eit eige, og nærast lukka system, i 1755 til fordel for ein tanke om retten som eit system med overlapping i høve til andre system i 1777. Slik tok Ancher eit steg bort frå rasjonalistisk reduksjonisme.

Spissformulert kan ein seia at mellom 1755 og 1777 vart autopoiesis supplert av poesi i Peder Kofod Ancher si tenking, ei tenking som kan knytast til romantikken, som vart innleia med »Die Leiden des jungen Werthers« skrive av ein annan jurist, Johann Wolfgang von Goethe. Og det er med romantikken, mellom annan gjennom Goethe sitt verk »Wilhelm Meisters Lehrjahre« frå 1795-96, at danning for alvor vart eit eige tema. Danning var for Goethe framleis handlingsretta, slik det hadde vore det mellom Halle-piesticane. Det er i ein slik samanheng ein òg må forstå Kofod Ancher når han i 1762 uttalar at ein ikkje kan »lade Ret og Retfærdig-

51 Ancher (1746) s. a[₁]-a[₁b] note a.

52 Ancher (1748) s. D₂-E₃[b].

53 Ancher (1755) s. 38-42.

54 Ancher (1754) s til dømes 78, jf. s. 60-65.

55 Dette verket er »Oprindelsen til det Ord: Adel, Forklared af vores gamle Nordiske Allodial-Ret«.

56 Ancher (1777) B til dømes s. 72 og 75-77.

57 Ancher (1769) til dømes s. 12, jf. s. 15-16.

58 Tilhøvet mellom poesi og juss vert òg handsama av Thomasius (1779) s. 55-57, og av Gouget (1768) s. 48-49.

59 Ancher (1755) s. 78-79, og (1777) s. 97.

hed, og det som flyder deraf, Folks timelige Velfærd, beroe paa en Slump«,⁶⁰ men at juristar må ha kunnskap innan »theoretisk Lovkyndighed« og ikkje bare praktisk erfaring. Denne grunnleggjande skepsisen til praktisk-juridisk erfaring utan teoretisk overbygning prega all seinare dansknorsk juridisk litteratur på 1700-talet. Samstundes hadde altså den teoretiske rettskunnskap han sjølv formidla i »Anviisning« praktiske konsekvensar som sitt siktemål, og var ikkje meinte som eit dannelsingsprogram for utviklinga av den studerande sin personlege innsikt.

Men for Goethe var danning òg eit personleg utviklingsprogram, og eit spørsmål om personleg identitet.⁶¹ Denne utviklinga av forståinga av danning vert òg spegla i ei utsegn i »Anviisning«, der Ancher siterer ein ikkje namngjeven franskmann som skal ha sagt at dersom han måtte lesa heile forfattarskapen til Christian Wolff for å vera ein *bonette-homme*, eit danna menneske, så gav han avkall på heile tittelen.⁶² Men for Ancher, som for Højer, er det likevel utviklinga av handlingsdugleik, og ikkje den personlege utvikling, som ligg til grunn for at dei skriv i *praecognita juris*-tradisjonen.

4 Avsluttande diskurs

Peder Kofod Ancher står altså i same tradisjon som sin lærar Andreas Højer gjennom at dei begge gav ut eit verk mynta på nye studentar ved Det juridiske fakultet, at dei begge med verket ønskte å gje ei innleiande overblikk over heile rettsvitenskapen, og at det for dei begge var viktig at studentane nytta denne kunnskapen til å utvikla handlingsdugleik. Forskjellen mellom dei to ligg hovudsakleg i at Højer gjer gjeldande at jusstudentar bør tileigna seg kunnskap på andre fagområde enn det juridiske. Ancher gjer ikkje dette til eit tema i 1755, men føyer det til i andre utgåva av »Anviisning« frå 1777. Noko stor plass får dette likevel ikkje. Som alt nemnt, skriv Kongslew i same tradisjonen som Ancher i 1777, medan Nørregaard i fyrste bind av sine publiserte førelesingar vel å ikkje ta med noko om andre vitenskapar si nytte, men åleine gjev implisitt uttrykk for at historisk kunnskap er viktig gjennom å skriva ei lovhistorie.⁶³

Når ein likevel kan snakka om eit utviklingskurve i *praecognita juris*-tradisjonen på 1700-talet, er det fordi både Johan Frederik Vilhelm Schlegel med »Juridisk Encyclopædie« frå 1825, og Janus Lauritz Andreas Kolderup-Rosenvinge med »Grundrids af den juridiske Encyclopædie« frå 1849, i større grad enn Ancher i 1755 og i 1777 delar Højer i si forståing av *praecognita juris* frå 1737. Schlegel skriv i

60 Ancher (1777) B s. 127.

61 Sjå Vierhaus (1972) s. 517-518.

62 Ancher (1777) A s. 53.

63 Nørregaard (1784) s. 56-72.

overraskande stor grad om dei same kunnskapstypane som Højer, inkludert til dømes heraldikk, psykologi og medisin.⁶⁴ Det same gjeld Kolderup-Rosenvinge,⁶⁵ som til og med delar si bok opp i tre delar med identifiserbare likskapstrekk med Højer si »Forestilling«.

Dersom vi no returnerar til Helge Johan Thue sitt krav frå 1986 om at det vart innført eit rettsidéhistorie-/rettsfilosofifag for studentar på fyrste studieåret, og innhaldsskildringane frå *examen facultatum* ved Det juridiske fakultet sidan 1996, ser vi at dei begge høyrer heime i denne tradisjonen. Ikkje når det gjeld konkret innhald, men når det gjeld ein idé om at rettsvitenskap er meir enn materiell rett, og at innsikt i retten sine overordna strukturar fører til ein handlingsdugleik som aukar borgarane sin rettstryggleik. Slik sett seier ikkje *præcognita juris*-tradisjonen, som eit danningprogram i den rettsvitenskaplege litteraturen på 1700-talet, bare noko om rettsvitenskapen i det 18. hundreåret, men om heile den moderne jussen sin karakter i spenninga mellom juss og samfunn, og mellom generell og spesiell kunnskap.

Litteratur

- Ancher (1746), *Peder Kofod Ancher*: Fortalen »Fortale«, publisert i Philosophiske, Historiske og Oeconomiske Skrifter, 1. hefte 1746
- Ancher (1748), *Peder Kofod Ancher*: Fortalen »Belangende de Regler som gemeenligen bruges at ophæve Modsigelser i Love«, publisert i Trifolium iuridicum, bestaaende udi; I. Anviisning til at forene de Steder i den Danske-Lov, som synes at være sig selv imod; II. Paaviisning til at finde Overeensstemmelse imellem Guds og Kongens Lov; III. Samling af gamle Danske Ord-sprog, saavidt samme kommer overeens med Loven
- Ancher (1754), *Peder Kofod Ancher*: Fortalen »Bevis paa Sprog-Konstens virkelige Nyee«, publisert i Skrifter, som udi det Kiøbenhavnske Selskab af Lærdoms og Videnskabers Elskere ere fremlagt og oplæst i Aarene 1751, 1752, 1753 og 1754, 6. del 1754
- Ancher (1755), *Peder Kofod Ancher*: En kort Anviisning i sær for en Dansk Jurist angaaende Lovkyndigheds og Staatskonstens adskillige Deele, Nytte og Hielpemidler
- Ancher (1769), *Peder Kofod Ancher*: Fortalen »Fortale«, publisert i Justitzraad og Landsdommer Tøger Reenberges Poetiske Skrifter
- Ancher (1777) A, *Peder Kofod Ancher*: Anviisning i sær for en Dansk Jurist angaaende Lovkyndigheds adskillige Deele, Nytte og Hielpemidler
- Ancher (1777) B, *Peder Kofod Ancher*: Om den theoretiske Lovkyndigheds Nødvendighed
- Bernt, Doublet (1996), *Jan Fridthjof Bernt, David Doublet*: Rett, samfunn og rettsanvendelse – En introduksjon til rettsvitenskapen
- Bernt, Mæhle (2007), *Jan Fridthjof Bernt, Synne Sæther Mæhle*: Rett, samfunn og demokrati – Innledning til juss-studiet
- Björne (1984), *Lars Björne*: Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert

64 Schlegel (1825) s. 525-557.

65 Kolderup-Rosenvinge (1849) s. 165-183.

- Björne (1995), *Lars Björne*: Patrioter och Institutionalisterna – den nordiska rättsvetenskapens historia del I: Tiden före år 1815
- Buschmann (1969), *Arno Buschmann*: Artikkelen »Enzyklopädie und Jurisprudenz«, publisert i Archiv für Kulturgeschichte, 51. volum 1969
- Clitau (1736), *Thomas Clitau*: Overeenstemmelse og Forskiæl imellem den Romerske og Danske Ræt. Eller Kiernen af Pandecterne og den ganske Romerske Ræt hvor med og saa tillige den Danske Ræt
- Dilcher (1986), *Gerhard Dilcher*: Artikkelen »Die Preußischen Juristen und die Staatsprüfungen – Zur Entwicklung der juristischen Professionalisierung im 18. Jahrhundert«, publisert i Festschrift für Hans Thieme
- Dons (1780), *Jens Bing Dons*: Academiske Forrelæsninger over den Danske og Norske Lov, 1. del
- Goguet (1768), *Antoine Yves Goguet*: Undersøgninger om Lovenes, Kunsternes og Videnskabernes Oprindelse og deres Fremgang
- Højer (1737), *Andreas Højer*: Forestilling paa En Dansk Jurist
- Højer (1742), *Andreas Højer*: Juridisk Collegium over Processen saaledes som den bruges i Danmark og Norge, samlet og til Trykken befodret af Hans Hagerup
- Højer (1764), *Andreas Højer*: Salig Etats-Raad Højers Juridiske Collegium saavidt den Danske og Norske Proces vedkommer, Befodret og udgivet af C. D. Hedegaard
- Koch (2003), *Carl Henrik Koch*: Dansk oplysningsfilosofi 1700-1800
- Kolderup-Rosenvinge (1849), *Janus Lauritz Andreas Kolderup-Rosenvinge*: Grundrids af den juridiske Encyclopædie – til brug ved Forelæsninger
- Kongslew (1781), *Laurits Laurberg Kongslew*: Den Danske og Norske Private Rets Første Grund, 1. bind
- Locke (2001), *John Locke*: An Essay Concerning Human Understanding
- Nørregaard (1784), *Laurits Nørregaard*: Forelæsninger over den Danske og Norske Privat Ret, 1. del
- Schlegel (1825), *Johan Frederik Vilhelm Schlegel*: Juridisk Encyclopædie tillige med Udsigt over den romerske, kanoniske, langobardiske Lehns-Ret, tydske og andre viktige fremmede Reters Historie samt Grundlinjerne til de juridiske Disipliners Litterair-Historie og Angivelse af den fornødne Litteratur
- Sunde (2005), *Jørn Øyrebagen Sunde*: Speculum legale – rettspegelen: Ein introduksjon til den norske rettskulturen si historie i eit europeisk perspektiv
- Sunde (2007), *Jørn Øyrebagen Sunde*: »Fornuft og Erfarenhed« – Framveksten av metodisk medvit i dansknorsk rett på 1700-talet
- Thomasius (1979), *Christian Thomasius*: Summarischer Entwurf der Grundlehren, die einem studioso juris zu wissen und auf Universität zu lernen nöthig sind
- Thue (1986), *Helge Johan Thue*: Artikkelen »Det juridiske studium: Uten rettsideer og rettsverdier«, publisert i Kritisk Juss, nr. 1 1986
- Vierhaus (1972), *Rudolf Vierhaus*: Artikkelen »Bildung«, publisert i Geschichtliche Grundbegriffe – Historisches Lexikon zur politische-sozialen Sprache in Deutschland, 1. bind: A-D

Kjelder

- Catalogi I (1786), Catalogi librorum Petri Kofod Ancher, professoris juris in universitate Hafniensi, Pars I. contiens libros in folio
- Catalogi II (1789), Catalogi librorum Petri Kofod Ancher, professoris juris in universitate Hafniensi, Pars II. contiens libros in quarto

Catalogi III (1789), Catalogi librorum Petri Kofod Ancher, professoris juris in universitate Hafniensi, Pars III. contiens libros in octavo et form. min., mantissam librorum in folio ; nec non condices manu exaratos

Parfyme – www.parfyme.dk

Forsiden viser et velkomst-monument rejst i Warszawa få måneder for Polens indtræden i EU. På skiltet står (på polsk) »Velkommen til den Europæiske Union«. I oversættelsen til polsk sneg der sig en stavefejl ind, noget der egentlig passede glimrende til hensigten. Vores tanke var at EU kunne udsende små byggehold til alle de nye lande for at bygge små, billige monumenter med velkomstbudskab. Polen ville i dette tilfælde få et træskilt omkranset af lygtepæle, belyst af 60 watts glødepærer der blev drevet af en lille generator. Det var dette byggeholds mission.

Parfyme er en kunstnergruppe fra København, med afstikkere til New York og Bergen. Vi har arbejdet med opholdet, udformningen og funktionerne i det offentlige rum, forstået som et uendelig bredt spektrum af muligheder snarere end en smal kategorisering. Vores baggrund trækker på erfaringer fra billedkunst, håndværk, musik samt et samfundsteoretisk perspektiv.

Parfyme har gennemført flere projekter i det offentlige rum med fokus på en konkret tilgang og forståelse af omverdenen. Gennem umiddelbare handlinger – udført uden al for meget planlægning – har vi forsøgt at bygge os ud af problemerne. Parfyme betragter kunst som et værktøj, der kan bruges til mange ting: som en undskyldning for personlige bidrag til deres omgivelser, som en måde at kommunikere alvorlige emner på, bare som sjov og som gode gerninger.

Vores arbejde kan kaldes praktiske skitser: en blanding mellem en specifik observation af stedet og en konkret tilføjelse til stederne; eksperimenter hvor omgivelse ofte giver deres mening til kende. Vi bygger noget ... Bliver der hærværk? Er folk glade for nye ting? Hvad bliver brugt? Dette er brugbart for at få de lokale ønsker ned på et hverdagsplan, inden det færdige resultat udformes. Vi ønsker at afprøve ideer før de bliver uigenkaldeligt besluttet.

Vi har en målsætning om at løse problemer konstruktivt. Vores energi ligger i at foreslå nye løsninger, måske endnu uprøvede, og derved pege på problemerne samtidig; vi skal udfordre begrænsningerne og konformiteten.

Kunstneroplysninger

Kunstnergruppen Parfyme, Artillerivej 63, st 26, 2300 Copenhagen S, Danmark