

Til: Fakultetsstyret

### Orienteringssak 3

Møtenr: 4/2015

Møtedato: 10.12.15

Dato: 05.10.2015

Saksnr.: 2015/12595

## Seminar om ekstern finansiering av forskning innenfor de juridiske basisfagene

Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo over lengre tid slitt med personalsituasjonen innenfor flere av fakultetets sentrale fag. Både forsknings- og undervisningssiden har blitt berørt av dette. Som følge av dette ble det i årsplan for Det juridiske fakultet 2015-2017 vedtatt at fakultetet i løpet av 2015 skulle foreta en kartlegging av tilgjengelige ressurser i hvert enkelt fag. Denne kartlegging ble foretatt våren 2015 og følgende fag er å anse som særlig berørt: Skatterett, forvaltningsrett, sivilprosess, straffeprosess, statisk tingsrett, dynamisk tingsrett, retts historie, retts sosiologi, arverett og familierett.

For å komme disse problemene i møte, har vi endret rekrutteringsplanen for faste vitenskapelige stillinger, systematisk utlyst stipendiat- og postdoktorstillinger på de prioriterte områder, samt sett på muligheter for omprioritering av lærerressurser. Vi har imidlertid grunn til å tro at dette ikke er nok. Ved forrige utlysning av stipendiatstillinger, var 5 av 7 utlyste stiller øremerket de prioriterte fagområder. Like fullt var det kun 6 av 63 søkere som søkte seg til disse fagområdene.

En vesentlig årsak til «flukten» fra de sentrale fag, er at disse oppfattes som trauste og kjedelige. En årsak til dette er at disse fagene ikke kjennetegnes av satsinger og spennende prosjekter. Dette innebærer at nysatsinger typisk får den effekt ved at den snarere tapper enn styrker de sentrale fagene fra personalressurser. Lovende yngre forskere søker seg til nye og ofte internasjonale fagfelter, mens de tradisjonelle nasjonale fagene lider under sitt nevnte rykte som trauste og kjedelige. Det å ivareta forskning og undervisning innenfor de sentrale nasjonale fagområder, er imidlertid en viktig del av fakultetets samfunnsoppdrag, muligens den viktigste delen av dette. Det å etablere ordninger for eksternfinansiering også på prosjekter innenfor sentrale nasjonale fagområder, fremstår således som et meget effektivt og velegnet virkemiddel for å motvirke den pågående personalflukt fra sentrale fag.

Det juridiske fakultet oversendte 1. september 2014 utkast til opprettelsen av et juridisk forskningsprogram til Forskningsrådet. Bakgrunnen for vårt fremstøt mot Forskningsrådet i 2014



var at vi over lengre tid hadde erfart problemer med å søke støtte til juridiske prosjekter innenfor de eksisterende programmer. I forslaget ble således følgende fremført:

«Selv om det har vært mulig å søke forskningsprosjekter innenfor eksisterende forskningsprogrammer også for forskere innenfor rettsvitenskap i vid forstand, har det vært en betydelig ulempe for å utvikle viktig og samfunnsnyttig forskning på rettens transformasjoner at det juridiske perspektivet ikke har vært tilstede ved utformingen av forskningsprogrammene. Allerede beskrivelse av metodikk og hypoteser har fremstått som problematisk ved utformingen av et juridisk vinklet forskningsprosjekt på de nåværende forskningsprogrammer. På denne bakgrunn vil Det juridiske fakultet sterkt oppfordre til å opprette et nytt, bredt forskningsprogram tilpasset også juridisk forskning. Gitt endringsprosessenes globale og varierte natur, vil et slikt forskningsprogram åpne opp for nyskapende, internasjonal og tverrfaglig forskning.»

Opprettelsen av et slikt program ville være en flott mulighet til også å styrke satsingen også på de sentrale nasjonale fagene. I et dialogmøte med Forskningsrådet 4. september 2014 ble det imidlertid klart at det ikke fantes ressurser til en slik satsing.

Etter dette møtet med Forskningsrådet, med den etterfølgende kartlegging av den kritiske ressursituasjonen på personalsiden, fremstår det som viktigere enn noen gang å få etablert muligheter for eksternfinansiering av forskning på sentrale, nasjonale juridiske fag. Eksternfinansiering virker som en magnet på talentfulle forskere og det er viktig at også basisfagene får muligheten til å konkurrere om disse.

Fakultetet ønsker på denne grunn å invitere departementer, Forskningsrådet og andre aktuelle etater til et seminar om behovet for – og mulighetene til - slik satsing, enten i form av et selvstendig forskningsprogram, eller i form av mindre prosjekter.

Med vennlig hilsen

Alf Petter Høgberg  
Forskningsdekan

Vedlegg:

1. Programskisse RETTSTRANS

Dato: 01.09.2014

## **Utkast til skisse av tematisk forskningsprogram: Rettens transformasjoner (RETTSTRANS)**

### **1. Bakgrunn og behov**

De siste tiårene har vært spekket med endringer på de fleste områder: Teknologiske endringer, demografiske endringer, økonomiske endringer, klimaendringer og en rekke andre globale endringer og megatrender. Slike endringsprosesser innvirker ikke minst på retten. Det har vært satt i gang forskningsprogrammer innenfor samfunnsvitenskapene som har tatt opp endringstematikk, særlig undersøkelser av forholdet mellom menneske og omgivelser i endring.

Selv om det har vært mulig å søke forskningsprosjekter innenfor eksisterende forskningsprogrammer også for forskere innenfor rettsvitenskap i vid forstand, har det vært en betydelig ulempe for å utvikle viktig og samfunnsnyttig forskning på rettens transformasjoner at det juridiske perspektivet ikke har vært tilstede ved utformingen av forskningsprogrammene. Allerede beskrivelse av metodikk og hypoteser har fremstått som problematisk ved utformingen av et juridisk vinklet forskningsprosjekt på de nåværende forskningsprogrammer. På denne bakgrunn vil Det juridiske fakultet sterkt oppfordre til å opprette et nytt, bredt forskningsprogram tilpasset også juridisk forskning. Gitt endringsprosessenes globale og varierte natur, vil et slikt forskningsprogram åpne opp for nyskapende, internasjonal og tverrfaglig forskning.

Denne skissen er utarbeidet av en ad hoc-gruppe bestående av representanter for de største juridiske miljøene ved Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, og ledet av prodekan for forskning Alf Petter Høgberg.

#### *1.1. Rettsliggjøring og andre endringsprosesser*

Siden maktutredningen har det vært mye fokus på hvilke endringer rettsutviklingen har bidratt med på ulike samfunnsområder.<sup>1</sup> Mye av det som har fremkommet kan knyttes til fenomenet rettsliggjøring. Etter hvert som retten i et samfunn utbygges og flere samfunnsforhold lovfestes eller reguleres, vil retten overta mye av det handlingsrom og den aktivitet som lå i andre sfærer.

Det er isolert sett positivt at rettsliggjøringsprosessen og enkelte konsekvenser har blitt søkt klarlagt, og at samspillet mellom rett og samfunn, samt juss og samfunnsvitenskap, har kommet på dagsordenen. Et naturlig steg for å komplettere det bildet som hittil har blitt belyst, er ved å

---

<sup>1</sup> NOU 2003:19 (<http://www.regjeringen.no/nb/dep/kmd/dok/nouer/2003/nou-2003-019.html?id=118893>)



beskrive ulike samfunnsmessige, teknologiske, demografiske, politiske og globale endringsprosessers innvirkning på retten og rettsvitenskapen.

Slike eksterne endringsprosesser resulterer systematisk i tre ulike former for endringer; materielle endringer, institusjonelle endringer og metodologisk-epistemiske endringer. De materielle endringer innebærer skapelse av ny rett og nye reguleringsmekanismer, de institusjonelle endringer innebærer endringer i organisatoriske forhold, mens de metodologiske-epistemiske endringer gir seg utslag i hvordan rettslige problemer løses og hvilke rettslige grunnkategorier vi opererer med.

Erfaring viser at innslaget av reaktive mekanismer i retten er betydelige: Man får sjelden lovgivning om nyvinninger før selve nyvinningen. For eksempel gir man ikke rettigheter til klimaflyktninger før man har klimaflyktninger, eller man begrenser ikke muligheten for gentesting før gentesting har blitt et problem. I noen tilfeller har likevel en lovgivning i forkant hatt stor samfunnsmessig betydning, som for eksempel kontinentalsokkelloven som ga grunnlaget for det norske reguleringsregimet for petroleumsvirksomheten. I andre tilfeller, som med planloven fra 1970-tallet forblir store lovreformer uten særlige virkninger.

Retten og rettsvitenskapen er således ikke bare reaktiv i den forstand at det produseres nye normer som adekvate svar på ulike samfunnsmessige, teknologiske og globale utfordringer. Retten vil som svar på nye utfordringer også kunne produsere institusjonelle, metodiske og epistemiske endringer. De siste formene for endringer er basert på langt mer dyptgående endringsmekanismer enn de materielle endringer, og er således også vanskeligere å kartlegge, samt reversere.

Til tross for at innslaget av reaktive mekanismer i retten er betydelig, er proaktiv anvendelse av retten også mulig, noe som i så fall innebærer en økt grad av kontroll over utviklingen. I verste fall kan imidlertid forsøk på proaktiv bruk av retten innebære utilsiktede, negative konsekvenser. I praksis vil det derfor være viktig å kartlegge både tilsiktede og utilsiktede virkninger av så vel reaktive som proaktive prosesser i retten.

Et forskningsprogram med dette som utgangspunkt, vil videre åpne for grunnleggende forskning på rettsutviklingens forutsetninger og verdimeslige premisser samt konsekvenser. Denne type undersøkelser har bare i begrenset grad blitt gjennomført tidligere.

### *1.2. Forholdet til andre tematiske programmer og fagdisipliner*

Fra en rettsvitenskapelig synsvinkel er det sterkt ønskelig med et tilpasset forskningsprogram som undersøker hvordan og i hvilken grad slike endringer forandrer retten, herunder på hvilken måte retten responderer på forandringer og utfordringer i tiden.

En vesensforskjell fra den forskningen som skjer innenfor et eksisterende forskningsprogram som SAMKUL, er at innenfor RETTSTRANS gjøres retten som sådan til forskningsobjekt, noe som blir veldig anstrengt om man som SAMKUL tar utgangspunkt i samspillet mellom menneske og

omgivelser. Et forskningsprosjekt innenfor et tematisk forskningsprogram som dette, med retten som forskningsobjekt, vil både forutsette kompetanse innenfor rettsvitenskap (for å kartlegge forskningsobjektet) og den kunnskapsdisiplin den aktuelle undersøkelsen foretas med utgangspunkt i. En undersøkelse med retten som forskningsobjekt vil ikke selv nødvendigvis være av rettsvitenskapelig karakter, men for å kartlegge forskningsobjektet før den videre undersøkelse vil rettsvitenskapelig kompetanse være en forutsetning. En annen måte å si dette på, er at innenfor et forskningsprogram som RETTSTRANS er rettsvitenskapelig kompetanse nødvendig, men ikke tilstrekkelig. I så måte fremstår programmet som utpreget tverrfaglig.

Norsk rettsvitenskap har dessuten historisk sett vært sterkt rettsdogmatisk orientert. Et slikt forskningsprogram vil måtte hvile på grundige rettsdogmatiske analyser, men vil også måtte trekke veksler på de andre rettsvitenskapelige disiplinene som rettshistorie, rettsfilosofi og rettssosiologi. Programmet er slik sett grunnleggende tverrdisiplinært. Grensene mellom rettsvitenskapens underdisipliner vil i seg selv kunne utfordres og videreutvikles gjennom et slikt prosjekt. Programmet vil prioritere prosjekter som bryter ny mark i det rettsvitenskapelige landskapet.

Innen rettssosiologien er spørsmålet om rettens virkninger, og rettens plass i samfunnsstrukturen for øvrig, tradisjonelle kjernesporsmål. Slike spørsmål har likevel bare hatt en mer marginal plass innenfor norsk rettssosiologi de siste tiårene. Fra et rettssosiologisk perspektiv kan forskningsprogrammet bidra til en revitalisering av de klassiske spørsmålene. Gitt det sterke fokuset på tverrdisiplinære prosjekter knyttet til endringsprosesser vil svarene samtidig kunne bli nye og innovative. Programmet har som delmål å bringe norsk rettssosiologi videre.

Endringsprosessers årsaker, virkninger og strukturelle trekk er et kjerneområde for historikere. I dette tilfellet er det vårt håp at vi både klarer å integrere ulik historisk kompetanse, herunder rettshistorisk og idehistoriske kompetanse.

Forskningsprosjektet er altså både tverrfaglig i vid og snever forstand, i snever forstand ved at det innenfor rettsvitenskapen vil kunne trekke veksler på samtlige disipliner: Rettsdogmatikk, rettspolitikk, rettsøkonomi, rettssosiologi, rettshistorie, rettsteori, rettspsykologi og rettsfilosofi. Forskningsprosjektet er tverrfaglig i vid forstand ved at det ikke bare retter seg mot forskere innenfor rettsvitenskap i vid forstand, men også forskere innenfor humaniora – eksempelvis historie, filosofi, språk og retorikk - og samfunnsvitenskapene.

## **2. Tematisk strukturering av forskningsprogrammet**

### *2.1 Innledning – to akser: Endringsårsaker og endringsformer*

Man kan skille mellom endringsårsaker og endringsformer (konsekvenser). Årsakene til endring kan være globale megatrender, generell samfunnsmessig fragmentering og spesialisering, endringer i samfunnets arbeidsdeling i aksene offentlig-privat, sekularisering, multikulturelle strømninger med videre.

Innledningsvis ble det pekt på tre ulike endringsformer: Materielle endringer, institusjonelle endringer og metodisk-epistemiske endringer. De materielle endringene er godt synlige, og innebærer typisk nye lover og forskrifter, fremvekst av nye kutymmer, samt rettslige nyskapinger i rettspraksis. De institusjonelle endringene kan være endringer i forvaltningsorganenes eller domstolenes organisering, rolle og funksjonsmåte. De metodisk-epistemiske endringer gjør seg for eksempel utslag i hvilke argumentkilder man anser relevante, hvordan man argumenterer ved løsningen av rettsspørsmål og hvordan man systematiserer og inndeler rettsstoffet.

Man kan innfor endringsformene peke på gjennomgående strukturelle trekk som henger sammen med endringsårsakene. Et eksempel på et slikt gjennomgående strukturelt trekk er fragmenteringstendensen: Den generelle samfunnsmessige tendens til fragmentering og spesialisering gjenspeiles i materiell fragmentering (for eksempel i form av spesialregler på de enkelte livsområder), institusjonell fragmentering (for eksempel i den forstand at det stadig opprettes flere spesialorganer), og metodisk-epistemisk fragmentering (for eksempel slik at det stadig utvikles flere metodiske dialekter med få forbindelseslinjer, og at det begrepsmessige nett blir stadig mer finmasket uten gjennomgående linjer).

En del endringsformer er uten noen klar årsak. Et eksempel på en slik effekt er den stadige materielle utvikling mot ikke-bindende regelsett, fra regler til retningslinjer og standarder. Den har sitt institusjonelle motstykke i utviklingen av organer som treffer ikke bindende avgjørelser, f.eks. sivilombudsmannen og finansklagenemnda, og sitt metodisk-epistemiske motstykke i utvikling i adekvate begreper og en adekvat teori om de ikke-bindende normers ontologi og funksjonsmåte.

Avslutningsvis vil vi se nærmere på noen forhold ved den sentrale endringsform rettsliggjøringen representerer, og som hittil har kommet litt i bakgrunnen i forskningen (punkt 2.3).

## 2.2 Noen endringsårsaker og deres potensielle effekter

### 2.2.1 Rettslige transformasjoner som følge av globale megatrender

En viktig gruppe av endringsårsaker er de «globale megatrender», dvs. globale trender som er identifisert som de mest sentrale i tiden som kommer. Én liste (flere finnes) over slike trender inkluderer (på engelsk) *demographics, rise of the individual, enabling technology, economic interconnectedness, public debt, economic power shift, climate change, resource stress, urbanization*.

Slike utviklingstrekk vil ha betydning både for rettslige materielle forhold, institusjonelle forhold og for metodisk-epistemiske forhold. De vil dessuten påvirke rettsutviklingen ved å legge føringer på hvilke menneskerettslige spørsmål som blir aktuelle fremover, og legger dermed også føringer for hvordan menneskerettighetene som rettslig rammeverk skal utvikle seg og hvordan forskningen

bør innrettes for å være samfunnsrelevant. Både retten og rettsvitenskapen er som nevnt i stor grad reaktiv ved at rettslig utvikling skjer i etterkant av samfunnsutviklingen. Slike «megatrender», som er identifisert gjennom samfunnsforskning, kan gi grunnlag for forskningsprosjekter om hvordan nasjonal og internasjonal rett påvirkes av globale utviklingstrekk, og om hvordan retten best bør møte utviklingen.

### 2.2.2 Rettslige transformasjoner som følge av endringer i velferdssamfunnets arbeidsdeling i aksene offentlig/privat

Det er i ferd med å utvikle seg endringer i velferdssamfunnets arbeidsdeling i aksene offentlig-privat. Dette er resultat av en rekke underliggende forhold, herunder at skillet mellom statlige oppgaver, «marked» og familiesfæren er ikke naturgitt, men i kontinuerlig bevegelse og reforhandling. Fremveksten av velferdsstaten har dessuten endret velferdstjenester fra et prosjekt preget av veldedighetstankegang og overskuddsfenomen til et lovregulert felt med økende grad av både offentlige plikter og individuelle rettigheter. Endringer i denne aksene vil potensielt ha endringer av materiell, institusjonell og metodisk-epistemisk art. Disse endringer kan studeres gjennom en rekke forskningstemaer: Hvilke føringer legger retten for endringene? Hvilken betydning har endringene for rettslige mekanismer og rettsvitenskapens kategorier og metode? Også kildemessige studier vil kaste lys over utviklingen, herunder studier av internasjonale kilder, som rammer lagt av menneskerettigheter (særlig økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter) og EU-rett (eksport av trygdeytelser, sosiale rettigheter). En kan med hell også sette søkelyset på hvordan retten i praksis tar opp i seg og artikulerer nye temaer, institusjoner og ordninger med betydning for arbeidsdelingstematikken. Har dagens forvaltningsrett beholdt et perspektiv der staten fortrinnsvis tar/begrenser, mer enn den gir/leverer? Trengs det ytterligere analyse av hvordan synet på staten former jussen? Er dagens skille mellom offentlig og privat rett hensiktsmessig gitt statens endrede rolle? Eksempler er anbud, endret organisering av det offentlige (helseforetak), og private tilbydere i konkurranse med det offentlige. Bidrar den økte reguleringen til en fragmentering av rettsvitenskapen som hindrer overblikk over de større trendene som retten både er del av og påvirker?

### 2.2.3 Rettslig transformasjon som følge av fragmentering og spesialisering

Både nasjonalt og internasjonalt er det tegn på fragmentering og spesialisering. Opprinnelig er fragmenteringen og spesialiseringen av ikke rettslig art, men trenden forplanter seg inn i retten og rettsvitenskapen, bl.a. med den konsekvens at man ikke lenger er ute etter brede, gjennomgripende lover og traktater. I stedet får man et mylder av mindre lover og traktater som ofte ikke bærer allmenne prinsipper, og man tenker heller ikke alltid på det store bildet når disse mikroreguleringene foretas. Dette får betydning både for likebehandlingen av personer, og for retts(u)sikkerheten til alle de som faller mellom reguleringene, de som ikke får regulert sin situasjon i lov eller traktat. Ved siden av de materielle endringer, vil man med fordel også kunne sette søkelyset på de mange institusjonelle og metodisk-epistemiske endringer i forlengelsen av dette.



#### 2.2.4 Metodiske og materielle transformasjoner som følge av endringer i etikkens plassering og innhold

Ingen bestrider at det er et samspill mellom rett og etikk, men forskningen på området er underutviklet, særlig fra et rettslig perspektiv. Mens rettsanvendelse tidligere bød på avveiningsproblemer der rettskildefaktor kolliderte med rettskildefaktor, består dagens rettsanvendelse i domstolene i høy grad av å ta standpunkt til materielle prinsippers rekkevidde, noe som forutsetter et økt innslag av etikk og etisk kompetanse. Etikkens eksplisitte innmarsj i jussen innebærer en rekke endringer av materiell, institusjonell og metodisk-epistemisk karakter.

#### 2.2.4 Rettslige transformasjoner i form av omdanning fra binding til ikke-binding, fra regler til retningslinjer

Både på grunnlovsnivå, traktatnivå og lovgivernivå er det en økende tendens til å gi normer i form av retningslinjer og rettslige standarder i stedet for ordinære bindende rettsregler. Dette skyldes muligens frykt fra lovgiver for å ta munnen for full, samt frykt for lovenes ikke-tilsiktede konsekvenser og hva fremtiden vil bringe. Over alt hvor det er tale om å gi bindende lover, er det populært å etterspørre konsekvensutredninger. Den uoversiktighet som preger den moderne virkelighet, har altså fått som konsekvens at retten er mindre bindende enn tidligere, med maktforskyvning fra lovgiver til dommer i praksis, og med mindre grad av forutberegnelighet for borgerne.

#### 2.2.5 Andre årsaker til rettslig transformasjon

Katalogen av viktige endringsårsaker er stor. Det dreier seg om endringer i teknologi, endringer i naturomgivelsene, multikulturelle strømninger i det norske samfunn, verdimeslige endringer, endringer i form av religiøs pluralisme og sekularisering, endringer i økonomi og politikk mv. Hver enkelt av disse endringsårsaker vil kunne ha virkninger i form av materielle endringer, institusjonelle endringer og metodisk-epistemiske endringer.

Ved systematisk kartlegging av slike endringsmekanismer, herunder det strukturelle forhold mellom endringsårsak og faktisk virkning, vil man stå ovenfor den første strukturelle undersøkelse av rettsutviklingens årsaker og virkningsmekanismer.

### 2.3 Særlig om rettsliggjøringsprosessen og noen konsekvenser av denne

En fra samfunnsvitenskapen allerede undersøkt endringsmekanisme, er rettsliggjøring. Rettsliggjøringen har vidtgående konsekvenser av direkte og indirekte art, og fortjener undersøkelse også fra et rettsvitenskapelig ståsted. I inneværende punkt skal dette skisseres. Maktutredningen konstaterte at rettsliggjøring innebærer at domstoler og andre rettsorganer får økende betydning på bekostning av folkevalgt myndighet, og at skillet mellom lovgivning og



lovanvendelse blir visket ut. Samtidig oppstiller internasjonale instrumenter som menneskerettighetene og EU-retten begrensninger av handlingsrommet til nasjonale folkevalgte organer. Denne siste formen for rettsliggjøring er utslag av et behov for virkemidler som sikrer effektiv håndheving av internasjonale avtaler, særlig fordi retten er et instrument som skaper bundethet. Gitt domstolenes enekompetanse til å fastlegge hva retten er, og går ut på, vil dette også kunne sies å flytte makt til domstolene. Jo vagere de rettslige rammene er utformet, jo større er domstolenes valgmuligheter og maktpotensial.

Fra et politisk perspektiv kan rettsliggjøring ses på som en form for transformasjon, hvor noe som tidligere lå utenfor politiske beslutningsprosesser – retten – trenger inn i dem og blir en del av dem. Betraktet fra et slikt perspektiv, vil man ofte ikke ha behov for et kvalifisert begrep om hva «retten» egentlig er. Bruken av begrepet «rett» er i hovedsak institusjonell, og sikter primært til at slike beslutningsprosesser som domstoler og andre rettsorganer er satt til å utføre brer om seg, slik at disse institusjonene får et ord med i laget på områder som tidligere var forbeholdt andre statsmakter. Hva den rettslige beslutningsprosessen som sådan går ut på er sekundært fra et slikt perspektiv.

Fra et rettslig perspektiv blir spørsmålene:

1. Hvordan bidrar rettsliggjøringen, og de nye oppgavene som blir tillagt domstolene og andre tvisteløsningsorganer, til å transformere retten?
2. Hvordan bidrar transformasjonen av retten til å endre samfunnet?

Et fenomen som har økt i takt med rettsliggjøringen, er at lovstoffet endrer karakter. I økende grad blir domstolene utstyrt med kompetanse til å håndheve prinsipper eller standarder med en vag utforming, snarere enn faste regler. Heller enn å definere hva som skal være løsningen på et bestemt rettsspørsmål, nøyer de lovgivende organer seg med å definere formål og hensyn bak reguleringen og utgangspunktet for de avveininger som må gjøres.

Slik vaghet kan sies å overlate økt makt til domstolene, på bekostning av andre statsmakter, men en grunnleggende observasjon er at domstolene i liten grad kan etablere sitt eget mandat. Utviklingen er ønsket og villet. Samfunnet har i stadig større grad, og på stadig flere områder nyttiggjort seg domstolene som en form for forvalter. Det er behov for en nøytral upolitisk institusjon som ikke bare skal tolke og anvende rettsregler, men også, i økende grad, harmonisere og avveie konflikter mellom grunnleggende verdier – hvor de overordnede og ofte kryssende politiske målsettinger og hensyn ligger fast, men hvor deres endelige prioritet beror på de konkrete forholdene i saken. Et eksempel på en slik konflikt oppstår der målsetningen om internasjonalt samarbeid kolliderer med nasjonale prioriteringer og interesser. Et annet eksempel er den grunnleggende spenningen mellom flertallsviljen og individets frihet. At et hensyn vinner frem i ett tilfelle, sier ikke noe om dets generelle prioritet. Avhengig av omstendighetene, kan prioriteringen bli motsatt i senere tilfeller.

Konflikter av typen som er beskrevet foran berører spørsmål som kan være dypt politiske, både i sitt innhold og i sitt utfall. Domstolenes erkjennelse av dette påvirker både rettens innhold og den rettslige metoden – som gradvis tilpasser seg nye oppgaver og institusjonelle omgivelser. Et viktig eksempel er utbredelsen av det såkalte forholdsmessighetsprinsippet, eller proporsjonalitetsprinsippet. Prinsippet er sentralt i internasjonal rett og åpner for brede helhetsvurderinger der individuelle rettigheter og demokratiske prioriteringer kolliderer. Dette leder frem til en optimalisering av alle kryssende interesser – med bevissthet om domstolenes institusjonelle fortrinn og svakheter.

På et overordnet plan kan en si at endringen av domstolenes funksjon følger som konsekvens av et mer pluralistisk og globalisert samfunn. Behovet for en nøytral instans som foretar en avveining mellom grunnleggende og ofte inkommensurable verdier har økt. Samtidig kan dette utviklingstrekket prege synet på domstolenes oppgaver mer generelt. Hvis man tenker seg en optimal beslutningstaker som er underlagt begrensninger og en som ikke er det, vil den bundne beslutningstakeren aldri kunne fatte bedre beslutninger enn den ubundne, men kan meget vel fatte dårligere. Økt rettsliggjøring knytter dermed an til samtidens oppfatning av hva som bidrar til å legitimere en beslutning; forankring i lovgivers autoritet kontra en målsetting om å nå optimalt utfall, alle konkrete forhold tatt i betraktning. Om man vektlegger det siste, vil skillet mellom lovgivning og lovanvendelse bli tonet ned. Mer vil bli lagt i domstolenes hender.

Tradisjonelt har domstolenes viktigste samfunnsoppgave vært å ivareta borgernes rettssikkerhet. Dette er viktig ved inngrep overfor borgerne, og i nattvekerstaten besto det typiske møtet mellom stat og borger i det som fra borgerens side var uønskete beføyelser, for eksempel skatt eller straff. I det moderne velferdssamfunnet har Staten en helt annen rolle. Utdeling av goder, som for eksempel statsstøtte, offentlige kontrakter eller velferdsytelser krever kontroll med andre verdier, som effektivitet og likebehandling. På samme måte som for rettssikkerhet, er disse verdiene gjerne ivaretatt gjennom prosessuelle garantier; tilsvarende kan domstolene være et egnet kontrollorgan. Domstolskontrollen tilpasser seg nye målsettinger, og bidrar til å fremme dem gjennom å trekke på domstolenes institusjonelle fortrinn.

Hvis vi ser rettsliggjøringen som uttrykk for at de politiske organene aktivt har trukket domstolene inn i styringen av samfunnet, som en med-forvalter, stiller det nye og andre krav til domstolene. Mens man tidligere betraktet domstolene som munnen som skulle uttale lovgivers ord, med bestemte teknikker for å løse uklarheter, må vi i dag erkjenne at domstolenes viktigste oppgaver er av en helt annen, mer krevende, og i en viss forstand fundamental karakter. Dette etterlater spørsmål om hva rettsanvendelse er, hvilke overveielser som kan og bør inngå i domstolenes vurderinger, hvor bredt rettslig argumentasjon kan favne, hvilken plass det er for rene rimelighetsbetraktninger og hvordan domstolene skal tilpasse seg sine institusjonelle omgivelser.

I negativ forstand kan begrepet «rettsliggjøring» beskrive at makten til å fatte en politisk beslutning blir flyttet fra det vi anser som politiske organer, til domstoler uten et demokratisk mandat. Domstolenes bevissthet om sin rolle, deres motvilje mot å opptre politisk, vil motvirke

dette. Det vil skje en transformasjon av retten, tilpasset dens nye oppgaver. Det betyr ikke at rettsliggjøringen ikke leder til samfunnsendringer, men de er gjerne av mer avledet og indirekte karakter, og skjer i et samvirke med andre endringsprosesser; økt migrasjon, økonomisk vekst og teknologisk utvikling.

Tradisjonelt har nasjonalstatene beskyttet statsborgernes grunnleggende behov; sikkerhet, velferd og helse. Dette har tjent til å underbygge nasjonalstatens legitimitet. I sin natur er domstolene innrettet for å ivareta individuelle interesser. Internasjonale avtaler krever at dette i økende grad må skje uten å ta hensyn til nasjonalitet. Når dette er hensyn domstolene må integrere i sin samlede avveining av kryssende og grunnleggende hensyn, kan det utfordre statsborgerskapets funksjon som lukkingsmekanisme og statens tradisjonelle legitimitetsgrunnlag. Brytningen mellom inkommensurable hensyn, verdippluralisme og redusert tro på autoritet som begrunnelse, er utviklingstrekk som forsterker denne utfordringen.

Heller enn å definere det rette, kan et mulig svar fra nasjonalstatenes side være å fungere som garantist for individets egne muligheter. Fra et slikt perspektiv er rettsliggjøring ikke bare et middel, men også et mål – en fortsettelse av den langvarige begrensingen av nasjonalstatens makt, som samtidig har tjent til å sikre nasjonalstatens overlevelse.