

Rett for alle?



Knut Papendorf

# Rett for alle?

Rettsliggjøring og rettsfjerne personers  
mulighet til å mobilisere retten



---

NOVUS FORLAG

Oslo – 2012

© Novus AS 2012.

ISBN 978-82-7099-709-1

Omslag: Ole Røsset

Omslagsbilde: © 2012 colourbox.com

Trykk: Interface Media AS, Oslo.

Det må ikke kopieres fra denne boka i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk.

# Innhold

Forord – Makt og rett fra de svakes ståsted . . . . .	11
av Kristian Andenæs	
Innledning . . . . .	15
Del 1 Rettsliggjøring og rettsutvikling i et teoretisk perspektiv . . . . .	21
1 Rettsliggjøringens teori og rettsfjerne søkere om rett . . .	23
1.1 Rettsliggjøring: en første begrepsavklaring . . . . .	23
1.1.1 Mottendenser . . . . .	26
1.2 Det norske utgangspunktet . . . . .	27
1.2.1 Maktutredningens syn på rettsliggjøring . . . . .	27
1.2.2 Maktutredningens eksterne (og interne) kritikker	31
1.3 Rettsliggjøringsdebatten i 1980-årene: Fra en deformativ til en performativ rettsliggjøring . .	39
1.4 For å knytte Habermas og den eldre norske rettshjelpsforskningen til den aktuelle debatten om rettstilgangen . . . . .	52
1.4.1 Noen sentrale resultater fra norsk rettshjelpsforskning . . . . .	52
1.4.2 Å tenke rettshjelp videre: Rettsinformasjon og ”legal empowerment” . . . . .	56
1.4.3 Citizen by Proxy . . . . .	60

2 Rettsutviklingen fra Webers formelle rettsrasjonalitet til velferdsstatens refleksive rett .....	65
3 Rettighetsfesting i et styringsperspektiv .....	75
Del 2 Rettsliggjøringens empiri med fokus på svakstilte grupper .....	85
4 Fylkesmannen som rettslig klageinstans og velferdsstatens strukturelle dilemma på kommuneplan	87
4.1 Kommunene som veldferdsleverandør .....	87
4.2 Fylkesmannens funksjoner .....	91
4.3 Sosialtjenestelovens kapittel 4 og 5, samt kommunehelsetjenestelovens kapittel 2-1 .....	95
4.3.1 Klagepraksis for sosialtjenestelovens kapittel 4-2 og kommunehelsetjenestelovens § 2-1	96
4.3.1.1 Fylkesmannen i Vestfold's "Retts- sikkerhetsprosjekt" samt klageutvikling hos Fylkesmannen i Oslo og Akershus .....	101
4.3.2 Sosialtjenestelovens kapittel 5: Økonomisk stønad .....	109
5 Svakstilte personers rettsstilling med fokus på rettshjelp i vid forstand .....	125
5.1 Innledning .....	125
5.2 De enkelte rettshjelpere .....	126
5.2.1 JURK .....	126
5.2.2 Kontor for fri rettshjelp .....	128
5.2.3 Advokater .....	138
5.2.4 Helse- og sosialombudet .....	144
5.2.5 SMED .....	156
5.2.6 Gatejuristen .....	158

## INNHOOLD

6	Sivilombudsmannen .....	161
6.1	Generelt om Sivilombudsmannen .....	161
6.2	Statistisk oversikt over Sivilombudsmannens virksomhet .....	163
6.3	Sivilombudsmannen i forhold til Stortinget, domstolene og rettsliggjøringsspørsmålet .....	173
7	Unntaksbestemmelser i Lov om fri rettshjelp og dens praktisering i tre fylker .....	173
7.1	Innledning .....	173
7.2	Rettshjelpslovens unntaksbestemmelser .....	175
7.2.1	Rettshjelpslovens § 11 III og § 16 III .....	177
7.2.2	Rettshjelpslovens § 11 IV og § 16 IV .....	178
7.3	Søkerens sosiale profil .....	179
7.4	Fordeling av sakene i forhold til brukt regel .....	180
7.5	Innvilgelsen .....	181
7.6	Rettskildebruk som forklaring på forskjellene i fylkesmennenes innvilgelsespraksis .....	183
7.7	Skjønnsmomenter .....	184
7.8	Klagepraksis hos Justissekretariatene .....	187
7.9	Noen oppsummerende tanker om unntaksbestemmelsene i rettshjelpsloven .....	188
8	Skoletaperenes evne til å mobilisere retten, domstolene og den moderne rettens utfordringer .....	193
8.1	Innledning .....	193
8.2	Utgangspunktet: Grunnskoleloven .....	194
8.3	Ekspertene i retten .....	195
8.4	Dysleksi versus sosiale faktorer: vinner- og taperprofilen .....	197
8.4.1	Vinnerhistorier i retten .....	198
8.4.2	Taperhistorier i retten .....	198

8.5 Domstolsmakt? .....	201
<b>Del 3 Rettsliggjøringens empiri med fokus på normalbefolkningen .....</b>	<b>203</b>
<b>9 Pasientskadeerstatning og Pasientskadenemnda i et rettsliggjøringsperspektiv .....</b>	<b>205</b>
9.1 Innledning .....	205
9.2 Presentasjon av ordningene med NPE og PSN ...	209
9.2.1 Empiri i forhold til NPE .....	212
9.2.2 Empiri i forhold til PSE .....	215
9.3 Advokaten og Pasientombudet som innkastere ...	219
9.3.1 Situasjonen i NPE .....	219
9.3.2 Situasjonen i PSN .....	221
9.3.3 Hva mener advokaten om det? .....	224
9.4 Forholdet mellom juss og medisin i Pasientskadenemnda: Et systemteoretisk perspektiv	228
9.4.1 Innledning .....	229
9.4.2 Pasientskadeordningens vilkår .....	230
9.4.2.1 Erstatningsvilkårene og operasjonalisering	230
9.4.2.2 Medisinsystemet i Nemnda under den strukturelle koblingens diktat .....	233
<b>Del 4 Konklusjon .....</b>	<b>237</b>
<b>10 Resymé og overveielser med henblikk på (rettsfjerne) samfunnsborgeres evne til å mobilisere retten .....</b>	<b>239</b>
10.1 De rettslige rammebetingelsene .....	239
10.2 Den empiriske virkeligheten .....	245
10.2.1 Fylkesmannen som rettssikkerhetsgarantist .	245
10.2.2 Noen utvalgte rettshjelpsaktører .....	248



## INNHold

10.2.3 Sivilombudsmannen .....	251
10.2.4 Unntaksbestemmelsene i lov om fri rettshjelp	252
10.2.5 Skoletapere i et mobiliseringsperspektiv ....	254
10.2.6 Normalbefolkningen i et mobiliseringsperspektiv: eksemplet pasientskadeordningen .....	255
<b>10.3 Sluttord om rettsfjerne personers situasjon i forhold til rettsmobilisering .....</b>	<b>259</b>
<b>10.4 Hva kan gjøres? .....</b>	<b>261</b>
<b>Etterord: Makt og rett for alle? .....</b> av Øyvind Østerud	<b>267</b>
<b>Litteratur .....</b>	<b>271</b>



# Forord – Makt og rett fra de svakes ståsted

av Kristian Andenæs

Da vi i 2005 startet opp det såkalte Rettsliggjøringsprosjektet, var det med betydelig inspirasjon fra Maktutredningen, som i sin sluttrapportering beskrev rettsliggjøringen i det norske samfunnet som problematisk i forhold til demokratiet. Med en generøs bevilgning fra Norges Forskningsråd kunne vi igangsette flere delprosjekter som hadde som målsetting å vise at Maktutredningen var for unyansert, blant annet fordi de manglet empirisk materiale som kunne underbygge deres påstander. Vårt sentrale utgangspunkt, med mangeårig erfaring fra retts sosiologisk forskning om svakstilte grupper, var at rettsliggjøringen av samfunnet, med mer rettigheter i lovgivningen, mer bruk av domstoler og andre klageordninger, samt mer bruk av advokater, i svært begrenset grad har kommet svakstilte grupper til gode.

Med undertegnede som prosjektleder ble det etablert delprosjekter om marginaliserte gruppers muligheter til å nyttiggjøre seg rettigheter (Knut Papendorf), En sammenlikning av rusmisbrukeres bruk av spesialiserte rettshjelpstiltak (“Gatejurister”) i Oslo og København (Camilla Lied) og forholdet mellom rettskulturer og økonomisk/politisk system i Norge og USA (Louisiana) (Lill Scherdin). Omtrent samtidig med denne boka kommer også Camilla Lieds bok, som er en bearbeiding av hennes doktoravhandling fra 2010.

Dels ved bruk av eget empirisk material og dels ved å utnytte annen forskning, får vi en grundig dokumentert framstilling om svakheter ved rettsregler, klageordninger og muligheter for å få rettshjelp på områder som er sentrale for det som Papendorf med et nytt begrep karakteriserer som rettsfjerne personer. Andre ord for nogenlunde det samme er svake eller marginaliserte grupper.

Papendorfs bok er en videreutvikling av juridiske og retts-sosiologiske arbeider om rettshjelp og om hvordan rettssystemet fungerer i forhold til svake grupper. Den nyanserer og utdypet Maktutredningens rettsliggjøringstese og viser tydelig at rettsliggjøringen i samfunnet i begrenset grad har trengt ned i de delene av rettssystemet som først og fremst regulerer svake gruppers rettigheter. Her er det et sterkt behov for utvikling av bedre rettshjelpsordninger, tydeligere og praktiserbare rettigheter og oppbygging av administrative organer som er egnet til å løse de oppgaver de er satt til.

Boka begynner med en grundig teoretisk innføring i rettsliggjøring, rettshjelp, rettslige utviklingstendenser og rettslig styring (del I). I bokas empiriske kapitler (del II) behandles først fylkesmennenes klagesaksbehandling og forholdet mellom statlig styring og kommunalt selvstyre. Deretter er det en gjennomgang av ulike leverandører av rettshjelp til svakstilte grupper; med særskilt fokus på JURK (Juridisk Rådgivning for Kvinner), Fri Rettshjelp i Oslo, Helse- og sosialombudet i Oslo, SMED (Senter mot etnisk diskriminering), Gatejuristen i Oslo og advokatene. Et eget kapittel er viet Sivilombudsmannens virksomhet. Det er også et eget kapittel om praktiseringen av unntaksbestemmelsene i lov om fri rettshjelp. Framstillingen viser at den skjønnsmessige adgangen til å gi fri rettshjelp blir praktisert på en svært restriktiv måte. Endelig er det i denne delen av boka

et kapittel om skoleelevers mulighet til å nå fram med rettslige midler i forhold til mangelfulle og feilaktige tilbud i skolen. I del III fokuseres det på normalbefolkningens forhold til rettsliggjøring, med pasientskadeerstatning som eksempel. Del IV presenterer konklusjoner og kommer med forslag til hva som kan gjøres.

Knut Papendorfs bok er et viktig bidrag for å utvikle et mer tilgjengelig og bedre rettssystem for marginaliserte grupper. Ikke minst er fokuseringen på at det er helt avgjørende at mulighetene for å få rettshjelp og andre muligheter for bistand blir forbedret. Uten slike forbedringer er det alt for mange grupper og enkeltpersoner som har rettigheter på papiret som de ikke får realisert. Og papirrettigheter er et narrespill som burde være uverdig i en rettsstat.

Kristian Andenæs

Instituttleder, professor og prosjektleder for Rettsliggjøringsprosjektet



# Innledning

En hovedkonklusjon i Makt- og demokratiutredningens offisielle sluttrapport er at folkestyret forvitrer, delvis som resultat av rettsliggjøring: Stadig større deler av samfunnslivet reguleres ved lover og direktiver. Slik øker rettslige organers beslutningskompetanse på bekostning av politikk og forvaltning (NOU 2003:19).

For det første peker Maktutredning her på et nytt mønster ved fordeling av velferdsgoder på bakgrunn av Stortingets påståtte, økte bruk av rettighetslovgivning innen helse, velferd og utdanning. Det som før ble avgjort blant annet ved kommunalpolitisk meningsbryting, blir nå et resultat av rettighetslovenes fortolkning. Påstanden er at jurister, særlig advokater og domstoler får mer makt (NOU 2003:19 s. 31). For det andre beskriver Maktutredningen en økende rettsliggjøring knyttet til overnasjonalisering: Inkorporering av EØS-avtalen, internasjonale menneskerettigheter og internasjonalisering av handels- og kontraktsrett fører til at "folkevalgte organers handlingsrom [blir] redusert. Tolkningsmakt og avveining mellom motstridende rettigheter blir overført til rettsvesen og domstoler" (Ibid. s. 14).

Den pågående rettsliggjøringen medfører, ifølge Makt- og demokratiutredningens analyse, problemer for demokratiet. I et tidligere arbeid, som inngikk i Maktutredningens rapportserie (Papendorf 2002), har jeg undersøkt advokatenes rolle og funksjon i den globaliserte verden. Med dette som utgangspunkt har

det vært fristende å undersøke nærmere Maktutredningens påstand om økt rettsliggjøring, hvor det pekes på en maktforskyvning fra politikere over til advokater og domstoler innen velferdslovgivningen. I denne rapporten reiser jeg spørsmålet om Maktutredningens forvitringstese stemmer: Medfører slike rettsliggjøringsprosesser, inklusive innkobling av advokater og andre rettshjelpere, en "sivilisering" av kommunale fordelingskamper med hensyn til velferdsgoder (Kritisk Juss 1/2004, leder)? Eller vil advokatenes rolle, i den utstrekning de i det hele tatt er involvert, heller begrense seg til å minne partene om de normative rammer som problemene bør diskuteres innenfor (Ibid.)? At advokatene med dette har fått økt makt, bestrides ikke av tidligere leder av Advokatforeningen, Anders Ryssdal. Men han identifiserer imidlertid denne makttilveksten som en form for

"[...] *motmakt* – i saker mot det offentlige, eller i saker mellom borgerne der hver part har sin advokat. [...] Det ville ikke være behov for advokater dersom lover og regler var klare, rettfærdige og virket av seg selv" (Ryssdal 2005, s. 49).

Det er interessant at Ryssdal bruker begrepet "motmakt": Forholdet mellom det offentlige og borgeren er i ubalanse og preges av et asymmetrisk maktforhold som krever at borgeren som den svake part tilkjennes ressurser. Ryssdal diagnostiserer her, generelt sett, et åpenbart problem med rettens premiss om likhet for loven (Mathiesen 2011, s. 213 flg.). Mer spesifikt omhandler diagnosen spørsmålet om en rettighets evne til å forplikte det offentlige, med andre ord omhandler den rettigheters styrkegrad. Jeg kommer tilbake til dette spørsmål i kapittel tre. Men, for at en rettighet skal være reell må den ha potensial til å bringe en konflikt om rettighetens innholdsmessige tolkning inn for retten



eller en administrativ klageinstitusjon. Dette åpner igjen for spørsmål om kvaliteten i den institusjonelle klagebehandlingen. Dette spørsmålet diskuteres særlig i kapittel fire.

Makt- og demokratiutredningens sluttrapport har uten tvil medført en ny tematisering av rettsliggjøringen og dens grunnleggende begrepsverden. Dette er viktig i seg selv. I første kapittel presenterer jeg Makt- og demokratiutredningens syn på rettsliggjøring, og debatten som sluttrapporten har bidratt til. Jeg knytter samtidig dagens norske debatt, i dette kapittel, til den teoretiske debatten om rettsliggjøring fra 1980-årene i Tyskland og til begrepets opprinnelse på 1920-tallet.

Makt- og demokratiutredningens analyse av den nasjonale retts-situasjonen følger i hovedsak et tradisjonelt, lovgiverfokuset perspektiv, som dog trues av en akselererende overnasjonalisering. Makt- og demokratiutredningen er i mindre grad opptatt av utviklingstrekk i den moderne retten. Det moderne samfunnet er preget av en tiltakende kompleksitet, der reduksjon av kompleksitet er den store utfordringen. Retten som styringsredskap for velferdsstatlige formål opererer innenfor denne problemkonteksten. Hvilke problemer dette medfører i forhold til retten og dens rasjonalitet, og på hvilken måte prosedyralisering av retten danner et svar på problemet, diskuteres særlig i kapittel to. De første tre kapitlene danner med dette en teoretisk innføring i rettsliggjøringsperspektivet, før jeg går over til undersøkelsens empiriske del.

Østerud som ledet Maktutredningen har, i senere debatt med kritikerne av Makt- og demokratiutredningen, nyansert utredningens syn på forholdet mellom rettsliggjøring og demokratiet. Det egentlige demokratiproblemet ligger, i følge Østerud, i en

kombinasjon av rettighetslover, statlige pålegg og kommunal budsjettknapphet, som kan medføre utilsiktet omfordeling: ”Når midlene er knappe, blir det avgjørende å ha ressurser og sterke talsmenn i ryggen” (2006 a, s. 112 f). Østerud bruker ikke begrepet ”motmakt”, som Ryssdal, men utsagnet er svært interessant i et - klassisk - retts sosiologisk perspektiv: Nemlig i forhold til spørsmål om tilgang til retten, og hvordan dette avhenger av mobiliseringsevne. Her ligger også min primære forskningsinteresse. Jeg tar i denne undersøkelsen for meg hvordan rettsliggjøringen og dens konsekvenser oppleves av lag i befolkningen. *Som en utgangstese går jeg ut fra at det å mobilisere retten avhenger av en persons eller gruppes kunnskap om mulighetene i retten og deres evne til å mobilisere den.*

Norsk retts sosiologi har i stor grad vært fokusert på virkningsforskning og spesielt på virkningene av lovgivning samt rettslige tiltak overfor svake grupper. Spesielt har svake gruppers mulighet til å nå frem til retten vært gjenstand for forskning. Helt generelt kan det fastslås en stor mangel på *kunnskap* om egne rettigheter for samtlige befolkningslag. Kunnskapsformidling er en sentral oppgave for lovgiveren. Denne forskningsrapporten viser at dette kunnskapsproblemet forverres når det er snakk om rettsfjerne befolkningsgrupper som innvandrere, rusmiddelbrukere eller sosialklienter. Jeg kaller disse gruppene for rettsliggjøringstapere fordi de bare i liten, eller ingen, grad vil evne å innfri sine krav om forskjellige rettigheter. I denne sammenhengen er en sentral oppgave for velferdsstaten, som rettsstat, å skape større grad av likhet mellom forskjellige befolkningsgrupper. Rettshjelpsorganisasjonen JURK anser for eksempel kunnskapsformidling til minoritetskvinner, om deres rettigheter, som en sentral oppgave i sitt rettshjelpstilbud. Jeg kommer tilbake til denne diskusjonen i kapittel fem. Men, også advokater og andre retts-

hjelperne har her en viktig rolle. Ikke fordi deres posisjon gir dem mer makt, men heller tvert i mot. Advokatene kan innta en rolle som ”oversetter” eller ”kommunikator” for rettsfjerne befolkningsgruppers rettskrav overfor for eksempel sosialetaten, fylkesmannen eller domstolen. *Et sentralt fokus i denne rapporten er med andre ord hvordan rettsfjerne personers håpløse (?) utgangspunkt kan forbedres i noen grad, ved å gi dem rettslig kompetanse.* Se mer om dette i kapittel fem. Dette krever en storstilt utbygging av oppsøkende rettshjelp for svakstilte grupper. Det kreves i tillegg andre institusjoner som kan innta rollen som ”oversetter” eller ”kommunikator” på lik linje med advokatene. Dette kan kalles en utvidet form for *advokatorisk hjelp*<sup>1</sup> (Papendorf 1993, s. 73 flg.). Institusjonene jeg har analysert i denne sammenheng, er Helse- og sosialombudet, Fylkesmannen, Kontor for fri rettshjelp, JURK, Gatejuristen (se særlig kapittel fem) og Sivilombudsmannen (kapittel seks).

Jeg har utvidet rettsliggjøringsperspektivet til å undersøke hvordan grupper kan miste rettigheter som følge av en kombinasjon av lovendringer, nedskjæringer og privatisering. Er det også grunnlag for å si at det skjer et rettighetstap, det vil si en ”avrettsliggjøring”? Dette temaet diskuteres særlig i kapittel syv. I kapittel åtte diskuteres erstatningssøksmål på bakgrunn av skoleproblemer, i sammenheng med diagnosen dysleksi versus en sosiostrukturelt betinget problemkontekst. Dette kapittelet il-

1. Ressursfattige personers muligheter til å framtinge politiske krav, er preget av terskler som virker ikke-overvinnbare, som lite kunnskapsmakt og konfliktevnne. For å bøte på dette, er disse avhengige av tilførsel av hjelp fra personer eller grupper som har kunnskapsmakt og konfliktevnne, slik at deres krav kan realiseres. For fanger vil Krom (Norsk forening for kriminalreform) kunne ha en slik funksjon. For rusmiddelbrukere er Gatejuristen tilsvarende. For minoritetskvinner JURK. Disse eksemplene viser også at slik hjelp ikke nødvendigvis må være utelukkende juridisk.

lustrerer rettens enorme behov for kunnskapstilføyelse i slike saker. For å kontrollere tilgangen til retten i forhold til en persons eller gruppes plassering i samfunnets lagdeling, fokuserer jeg i kapittel ni på "*normalbefolkningens*" tilsvarende mulighet til å mobilisere retten<sup>2</sup>. Ordningen med pasientskadeerstatning danner her det empiriske utgangspunktet.

Jeg vil i det følgende presentere min empiri, analyser og funn i fire ulike deler: I første del (kapittel 1-3) diskuteres rettsliggjøring og rettsutvikling i et teoretisk perspektiv. I andre del (kapittel 4 – 8) presenteres rettsliggjøringens empiri, med fokus på rettsfjerne grupper, og i tredje del (kapittel 9) fokuserer jeg på normalbefolkningen. I fjerde del (kapittel 10) samles trådene til en konklusjon.

2. Blankenburg 1995.